

**HANDREIKING AANBESTEDEN EN
SCHAARSE RECHTEN DUURZAME
ENERGIEPROJECTEN**



WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

Waterschappen hebben een groot belang bij het tegengaan van klimaatverandering. Zij leveren zelf ook een steeds grotere bijdrage aan het opwekken van duurzame energie. Aangezien deze bijdrage heel vaak samen met andere partijen vorm krijgt, worden waterschappen geregeld voor de keuze gesteld welke rol zij willen innemen, en wat de juridische kaders zijn.

Waterschappen kunnen daarbij kiezen voor verschillende rollen. Van zuiver faciliterend, tot participierend of volledig sturend. De rol die een waterschap kiest, heeft invloed op de keuzevrijheid die het waterschap heeft bij het bepalen met welke partij het een samenwerking wil aangaan. Is er sprake van een aanbestedingsplicht of niet? Dit speelt bijvoorbeeld bij het plaatsen van zonnepanelen of windturbines.

Daarnaast hebben de waterschappen te maken met het vergunnen van zogenaamde schaarse rechten. Denk hierbij aan locaties voor aquathermie, zon-op-water of opwek op gronden van de waterschappen. Welke ruimte heeft het waterschap daarbij om het recht te gunnen aan een partij van zijn keuze? Welke factoren spelen hierbij een rol?

Deze handreiking gaat in op die vragen en formuleert de stappen die het waterschap moet doorlopen om ze te beantwoorden. Een zeer actueel vraagstuk nu de energietransitie een steeds grotere vlucht neemt en waterschappen met hun assets daar een wezenlijke bijdrage aan kunnen en willen leveren. Maar vaak wel met partijen die passen bij de doelstellingen van het waterschap of van de regionale samenwerkingsverbanden.

Deze handreiking is in opdracht van de Unie van Waterschappen opgesteld binnen het WARES programma; het kennisprogramma voor de waterschappen dat zich richt op onderzoeksvragen die specifiek zijn voor de energietransitie en het uitvoeren van het klimaatakkoord. Aan de handreiking hebben verschillende partijen meegewerkt: juridische specialisten met ruime ervaring in hernieuwbare energie maar ook juristen en beleidsadviseurs van de waterschappen. Deze handreiking moet immers vooral een praktisch toepasbaar document zijn, dat ons als waterschappen verder helpt bij het vervullen van onze ambities in de energietransitie!

Dirk-Siert Schoonman

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON


INLEIDING

De waterschappen staan voor een forse opgave om bij te dragen aan de klimaatdoelstellingen, zoals afgesproken in het Klimaatakkoord. In samenhang met hun wettelijke taakuitoefening en rekening houdend met de geldende beleidskaders hebben waterschappen een sterke ambitie om op eigen initiatief of initiatief van derden duurzame energieprojecten te realiseren. Om invulling te geven aan hun rol beschikken de waterschappen over diverse instrumenten om duurzame energieprojecten enerzijds te faciliteren of anderzijds te sturen. In beide gevallen is in mindere of vergaande mate sprake van samenwerking met andere partijen. In de praktijk van een waterschap gaat het dan met name om marktpartijen en/of energiecoöperaties.

In geval van samenwerking met marktpartijen en/of energiecoöperaties zullen de waterschappen zich ervan bewust moeten zijn, dat de aanbestedingsregels van toepassing kunnen zijn. Hoewel de waterschappen inmiddels veel ervaring hebben opgedaan met het aanbestedingsrecht, levert de toepassing hiervan in de praktijk toch nog veel onduidelijkheid op. Dit geldt bijvoorbeeld voor een waterschap, dat in verband met een specifiek duurzaam energieproject, bij voorkeur met één bepaalde marktpartij en/of energiecoöperatie in zee wil gaan en daarmee (bewust of onbewust) potentiële of geïnteresseerde marktpartijen en/of energiecoöperaties buiten de deur houdt. Naast het aanbestedingsrecht is het leerstuk schaarse rechten – onder invloed van de rechtspraak – de afgelopen jaren sterk in opkomst. In samenhang met het aanbestedingsrecht krijgen de waterschappen in toenemende mate te maken dit leerstuk, dit geldt ook voor duurzame energieprojecten en de beoogde samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie. Het leerstuk schaarse rechten, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen verdeling van schaarse publieke rechten en verdeling van schaarse private rechten, vereist – rekening houdend met het aanbestedingsrecht – een zelfstandige beoordeling.

Om onrechtmatig handelen te vermijden, is het van belang dat de waterschappen met het oog op de verschillende duurzame energieprojecten goed inzicht krijgen in de samenhang tussen het aanbestedingsrecht – waarbij het begrip overheidsopdracht centraal staat – en het leerstuk schaarse rechten. De *Handreiking Aanbesteden en Schaarse Rechten* is primair bedoeld voor projectleiders, beleidsadviseurs en juridisch medewerkers van de waterschappen. De handreiking voorziet in direct toepasbare kennis voor concrete praktijkcasussen, waarbij juridische risico's als het gaat om de aanbesteding van overheidsopdrachten of de verdeling van schaarse (publieke en private) rechten in een vroegtijdig stadium kunnen worden gesignaleerd.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

De Handreiking Aanbesteden en Schaarse rechten is opgesplitst in twee delen. Het eerste deel bevat een zogeheten *Wegwijzer*. Met behulp hiervan worden projectleiders, beleidsadviseurs en juridisch medewerkers van de waterschappen via een aantal stappen in kort bestek door de inhoud en reikwijdte van de aanbestedingsregels en het leerstuk schaarse rechten gelooft. Dit gebeurt met ondersteuning van twee schematisch weergegeven routekaarten. Het tweede deel betreft een inhoudelijke verdieping van de wegwijzer, die uitmondt in een inhoudelijke toetsing van de beschikbare instrumenten van de waterschappen aan zowel het aanbestedingsrecht, in het bijzonder het begrip overheidsopdracht, en het leerstuk schaarse rechten. In dit verband wordt verwezen naar relevante voorbeelden uit de waterschapspraktijk en wordt tevens ingegaan op de rol van de energiecoöperaties.

De aanbestedingsregels, in het bijzonder het begrip overheidsopdracht, en het leerstuk schaarse publieke en private rechten vormen samenhangend de kern van de handreiking. In zowel het stappenplan van de wegwijzer als in de verdiepende hoofdstukken wordt daarnaast inhoudelijk aandacht besteed aan ten eerste de juridischbeleidsmatige kaders, die gelden voor de waterschappen om een rol te mogen vervullen ten aanzien van duurzame energieprojecten en ten tweede het voor de rolinvulling beschikbare (publiekrechtelijke of privaatrechtelijke) instrumentarium.

Ten slotte, voor een zorgvuldige toepassing van de Handreiking Aanbesteden en Schaarse Rechten zijn twee opmerkingen op zijn plaats. Ten eerste is deze handreiking opgesteld ten behoeve van het realiseren van duurzame energieprojecten, en niet de algemene praktijk van de waterschappen. Ten tweede, in de handreiking wordt ter onderbouwing verwezen naar relevante rechtspraak. Echter, in het bijzonder als het gaat om de rechtspraak ten aanzien van schaarse publieke en private rechten, deze is nog sterk in ontwikkeling en tot dusverre vooral gericht op de gemeentepraktijk. Dit betekent dat een zekere terughoudendheid op zijn plaats is om te concluderen dat deze rechtspraak ook bepalend is voor de praktijk van de waterschappen, in het bijzonder ten aanzien van duurzame energieprojecten. Toekomstige rechtspraak zal op dit punt meer houvast bieden voor de waterschappen. Dit doet er niet aan af dat de voorliggende Handreiking Aanbesteden en Schaarse Rechten de nodige richting geeft.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

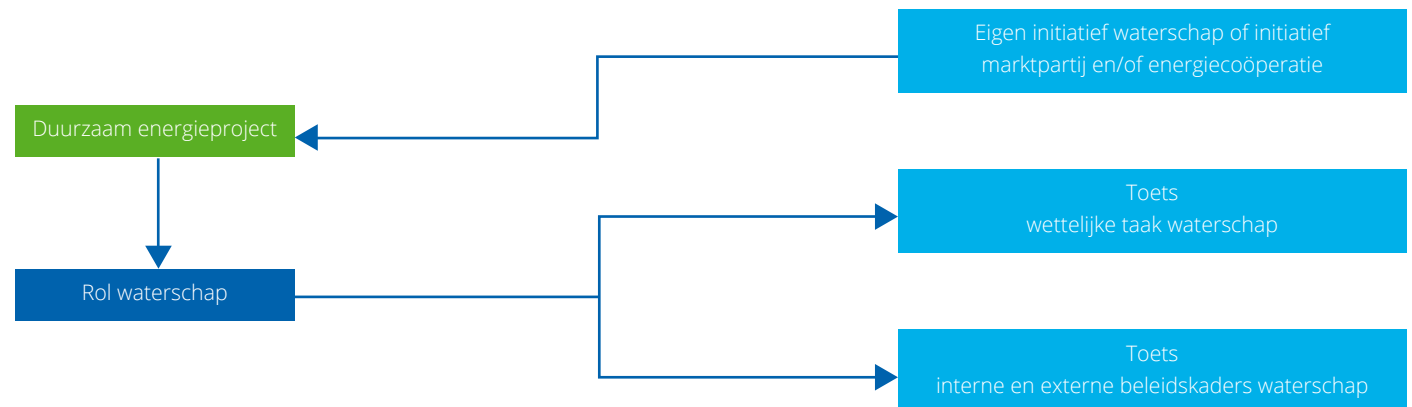
COLOFON



DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS



WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

duurzame energieprojecten

**invulling
rol**

wettelijke taak

of

beleidskaders

Toelichting

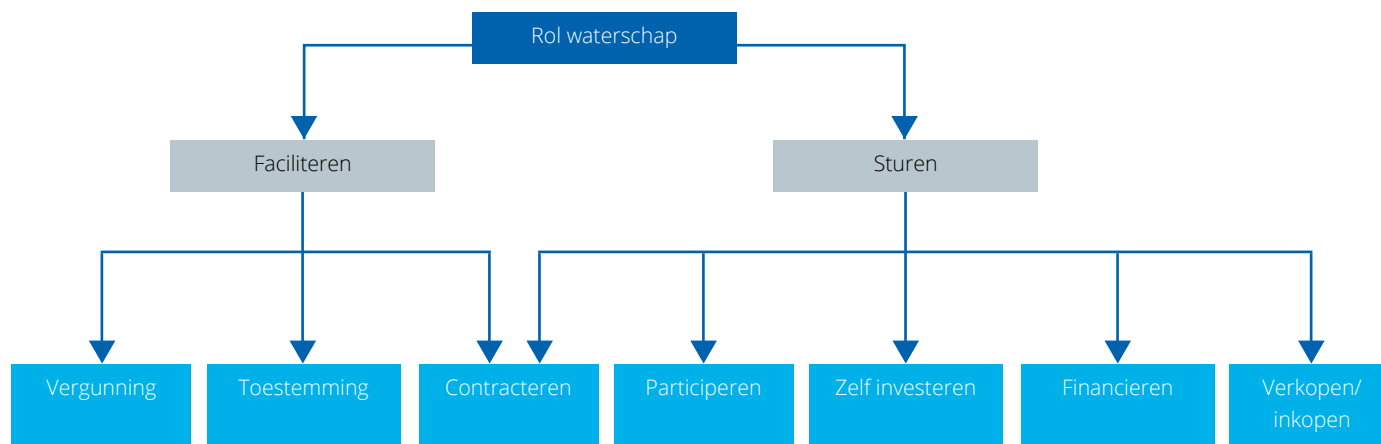
Waterschappen beschikken over veel mogelijkheden om verschillende duurzame energieprojecten uit te voeren, die bijdragen aan de afspraken die gemaakt zijn in het kader van het Klimaatakkoord. Het initiatief voor deze projecten kan bij het waterschap zelf liggen of bij een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie. In beide gevallen zal een waterschap, voordat wordt nagedacht over de invulling van haar rol bij een concreet duurzaam energieproject, moeten toetsen of (1) dit project past binnen de wettelijke taak van het waterschap en (2) of dit project past binnen de bestaande (interne en externe) beleidskaders.

Wat betreft voorvraag 1 geldt dat een waterschap geen uitdrukkelijke wettelijke basis heeft om zich (als zogeheten functionele overheid) met duurzame energieprojecten te bemoeien. Wel beschikt een waterschap op grond van de Waterschapswet over de nodige vrijheid om te bepalen hoe zij haar wettelijke taak zo optimaal mogelijk kan vervullen. Gelet hierop mag een waterschap zich faciliterend dan wel sturend met duurzame energieprojecten bezighouden, mits deze gerelateerd kunnen worden aan een doelmatige uitoefening van zijn wettelijke taak (energieneutraliteit) of buiten zijn wettelijke taak bijdragen aan het verlagen van de CO₂-uitstoot (klimaatneutraliteit).

Wat betreft voorvraag 2 geldt dat een waterschap, dat op eigen initiatief of op initiatief van een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie een duurzaam energieproject wil realiseren, zorgvuldig zal moeten nagaan of dit past binnen de bestaande interne en externe beleidskaders. Met interne beleidskaders wordt bedoeld het duurzaamheidsbeleid dat mogelijk door het waterschapsbestuur zelf is vastgesteld of door de Unie van Waterschappen ten behoeve van alle waterschappen. Met de externe beleidskaders wordt meer in het bijzonder bedoeld de Regionale Energiestrategie (RES), die per energieregio is vastgesteld, en het omgevingsbeleid op gemeentelijk, provinciaal en nationaal niveau.

Stap 1 wordt in deze handreiking nader uitgewerkt in deel 2, in het bijzonder hoofdstuk 1 *De juridischbeleidsmatige positie van het waterschap bij duurzame energieprojecten*. Ook zijn in deze uitwerking een paar relevante lessen voor de praktijk opgenomen.

STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM



faciliterende instrumenten

sturende instrumenten

publiekrechtelijke regeling

Toelichting

Als na toetsing blijkt dat het plan voor een duurzame energieproject past binnen de wettelijke taakuitoefening van een waterschap en de (interne en externe) beleidskaders eveneens ruimte bieden voor dit project, dan zal het waterschap moeten nadenken over de rol die het ambieert. Het waterschap beschikt ter invulling van zijn rol over zowel faciliterende als sturende instrumenten. Als het gaat om de inzet van de faciliterende instrumenten beperkt het waterschap zich enkel tot het mogelijk maken van een duurzaam energieproject zonder gebruik te maken van vergaande, juridisch afdwingbare en op sturing gerichte afspraken met een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie. Daarentegen als het gaat om de inzet van de sturende instrumenten neemt het waterschap meer een regierol op zich om – mogelijk met behulp van vergaande, juridisch afdwingbare afspraken – een duurzaam energieproject te realiseren en eventueel te exploiteren. In dit verband is van belang op te merken dat in sommige situaties een samenloop van zowel de faciliterende als de sturende instrumenten functioneel of zelfs noodzakelijk is. Hieronder worden de in bovenstaande figuur weergegeven instrumenten kort toegelicht.

Vergunning

Het door een waterschap (als bevoegd gezag) verlenen van een vergunning of een ontheffing aan een marktpartij en/of een energiecoöperatie, op basis van een publiekrechtelijke regeling, bijvoorbeeld de Keur (die regels bevat ter bescherming van waterkeringen, watergangen en/of kunstwerken) of de Waterwet. Het verlenen van een vergunning heeft een faciliterend karakter.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

zonder verstreckende juridisch afdwingbare afspraken

verstreckende juridisch afdwingbare afspraken

publiek-private samenwerking (PPS)

in eigen beheer en voor eigen risico

Toestemming

Het door een waterschap verlenen van (schriftelijke) toestemming aan een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie om bijvoorbeeld gebruik te maken van zijn grondposities, assets of bronnen. Deze toestemming vindt niet plaats op basis van een publiekrechtelijke regeling. Het waterschap treedt bij de inzet van dit instrument dus niet op als bevoegd gezag, maar als de eigenaar (of de bronhouder). Het instrument toestemming beoogt enkel te faciliteren zonder verstreckende, juridisch afdwingbare voorwaarden op te leggen aan een marktpartij en/of energiecoöperatie. Ook in de situatie waarin een waterschap met een marktpartij en/of energiecoöperatie een overeenkomst zonder verstreckende juridisch afdwingbare afspraken heeft gesloten over (uitsluitend) gronduitgifte of erfpacht om een duurzaam energieproject te faciliteren is sprake van de inzet van het instrument faciliteren. In het kader van deze handreiking dient deze situatie scherp te worden onderscheiden van het sturende instrument contracteren.

Contracteren

Het sluiten van een overeenkomst met een marktpartij en/of energiecoöperatie, waarbij meer verstreckende juridisch afdwingbare afspraken worden vastgelegd. Deze afspraken gaan in de praktijk verder dan het faciliterende instrument toestemming. Het waterschap treedt bij de inzet van dit instrument niet op als bevoegd gezag (in het kader van een publiekrechtelijke regeling), maar eveneens als de eigenaar of de bronhouder.

Participeren

Een vergaande mate van samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie, waarbij het waterschap als eigenaar of bronhouder deelneemt in een gezamenlijke (juridische) entiteit, met bijvoorbeeld een besloten vennootschap (BV) als rechtsvorm, om de realisatie en exploitatie van een duurzaam energieproject mogelijk te maken. Het gaat bij dit sturende instrument dus specifiek om publiek-private samenwerking (PPS). De oprichting van de PPS-entiteit is in de praktijk vaak onderdeel van een door betrokken partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst.

Zelf investeren

Het volledig in eigen beheer en voor eigen risico ontwikkelen en realiseren van een duurzaam energieproject. Bij de toepassing van dit sturende instrument kan het waterschap als eigenaar of bronhouder er ook voor kiezen om de aan dit project gerelateerde werkzaamheden in een aparte vennootschap onder te brengen. Het oprichten van een zogeheten overheidsbedrijf kan ook met deelneming van een ander waterschap of een gemeente plaatsvinden. In deze situatie gaat het om publiek-publieke samenwerking.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

verstrekken van financiële middelen

zelfstandig instrument

juridisch handelingsperspectief

**publiekrechtelijk
privaatrechtelijk**

doorkruisingsleer

Financierien

Het niet op grond van een publiekrechtelijke regeling verstrekken van financiële middelen door een waterschap aan een marktpartij en/of energiecoöperatie om de realisatie en/of exploitatie van een duurzaam energieproject haalbaar te maken. Dit instrument zal in de praktijk vooral in samenhang met de instrumenten contracteren of participeren door een waterschap (kunnen) worden ingezet om sturend op te treden. Dit instrument omvat niet het verstrekken van een subsidie in de zin van titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), die enkel verstrekt kan worden op grond van een publiekrechtelijke subsidieregeling.

Verkopen/inkopen

Het verkopen door een waterschap van zelf duurzaam opgewekte energie (elektriciteit, biogas, warmte) of het inkopen daarvan bij een marktpartij en/of energiecoöperatie. Er is in de praktijk een veelheid aan combinaties denkbaar waarbij het waterschap als eigenaar of bronhouder in samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie over en weer verkoop- en inkooptransacties kunnen uitvoeren. Hoewel het instrument verkopen/inkopen als zelfstandig instrument moet worden beoordeeld, kan de inzet van dit instrument in de praktijk met de sturende instrumenten contracteren of participeren samenhangen.

Inzet instrumenten

Een waterschap zal bij de inzet van de hierboven vermelde instrumenten ten behoeve van een duurzaam energieproject moeten nagaan welk juridisch handelingsperspectief aan de orde is. Hierbij moet een waterschap onderscheid maken tussen het publiekrechtelijk handelingsperspectief en het privaatrechtelijk handelingsperspectief. Bij dit onderscheid zijn de volgende aandachtspunten voor een waterschap van belang:

- De hierboven kort beschreven faciliterende en sturende instrumenten vallen deels binnen het publiekrechtelijk handelingsperspectief (verlenen vergunning of ontheffing) en deels binnen het privaatrechtelijk handelingsperspectief (toestemming, contracteren, participeren, zelf investeren, financieren en verkopen/-inkopen).
- Als uitgangspunt voor rechtmatig overheidsoptreden geldt dat de inzet van instrumenten binnen het privaatrechtelijk handelingsperspectief niet het publiekrechtelijk handelingsperspectief, bijvoorbeeld de toepassing van bepalingen van de Keur of de Waterwet, op onaanvaardbare wijze mogen doorkruisen. Het gaat hier om in de rechtspraak erkende doorkruisingsleer, ook wel 'tweewegenleer' genoemd.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

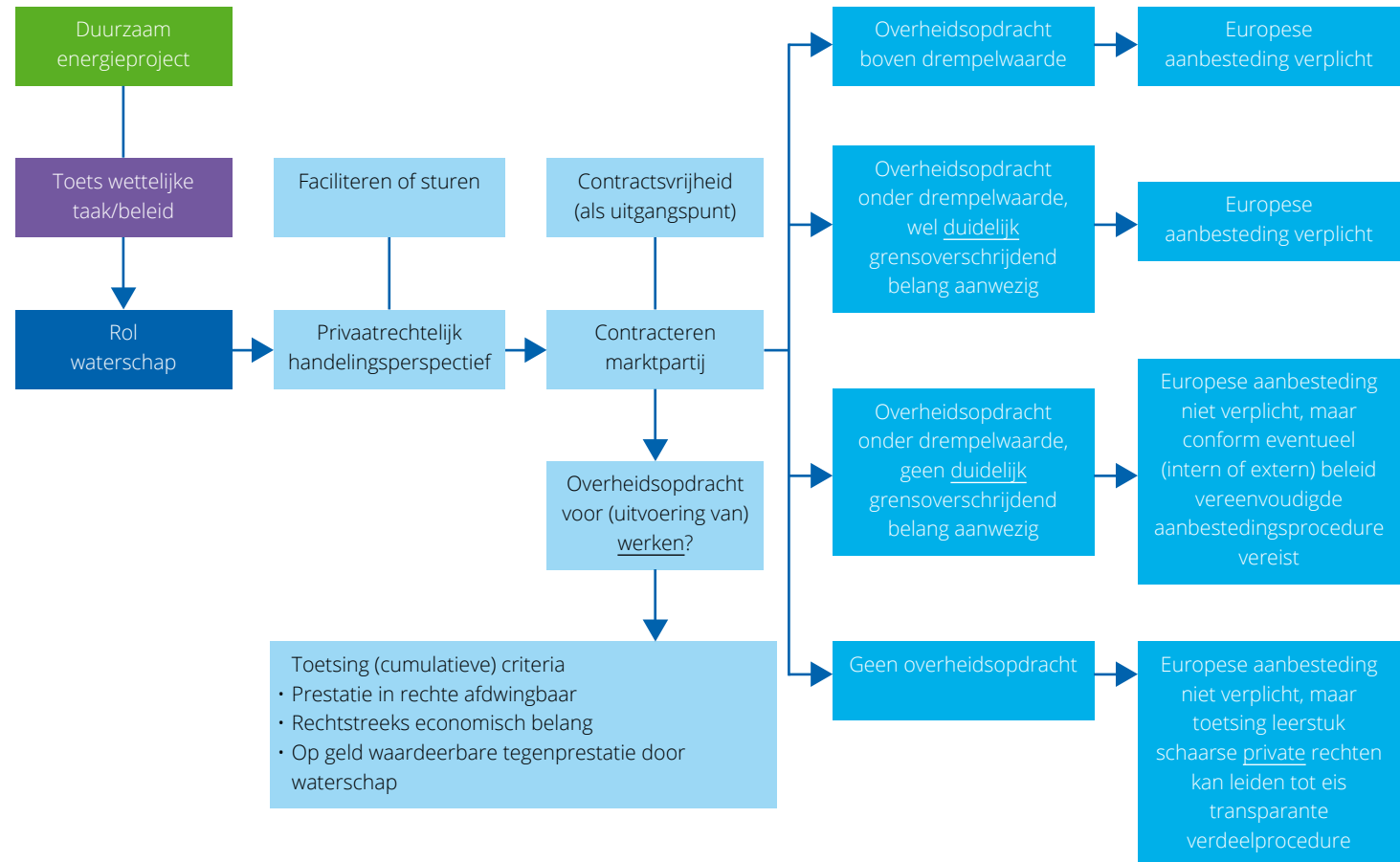
COLOFON

- Vooruitlopend op de toetsing van de hiervoor vermelde instrumenten aan het leerstuk aanbesteden van overheidsopdrachten en het leerstuk verdeling van schaarse publieke en private rechten geldt als aandachtspunt voor rechtmatig overheidsoptreden dat de zogeheten algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet alleen van toepassing zijn op het publiekrechtelijk handelingsperspectief, maar ook op het privaatrechtelijk handelingsperspectief.

Stap 2 wordt in deze handreiking nader uitgewerkt in deel 2, in het bijzonder hoofdstuk 2 *Juridisch handelingsperspectief en instrumentarium waterschap bij duurzame energieprojecten*. Ook deze uitwerking bevat een aantal relevante lessen voor de praktijk.

STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

ROUTEKAART AANBESTEDEN



WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Toelichting

Na het doorlopen van stap 1 (de toets wettelijke taak en beleid) en stap 2 (de toets juridisch handelingsperspectief en instrumentarium) is ten behoeve van de inzet van de instrumenten voor de praktijk inzicht vereist in zowel het leerstuk aanbesteding van overheidsopdrachten als het leerstuk schaarse rechten. Dit betreft stap 3, hetgeen de kern vormt van deze handreiking. Ter ondersteuning van de uitvoering van deze stap door een waterschap kan gebruik worden gemaakt van de *Routekaart Aanbesteden* en de *Routekaart Schaarse Rechten*, die zijn opgenomen in deze handreiking. Ten eerste wordt de *Routekaart Aanbesteden* toegelicht.

De nationale aanbestedingsregelgeving is opgenomen in de zogeheten Aanbestedingswet 2012. Een waterschap wordt in het kader van deze wet als een 'aanbestedende dienst' aangemerkt. Een Europese aanbestedingsplicht is in beginsel van toepassing op een door een overheid, waaronder een waterschap, te verstrekken overheidsopdracht. Bij dit kernbegrip gaat het in het bijzonder om een overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer marktpartijen (en/of lokale energiecoöperaties), die betrekking heeft op het realiseren van een bouwkundig of civieltechnisch werk, het doen van leveringen of het verrichten van diensten. In verband met de realisatie van een duurzaam energieproject kan met name een overheidsopdracht voor een werk aan de orde zijn. Van een dergelijke overheidsopdracht is volgens de Europese rechtspraak (arrest *Helmut Müller*) pas sprake als aan de hiernavolgende (cumulatieve) criteria wordt voldaan:

- De gecontracteerde prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn door het waterschap;
- Er is een rechtstreeks economisch belang van het waterschap mee gemoeid;
- Het waterschap moet een tegenprestatie verrichten.

Een waterschap moet bij het verstrekken van een overheidsopdracht voor werken, diensten en leveringen rekening houden met op Europees niveau vastgestelde drempelwaarden. Een overheidsopdracht, die evenveel of meer dan het drempelbedrag bedraagt, moet Europees worden aanbesteed. Voor werken bedraagt de drempelwaarde in 2021 € 5.350.000, exclusief BTW. Onder de drempel is vaak onder invloed van het (Europese) transparantiebeginsel ('passende mate van openbaarheid) een vereenvoudigde aanbesteding van toepassing zijn op grond van geldend aanbestedingsbeleid. Een waterschap zal met dit beleid rekening moeten houden.

Ook met betrekking tot een door een waterschap te verstrekken overheidsopdracht, die weliswaar onder bovenvermelde Europese drempelwaarde blijft, maar wel een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' heeft, geldt een Europese aanbestedingsplicht. In de praktijk zal dit belang op grond van bestaande rechtspraak niet snel worden aangenomen.

Routekaart Aanbesteden

Aanbestedingswet 2012

overheidsopdracht

drempelwaarden

duidelijk grensoverschrijdend belang

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

schaarse (private) rechten

special topics

Concessie

Aanbesteden en publiek-private samenwerking (PPS)

Inbesteden en 'quasi-in-house'-opdrachten

Alleen als geen sprake is van een door een waterschap aan te besteden overheidsopdracht is toetsing aan het leerstuk schaarse (private) rechten aan de orde. Zoals is aangegeven, wordt dit leerstuk hierna behandeld.

Vier bijzondere onderwerpen (special topics) zijn in relatie tot het aanbesteden relevant om te noemen:

- **Concessie:** een Europese aanbestedingsplicht is van toepassing op een concessie, d.w.z. een overheidsopdracht waarvoor het waterschap niet betaalt, maar wel een op geld waardeerbare tegenprestatie levert voor werken of diensten, waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan eerdergenoemde Europese drempelwaarde. Kenmerkend voor het verlenen van een concessieopdracht ten opzichte van het verstrekken van een 'klassieke' overheidsopdracht aan een marktpartij is, dat het operationeel risico geheel of voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen aan de concessiehouder.
- **Aanbesteden en publiek-private samenwerking (PPS).** Indien het instrument participeren wordt ingezet door een waterschap kan een door een waterschap op te richten PPS-entiteit in de praktijk sterk samenhangen met een door het waterschap te verstrekken overheidsopdracht (als bedoeld in het aanbestedingsrecht) Dit ten behoeve van de realisatie en mogelijk exploitatie van een duurzaam energieproject. In deze situatie is in principe een Europese aanbestedingsplicht van toepassing, die ook betrekking heeft op de selectie van de PPS-partner.
- **Inbesteden en 'quasi-in-house'-opdrachten.** Bij opdrachtverlening door een waterschap aan een eenheid die behoort tot hetzelfde waterschap, is een overheidsopdracht (als bedoeld in het aanbestedingsrecht) niet aan de orde, omdat een waterschap als (publiekrechtelijke) rechtspersoon geen wederkerige overeenkomsten met zichzelf kan sluiten. Dit soort opdrachten valt derhalve buiten de reikwijdte van een Europese aanbestedingsplicht. Men spreekt in deze situatie ook wel van 'inbesteden'. Is daarentegen sprake van een door een bijvoorbeeld waterschap te verstrekken overheidsopdracht aan een eigen overheidsbedrijf, dat rechtens als een aparte rechtspersoon is te onderscheiden van het waterschap als rechtspersoon, dan hoeft deze overheidsopdracht uitsluitend onder strikte voorwaarden niet te worden aanbesteed. Deze voorwaarden komen er – in het kort – op neer dat het waterschap een doorslaggevende zeggenschap heeft over de bedrijfsvoering van het 'eigen' overheidsbedrijf en bovendien de werkzaamheden van dit bedrijf in hoofdzaak in opdracht van het betreffende waterschap worden verricht.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Speciaal sectorbedrijf

- **Speciaal sectorbedrijf.** Het Europese aanbestedingsrecht bevat speciale regels voor de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten: de zogeheten speciale sectoren. Voor de waterschappen kunnen deze regels, die zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012, van belang zijn wanneer zij via een eigen overheidsbedrijf activiteiten uitoefenen in deze sectoren. Het eigen overheidsbedrijf moet dan wel als een zogeheten speciaal sectorbedrijf worden gekwalificeerd. Speciale sectorbedrijven hoeven enkel opdrachten die verband houden met de speciale sectortaak aan te besteden. Op grond van een in 2017 genomen besluit van de Europese Commissie is een uitzondering op deze aanbestedingsplicht (voor de zogeheten relevante activiteiten) van toepassing op de productie en groothandel van elektriciteit.

Stap 3 (toets aanbesteding overheidsopdracht) wordt in deze handreiking nader uitgewerkt in deel 2, in het bijzonder in paragraaf 3.2 van hoofdstuk 3 *Juridisch kader aanbesteden en schaarse rechten bij duurzame energieprojecten waterschap*. Ook zijn in deze uitwerking een paar relevante lessen voor de praktijk opgenomen.

ROUTEKAART SCHAARSTE RECHTEN

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

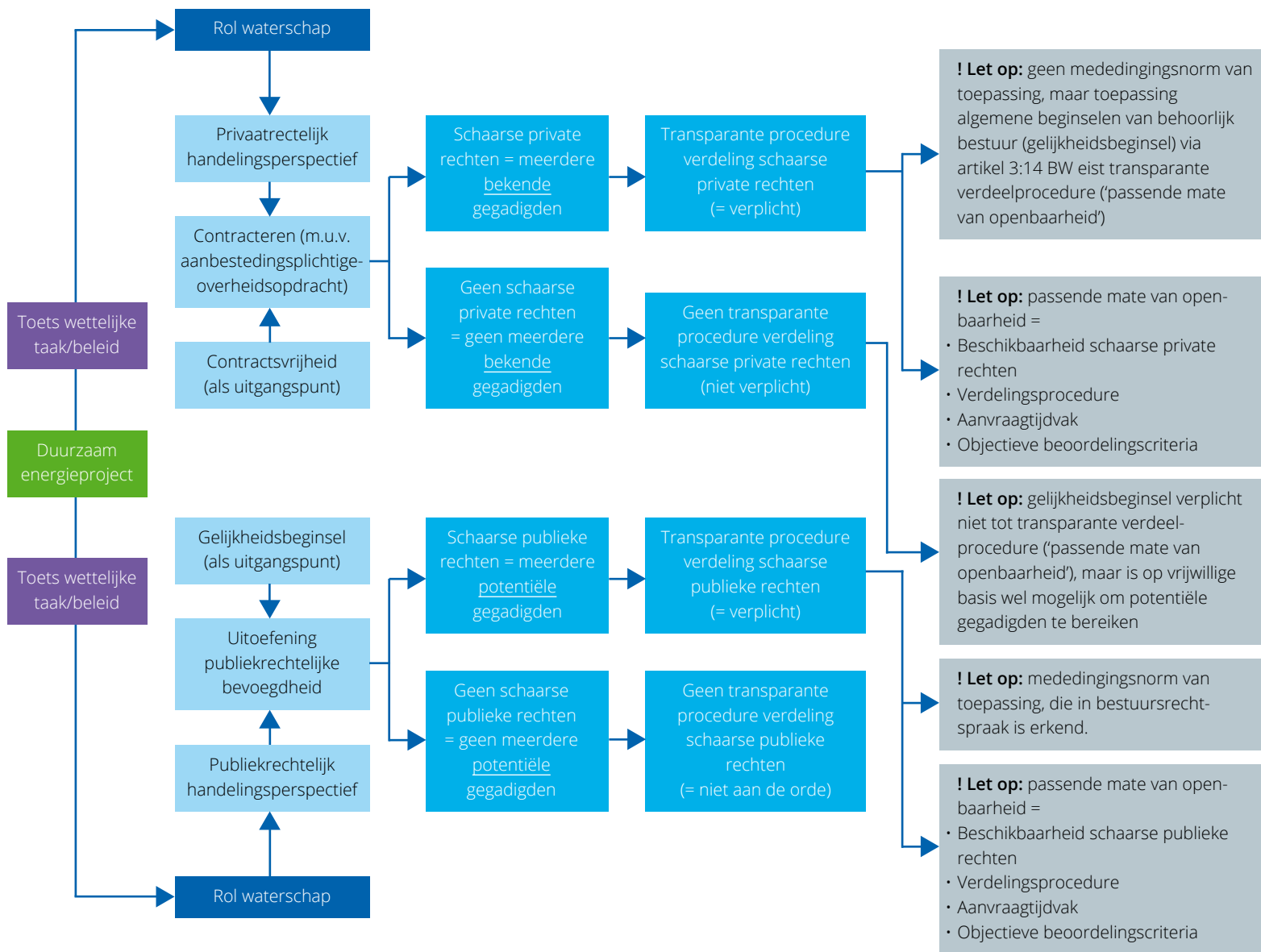
3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON



WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Toelichting

Met het oog op de realisatie van duurzame energieprojecten is het van belang dat waterschappen het juridisch kader voor de verdeling van schaarse rechten scherp onderscheiden van het juridisch kader voor aanbesteden van overheidsopdrachten. Indien geen sprake is van een door het waterschap te verstrekken overheidsopdracht, zoals bedoeld in het aanbestedingsrecht, is vervolgens toetsing aan het juridisch kader voor schaarse rechten vereist met het oog op rechtmatig overheidshandelen. Het schaarse rechten-leerstuk heeft zowel betrekking op schaarse publieke rechten als schaarse private rechten. Het leerstuk schaarse private rechten kan echter als meer complementair aan het leerstuk aanbesteden van overheidsopdrachten worden beschouwd. In de Routekaart Schaarse Rechten van deze handreiking is dit schematisch weergegeven.

routekaart schaarse rechten

schaarse publieke rechten

In geval van schaarse publieke rechten gaat het erom dat het aantal beschikbare publieke rechten voor potentiële gegadigden (bijvoorbeeld een vergunning of ontheffing) beperkt is met als gevolg dat op grond van overheidsbeleid een maximum of plafond geldt voor de te verlenen publieke rechten. Dit maximum of plafond kan voortvloeien uit schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (natuurlijke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld. In de bestaande bestuursrechtspraak zijn de zogeheten ligplaatsvergunningen en exploitatievergunningen bekende voorbeelden, waarbij verdeling van schaarse publieke rechten aan de orde is. Volgens de bestaande bestuursrechtspraak voorzien ruimtelijke besluiten op grond van de Wet ruimtelijke ordening, zoals bestemmingsplannen en rijks-inpassingsplannen, niet zonder meer in de toedeling van een schaars (publiek) recht. Dit geldt ook voor omgevingsvergunningen. Gelet op deze bestuursrechtspraak, die betrekking heeft op de gemeentepraktijk, is een zekere terughoudendheid dus op zijn plaats om vergunningen, die door een waterschap worden verleend in het kader van bijvoorbeeld de Waterwet of de Keur, als schaarse publieke rechten aan te merken.

bestuursrechtspraak

mededingingsnorm

Uit de hiervoor genoemde bestuursrechtspraak met betrekking tot ligplaatsen- en exploitatievergunningen volgt wel dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten een mededingingsnorm geldt, die erop neerkomt dat potentiële gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare publieke rechten mee te dingen. Dit betekent dat – tegen de achtergrond van het (bestuursrechtelijke) gelijkheidsbeginsel – gelijke kansen moet worden geboden aan alle (potentiële) gegadigden. Een ‘passende mate van openbaarheid’ moet worden verzekerd, die specifiek betrekking moet hebben op de (i) beschikbaarheid van de schaarse publieke rechten, (ii) de verdeelprocedure, (iii) het aanvraagtdvak en (iv) de ten aanzien van de ontvangen aanvragen toe te passen (objectieve) beoordelingscriteria. In aansluiting op de hiervoor beschreven terughoudendheid als het gaat om de kwalificatie van een door een waterschap te verlenen vergunning als schaars publiek recht geldt deze terughoudendheid dus ook met betrekking tot toepasselijkheid van de mededingingsnorm op deze vergunningenpraktijk.

passende mate van openbaarheid

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

schaarse private rechten

civiele rechtspraak

**bepaalde situaties
mededingingsruimte**

op vrijwillige basis

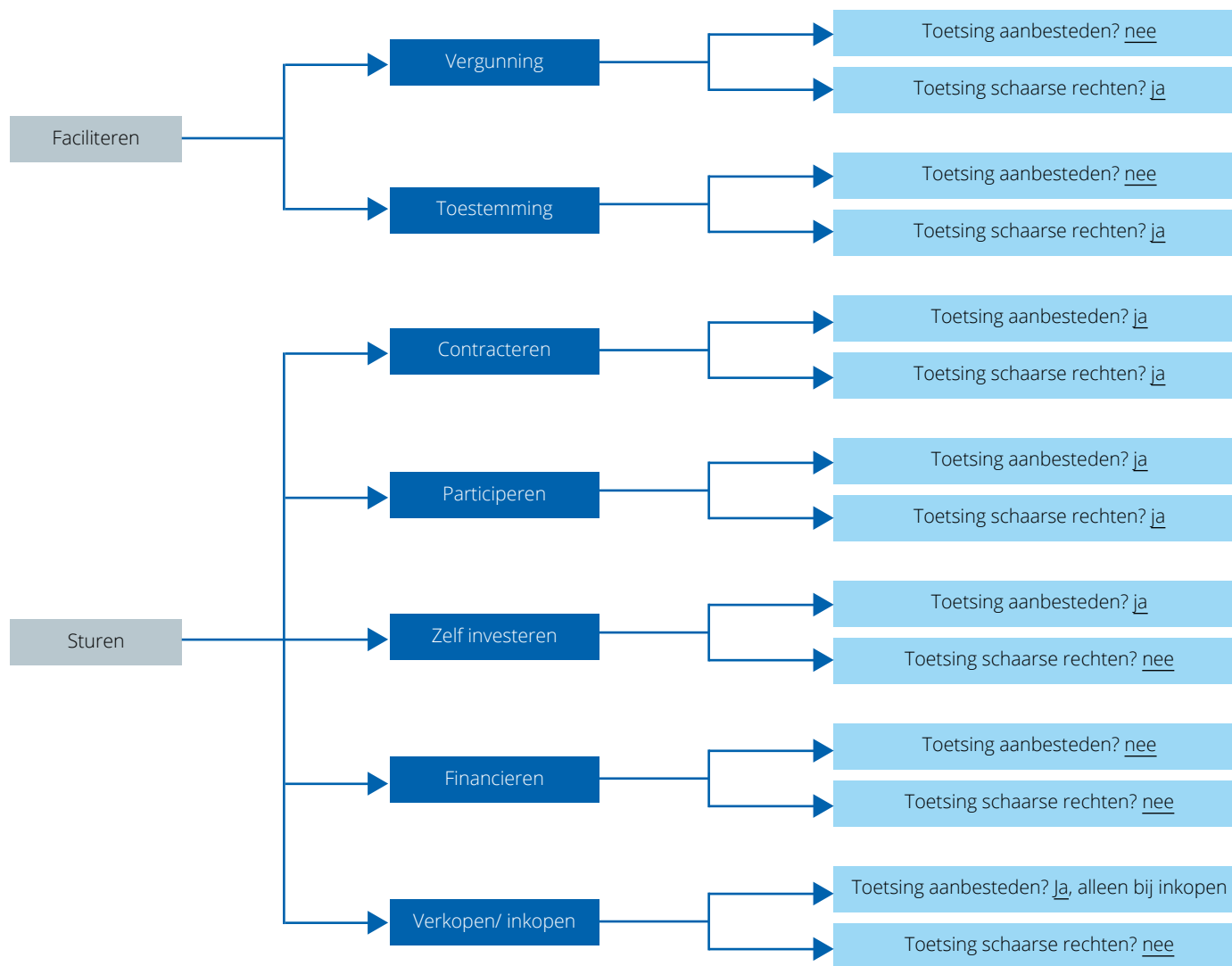
Schaarse rechten kunnen zich ook voordoen in het privaatrechtelijke domein. Van schaarse private rechten kan bijvoorbeeld sprake zijn bij het beschikbaar stellen van grondposities, assets of bronnen door een waterschap ten behoeve van een duurzaam energieproject, bijvoorbeeld een zonnepark of een Aquathermieproject. In de civiele rechtspraak geldt als uitgangspunt dat een waterschap met betrekking tot het handelen in het privaatrechtelijk domein in beginsel contractsvrijheid heeft. Een mededingingsnorm, zoals deze geldt bij de verdeling van sommige schaarse publieke rechten, is vooralsnog niet van toepassing op schaarse private rechten. Dit neemt niet weg, dat het privaatrechtelijk handelen van overheden, waaronder dus waterschappen, niet mag worden uitgeoefend in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De toepassing van deze beginselen betekent volgens bestaande civiele rechtspraak dat overheden – uitsluitend in bepaalde situaties – verplicht zouden kunnen worden mededingingsruimte te bieden. Deze situaties, die hieronder worden genoemd, zouden in de praktijk van een waterschap dus kunnen leiden tot een mededingingsplicht.

- Als zich bijvoorbeeld voor een beschikbare grondpositie of asset meerdere gegadigden hebben gemeld dan wel meerdere gegadigden bekend zijn. Maar let op: van een mededingingsplicht in deze situatie kan geen sprake indien er 'objectieve of gerechtvaardigde gronden' bestaan voor gunning van de grondpositie of asset aan een bepaalde gegadigde, bijvoorbeeld omdat een gegadigde heeft aangegeven zich terug te trekken uit lopende gesprekken c.q. onderhandelingen met een waterschap. In deze situatie is van schending van het (bestuursrechtelijke) zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel geen sprake.
- Er sprake is van gedane toezeggingen, die inhouden dat men een gegadigde een kans zal bieden op bijvoorbeeld koop of erfpacht. Het gaat in dit verband om de toepassing van het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel.
- Het eigen beleid dat voorschrijft. Het kan daarbij ook gaan om een vastgestelde beleidsregel als bedoeld in artikel 4:81 lid 1 Awb. Uit artikel artikel 4:84 Awb volgt dat een bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Ten slotte, in de situatie dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of eigen beleid een waterschap hiertoe niet verplichten, dan kan een waterschap in een concreet geval in het private domein er eventueel op vrijwillige basis voor kiezen om – binnen de grenzen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – via een transparante verdeelprocedure gelijke kansen te bieden aan (bekende of potentiële gegadigden).

Stap 3 (toets schaarse rechten) wordt in deze handreiking nader uitgewerkt in deel 2, in het bijzonder paragraaf 3.3 van hoofdstuk 3 *Juridisch kader aanbesteden en schaarse rechten bij duurzame energieprojecten waterschap*. Ook in deze uitwerking zijn een paar relevante lessen voor de praktijk opgenomen.

STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN



WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

- 1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP
 - 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
 - 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
 - 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
 - 1.4 BELEIDSKADERS
- 2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP
 - 2.1 INLEIDING
 - 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
 - 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
 - 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN
- 3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
 - 3.1 INLEIDING
 - 3.2 AANBESTEDEN
 - 3.3 SCHAARSE RECHTEN
- 4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP
 - 4.1 INLEIDING
 - 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
 - 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
 - 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
 - 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
 - 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
 - 4.7 STUREN: FINANCIEREN
 - 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Toelichting

In het kader van stap 3 zijn het leerstuk aanbesteding van overheidsopdrachten en het leerstuk verdeling van schaarse (publieke en private) rechten in het kort beschreven en via de zogeheten routekaarten uitgewerkt. Met het inzicht dat in stap 3 is verkregen, kan een waterschap in verband met een te realiseren duurzaam energieproject de – in het kader van het publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelingsperspectief – mogelijk in te zetten instrumenten (zie bovenstaande figuur) toetsen. Is bij de mogelijke inzet van dit instrumentarium het aanbesteden van een overheidsopdracht aan de orde? Zo, ja wat zijn de consequenties hiervan? Zo niet, is dan sprake zijn van de verdeling van schaarse publieke of private rechten? Zo ja, wat zijn de consequenties hiervan?

Vergunning

Bij het verlenen van een vergunning (of een ontheffing) aan een marktpartij en/of energiecoöperatie op grond van een publiekrechtelijke regeling is geen sprake van het verstrekken van een privaatrechtelijke overheidsopdracht. Het aanbestedingsrecht is om deze reden niet van toepassing. Wel kan bij het verlenen van een vergunning of ontheffing sprake zijn van de verdeling van schaarse publieke rechten. In dat geval kan uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een mededingingsnorm worden afgeleid ten gevolge waarvan overheden een transparante verdeelprocedure moeten inrichten om gelijke kansen te geven aan (potentiële) gegadigden. Echter, op basis van deze bestuursrechtspraak is terughoudendheid gerechtvaardigd om zomaar te concluderen dat de vergunningen, die door een waterschap worden verleend op grond van bijvoorbeeld de Waterwet of de Keur, als schaarse publieke rechten moeten worden gekwalificeerd. Wellicht brengt toekomstige bestuursrechtspraak op dit punt meer duidelijkheid.

Toestemming

Het door een waterschap verlenen van toestemming aan een marktpartij en/of energiecoöperatie om bijvoorbeeld gebruik te maken van zijn gronden, assets of bronnen valt buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Van een privaatrechtelijke overheidsopdracht is namelijk geen sprake, omdat bij de toepassing van dit faciliterende instrument verstrekking juridisch afdwingbare en op sturing gerichte voorwaarden jegens de marktpartij en/of energiecoöperatie ontbreken. Wel kan – in bepaalde situaties, zoals genoemd bij stap 3 – sprake zijn van de verdeling van schaarse private rechten. In deze situaties geldt onder invloed van de zogeheten algemene beginselen van behoorlijk bestuur dat een mededingingsplicht ten gevolge waarvan een transparante verdeelprocedure moet worden ingericht door de betreffende overheid, bijvoorbeeld een waterschap, om gelijke kansen te geven aan (bekende) gegadigden.

**instrumenten
toetsen**

vergunning

aanbestedingsrecht

schaarse publieke rechten

toestemming

aanbestedingsrecht

schaarse private rechten

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

(schriftelijke) overeenkomst

aanbestedingsrecht

schaarse private rechten

aanbestedingsrecht

publiek-private samenwerking

schaarse private rechten

zelf te realiseren en eventueel te exploiteren

Contracteren

Het sluiten van een (schriftelijke) overeenkomst door een waterschap met een marktpartij en/of energiecoöperatie, die verstrekkende en in rechte afdwingbare voorwaarden c.q. prestaties jegens de marktpartijen/of energiecoöperatie bevat, kan als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht worden aangemerkt. Als het gaat om een overheidsopdracht voor werken, hetgeen bij de realisatie van duurzame energieprojecten aan de orde kan zijn, dan zal aan bepaalde criteria, zoals genoemd bij stap 3, moeten worden voldaan. Mocht aan deze criteria worden voldaan, dan is in principe een Europese aanbestedingsprocedure verplicht. Mocht daarentegen niet worden voldaan aan de criteria, dan is het aanbestedingsrecht niet van toepassing. In dit geval kan in vergelijking tot het instrument toestemming – in bepaalde situaties, zoals genoemd bij stap 3 – wel sprake zijn van de verdeling van schaarse private rechten. Gevolg hiervan is dat ook bij contracteren onder invloed van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een mededingingsplicht geldt voor overheden, waaronder waterschappen, waardoor een transparante verdeelprocedure moet worden ingericht om gelijke kansen te geven aan (bekende) gegadigden.

Participeren

Indien een waterschap – in samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie – wil deelnemen in een gezamenlijke (juridische) entiteit kan op grond van het aanbestedingsrecht een Europese aanbestedingsplicht aan de orde zijn. Dit is aan de orde als de door een waterschap beoogde publiek-private samenwerking (PPS) in de praktijk samenhangt met een door dit waterschap te verstrekken overheidsopdracht voor werken aan de op te richten entiteit. De Europese aanbestedingsprocedure heeft zowel betrekking op de te verstrekken overheidsopdracht als de te selecteren PPS-partner. Is een Europese aanbestedingsplicht in deze situatie niet aan de orde, omdat geen sprake is van een overheidsopdracht, dan kan ook bij het instrument participeren – onder bepaalde omstandigheden, zoals genoemd bij stap 3 – sprake zijn van verdeling van schaarse private rechten. In dat geval eisen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een transparante selectieprocedure.

Zelf investeren

Als een waterschap als eigenaar en/of bronhouder ervoor kiest om een duurzaam energie-project zelf te realiseren en eventueel te exploiteren, dan is het aanbestedingsrecht (lees hier: de aanbesteding van een overheidsopdracht) niet aan de orde. Mocht het waterschap er mogelijk voor kiezen de realisatie en mogelijk exploitatie op afstand te zetten en onder te brengen bij een eigen overheidsbedrijf, dit eventueel in samenwerking met een ander waterschap, dan is het aanbestedingsrecht wel van toepassing. Indien echter wordt voldaan aan de geldende criteria voor 'quasi-in-house'-opdrachten, zoals genoemd bij stap 3, dan is een aanbestedingsplicht niet aan de orde. In dit verband moet er op gelet worden dat een overheidsbedrijf als een zogeheten *speciaal sectorbedrijf* kan worden gekwalificeerd en als gevolg hiervan – uitsluitend als het gaat om het

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

verstrekken van opdrachten met betrekking tot haar kernactiviteiten – geconfronteerd kan worden met een Europese aanbestedingsplicht. Schaarse private rechten zijn, behoudens toekomstige ontwikkelingen in de rechtspraak, vooralsnog niet aan de orde bij de inzet van dit instrument.

Financiering

Het verstrekken van financiële middelen aan een marktpartij en/of energiecoöperatie om de realisatie en/of exploitatie van een duurzaam energieproject haalbaar te maken valt buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Van een overheidsopdracht, zoals bedoeld is het aanbestedingsrecht, is namelijk geen sprake. Ook valt de inzet van dit instrument niet binnen de reikwijdte van het leerstuk schaarse private rechten.

Verkopen/inkopen

Wat betreft *verkopen* (als instrument) gaat het om door een waterschap zelf of het eigen overheidsbedrijf duurzaam opgewekte energie, bijvoorbeeld biogas of warmte. Deze activiteit valt buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht, omdat het verstrekken van een overheidsopdracht niet aan de orde is. Bij het instrument verkopen staat contractsvrijheid namelijk voorop. Bij het *inkopen* (als instrument) door een waterschap van bijvoorbeeld duurzaam opgewekte elektriciteit en/of zogeheten Garanties van Oorsprong (GvO's) ten behoeve van het verduurzamen van het eigen energieverbruik ligt dit anders. Op de inkoop van zowel duurzaam opgewekte energie als de afname van GVO's geldt een aanbestedingsplicht, omdat in beide gevallen sprake is van een overheidsopdracht voor levering. Het leerstuk schaarse private rechten speelt bij het verkopen dan wel inkopen geen rol.

Stap 4 wordt in deze handreiking nader uitgewerkt in deel 2, in het bijzonder hoofdstuk 4 *Juridisch kader aanbesteden en schaarse rechten bij duurzame energieprojecten waterschap*. Ook komen in deze uitwerking per instrument praktijkvoorbeelden aan bod en wordt specifiek ingegaan op de rol van energiecoöperaties.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN; VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN; VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN; CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN; PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN; ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN; FINANCIEREN
- 4.8 STUREN; VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON



DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE

Klimaatakkoord

Op 11 oktober 2019 hebben de waterschappen unaniem ingestemd met het Nationale Klimaatakkoord. In het Klimaatakkoord is een doelstelling opgenomen van CO₂-reductie van minimaal 49% in 2030 ten opzichte van 1990. De waterschappen hebben hoge ambities als het gaat om het bijdragen aan de doelstellingen uit het Klimaatakkoord. Al in 2025 willen de waterschappen 100% energieneutraal zijn. Daarbij willen de waterschappen ook hun CO₂-klimaatvoetafdruk sterk verminderen. De sector is volop bezig met de realisatie van duurzame energieprojecten. Er liggen bij de waterschappen veel kansen om duurzame energie te winnen, omdat zij veel verschillende assets (zuiveringsinstallaties, dijken en watergangen) beheren.

Meer informatie:

Klimaatakkoord 28 juni 2019

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Klimaatmonitor Waterschappen

De Unie van Waterschappen brengt ieder jaar de voortgang van de geboekte resultaten voor klimaat en duurzaamheid in beeld. Deze klimaatmonitor toont hoe waterschappen hun ambities omzetten in daden. Dat gebeurt voor de hele sector en voor elk waterschap afzonderlijk. De monitor is daarmee een goed sturingsinstrument voor projecten van de waterschappen op het gebied van CO2-reductie, energiebesparing en duurzame energie. Als alle voorgenomen projecten gerealiseerd worden, is de in het Klimaatakkoord verankerde ambitie van energieneutraliteit in 2025 binnen bereik.

Meer informatie:

[Klimaatmonitor-Waterschappen-2019.pdf](#)

1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN

Soorten projecten

De afgelopen jaren hebben de waterschappen verschillende soorten duurzame energieprojecten uitgevoerd, die bijdragen aan de in het Klimaatakkoord gemaakte afspraken. Onderstaand schema bevat een overzicht van duurzame energieprojecten in de praktijk van de waterschappen.

Soort project	Toelichting
Zonne-energie	<ul style="list-style-type: none"> • Zon op eigen gebouw/dak • Zon op zuiveringsinstallatie (gebouw, dak, grond, bassins). • Zonneweiden waterbaggerdepots/bergingsgebieden • Zon op Water • Zon op grondpositie derden
Windenergie	<ul style="list-style-type: none"> • Windturbine(s) op zuiveringsinstallatie • Windturbine(s) op of nabij dijken • Windturbine(s) op grondpositie derden
Biogas/groen gas	<ul style="list-style-type: none"> • Via vergisting van zuiveringsslib op rioolzuiveringsinstallaties wordt biogas geproduceerd • Biogas wordt deels via warmtekrachtkoppeling in elektriciteit voor het eigen zuiveringsproces of geleverd aan externe afnemers • Biogas wordt deels opgewaardeerd naar groen gas en vervolgens aan externe afnemers geleverd of op het openbare gasnet ingevoerd om de lokale omgeving te voorzien van gas, dat kwalitatief van dezelfde kwaliteit is als aardgas
Biomassa	<ul style="list-style-type: none"> • Bio-raffinage van maaisel • Toepassing van maaisel als bodemverbeteraar (compost) • Omzetting van maaisel naar duurzame energie (vergisting)
Aquathermie	<ul style="list-style-type: none"> • Warmte uit water halen (oppervlaktewater, afvalwater of drinkwater) • Met de warmte die je met een warmtepomp uit water haalt, kunnen woningen via een warmtenet verwarmd worden. Het warme water is dus als warmtebron een alternatief voor aardgas
Waterkracht	Energieopwekking door middel van een waterkrachtcentrale

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Soort project	Toelichting
Energieopslag	Afstemming vraag en aanbod duurzaam opgewekt elektriciteit (samenhang met projecten zon- en windenergie)
Waterstof	In geval van overschot duurzaam opgewekte elektriciteit

Meer informatie:

- [Rapport Waterschappen in de regionale energiestrategie #inventarisatie en ontsluiting mbt juridische vraagstukken, Unie van Waterschappen 2020](#)
- [Rapport-Bouwstenen-voor-waterschappen-2020](#)

Eigen initiatief of initiatief derden

Ter uitvoering van het hiervoor genoemde Klimaatakkoord hebben waterschappen een sterke ambitie om nieuwe duurzame energieprojecten te realiseren. Waterschappen kunnen bepaalde projecten zelf realiseren dan wel de samenwerking zoeken met een marktpartij en/of een lokale energiecoöperatie. In geval van een marktpartij gaat het om een onderneming, die op de (duurzame) energiemarkt actief is met een duidelijk winstoogmerk. Lokale energiecoöperaties zijn daarentegen niet primair gericht op het maken van winst. Om lokaal draagvlak te creëren wordt de rol van lokale energiecoöperaties in de praktijk steeds belangrijker. Dit geldt ook voor de praktijk van de waterschappen. Of het initiatief voor een nieuw duurzaam energieproject bij het waterschap zelf ligt dan wel het initiatief hiervoor bij een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie ligt doet er in feite niet toe. In beide gevallen is om op een optimale wijze invulling te geven aan de rol van het waterschap inzicht vereist in de complexe juridische regels inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse rechten.

Voorvragen

Voordat in deze handreiking – zowel vanuit publiekrechtelijk als privaatrechtelijk handelingsperspectief – wordt ingegaan op de regelgeving inzake aanbesteden en schaarse rechten bij de realisatie van duurzame energieprojecten door waterschappen (op eigen initiatief dan wel initiatief van derden), wordt stilgestaan bij twee relevante voorvragen. De eerste voorvraag betreft hoe een voorgenomen duurzaam energieproject zich verhoudt tot de wettelijke taken van een waterschap. Is het juridisch toegestaan dat een waterschap een faciliterende of sturende rol vervult bij duurzame energieprojecten? En zo ja, heeft een waterschap beleidsruimte om invulling te geven aan zijn faciliterende of sturende rol?

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP

Functionele overheid

Waterschappen zijn net als provincies en gemeenten ook overheidsinstanties, maar hun taken zijn beperkt tot (onderdelen van) het waterbeheer. In artikel 1 lid 2 Waterschapswet zijn de taken benoemd die aan de waterschappen zijn opgedragen. Aan de waterschappen is de zorg voor het watersysteem en de zorg voor het zuiveren van afvalwater opgedragen. Daarnaast kan volgens artikel 1 lid 2 Waterschapswet de zorg voor één of meer andere waterstaatsaangelegenheden aan de waterschappen zijn of worden opgedragen. Op grond hiervan is een waterschap aan te merken als een functionele overheid met een territoriale begrenzing. Provincies en gemeenten hebben daarentegen een zgn. open huishouding. Uit artikel 56 lid 1 Waterschapswet volgt dat waterschappen de bevoegdheid hebben tot regeling en bestuur ter behartiging van hun taken. Deze bepaling impliceert dat waterschappen vrijheid hebben om te bepalen hoe zij hun taken vervullen. Ten behoeve van de wettelijke taakuitoefening beschikken waterschappen over een verordende bevoegdheid en mogen zij ook belastingen heffen.

Wettelijke taakuitoefening vs. investeren duurzame energieprojecten

De waterschappen beschikken niet over een expliciete wettelijke basis om duurzame energieprojecten uit te voeren. Niettemin mag een waterschap – naast het produceren van grondstoffen – tegenwoordig investeren in hernieuwbare energieprojecten *binnen* de directe uitvoering van de waterschapstaken. Het afnemen van duurzaam opgewekte elektriciteit en/of Garanties van Oorsprong (GVO's) van een windpark (waarin een waterschap participeert) ten behoeve van een doelmatige taakuitoefening, in het bijzonder het verduurzamen van het eigen energieverbruik, kan daarbij als praktijkvoorbeeld dienen. De Waterschapswet voorziet niet expliciet in een mogelijkheid voor waterschappen om ook te investeren in duurzame energieprojecten *buiten* de directe uitvoering van de waterschapstaken om. Toch is ook deze manier van investeren mogelijk wanneer een waterschap daarmee (eigen) klimaatneutraliteit wil bereiken. Ondersteuning voor deze opvatting is te vinden in het Klimaatakkoord, waarin wordt onderschreven dat waterschappen energie mogen produceren om klimaatneutraal te worden. In dit verband kan een Aquathermieproject als een voorbeeld worden beschouwd dat – buiten de directe uitvoering van de waterschapstaken om – een bijdrage kan leveren aan de beperking van de klimaatverandering. In het STOWA-rapport *Juridisch kader Aquathermie 2019; speelruimte voor de praktijk* wordt hier dieper op ingegaan. In dit rapport wordt – in aansluiting op het aspect klimaatneutraliteit – aangegeven dat als het waterschap inkomsten verwerft uit een Aquathermieproject, deze ten goede moeten komen aan het verlagen van de door het waterschap op te leggen heffingen. Het is aannemelijk dat dit ook geldt voor andere duurzame energieprojecten buiten de directe uitvoering van de waterschapstaken in strikte zin om.

zorg voor het watersysteem
zorg voor het zuiveren van afvalwater

verduurzamen
eigen energieverbruik

klimaatneutraliteit

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Op het moment van schrijven van deze handreiking heeft een beoogde wijziging van de Waterschapswet, die investeringen van waterschappen in duurzame energieprojecten buiten de directe uitvoering van de waterschapstaken van een expliciete wettelijke basis moet voorzien, nog niet plaatsgevonden. Wetswijziging of niet, het investeren van een waterschap in deze duurzame energieprojecten zal – in verband met de beoogde klimaatneutraliteit – in goede verhouding moeten staan met de energiebehoefte van een waterschap en/of de compensatie voor de uitstoot door een waterschap van voor het klimaat c.q. milieuschadelijke stoffen. Een zorgvuldige onderbouwing en besluitvorming door een waterschap op dit punt is raadzaam.

Het voorgaande betekent dat de juridische mogelijkheden voor waterschappen ten aanzien van duurzame energieprojecten ruimer zijn dan ten tijde van de door Berenschot opgestelde *Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen*. In deze handreiking, die in 2017 is gepubliceerd, werd namelijk vastgesteld dat een waterschap alleen binnen de uitoefening van de in de Waterschapswet verankerde wettelijke taken bevoegd is om energie op te wekken en grondstoffen terug te winnen uit afvalwater. Deze energieprojecten droegen volgens de Berenschot-handreiking bij aan een duurzame en doelmatige invulling van de waterschapstaken. Deze opvatting is dus momenteel achterhaald en de mogelijkheden om deel te nemen aan duurzame energieprojecten worden enkel nog begrensd door hoeveel projecten er nodig zijn om als waterschap klimaatneutraal te worden. Daarbij geldt dat de door een waterschap uit te voeren duurzame energieprojecten geen gevaar mogen opleveren voor de uitvoering van de in de Waterschapswet verankerde wettelijke taken.

Ten slotte, in deze handreiking staan de juridische spelregels inzake het aanbesteden van overheidsopdrachten en het verdelen van schaarse rechten centraal. Naast deze juridische spelregels, zal een waterschap bij het vervullen van een bepaalde rol in duurzame energieprojecten het mededingingsrecht en het staatssteunrecht in acht moeten nemen. Het staatssteunrecht en mededingingsrecht worden niet behandeld in deze handreiking. Hiervoor wordt verwezen naar de door Berenschot in 2017 opgestelde *Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen*. Deze handreiking is als het gaat om zowel het mededingingsrecht als het staatssteunrecht nog steeds actueel.

Les voor de praktijk:

Als een waterschap zelf of op initiatief van derden een duurzaam energieproject wil uitvoeren, buiten de directe uitvoering van de waterschapstaken, dan zal deze keuze zorgvuldig moeten worden gemotiveerd met betrekking tot energieneutraliteit (= energiebehoefte van het waterschap) en/of klimaatneutraliteit (= compensatie CO₂-uitstoot door het waterschap).

zorgvuldige onderbouwing

Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen

**energieneutraliteit
klimaatneutraliteit**

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Meer informatie:

- Kamerbrief van de minister van Infrastructuur en Water d.d. 21 december 2018, *Vaststelling van de begrotingsstaat van het Deltafonds voor het jaar 2019*, pag. 6, Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 35 000 J, nr. 30.
- [Rapportage onderzoek fiscaal-juridische advisering over energieproductie door waterschappen, ESBL 2018](#)
- [Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen, Berenschot 2017](#)
- [Juridisch kader Aquathermie, Speelruimte voor de praktijk, Stowa 2019](#)

1.4 BELEIDSKADERS

Eigen duurzaamheidsbeleid

In paragraaf 1.1 is aangegeven dat waterschappen hoge ambities hebben als het gaat om het bijdragen aan de doelstellingen uit het Klimaatakkoord en reeds in 2025 100% energieneutraal willen zijn. Om aan deze ambitie te voldoen zullen de waterschappen – in afstemming met de Unie van Waterschappen – een strategisch duurzaamheidsbeleid moeten voeren om duurzame energieprojecten op eigen initiatief of initiatief van derden mogelijk te maken. In geval van het zelf dan wel op initiatief van derden uitvoeren van een duurzaam energieproject is het van belang dat de medewerker van een betrokken waterschap nagaat of dit project past binnen het vastgestelde duurzaamheidsbeleid van zowel het eigen waterschap als de Unie van Waterschappen. Hieronder wordt als praktijkvoorbeeld verwezen naar het beleidskader, dat door het Waterschap Vallei en Veluwe wordt gehanteerd ten aanzien van duurzame energieprojecten.

Meer informatie:

[Beleidskader energietransitie Waterschap Vallei en Veluwe, november 2018.pdf](#)

Regionale energiestrategie (RES)

Eén van de afspraken binnen het Klimaatakkoord is dat 30 energieregio's in Nederland onderzoeken waar en hoe het best duurzame elektriciteit via wind en zon op land opgewekt kan worden. Maar ook welke warmtebronnen te gebruiken zijn, zodat wijken en gebouwen van het aardgas af kunnen. Provincies, gemeenten en waterschappen willen (als decentrale overheden) via de zgn. Regionale Energiestrategie (RES) van onderop de energietransitie vorm geven, samen met de regionale belanghebbenden. De waterschappen zijn betrokken bij de 30 RES-regio's en brengen daar hun eigen opgaven op het gebied van energieneutraliteit in. In samenhang met het eigen duurzaamheidsbeleid en/of het overkoepelend duurzaamheidsbeleid van de Unie van Waterschappen is het belang om bij het zelf dan wel op initiatief van derden uitvoeren van een duurzaam energieproject te beoordelen of dit project aansluit bij de aanpak in het kader van de RES-regio. Uit de praktijk blijkt dat een aantal waterschappen en de Unie van Waterschappen beleidsstukken hebben opgesteld over de rol en positionering in de RES.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Meer informatie:

[Rapport-Bouwstenen-voor-waterschappen-2020.pdf](#)

Gemeentelijk en provinciaal omgevingsbeleid

Veel duurzame energieprojecten van de waterschappen, zoals genoemd onder paragraaf 1.2, raken de fysieke leefomgeving. Om mogelijk botsende ruimteclaims te voorkomen is het van belang om het duurzaamheidsbeleid van de waterschappen, in het bijzonder als het gaat om het mogelijk maken van duurzame energieprojecten, te verankeren in omgevingsbeleid op gemeentelijk en provinciaal niveau. De gemeentelijke en provinciale omgevingsvisie zijn hiervoor het instrumentarium. Ook de ruimtelijke keuzes die in het kader van 30 RES-regio's verder zullen worden geconcretiseerd dienen in de gemeentelijke en provinciale omgevingsvisies te worden geborgd. Een waterschap zal in verband met een voorgenomen duurzaam energieproject rekening moeten houden met het gemeentelijk en provinciaal omgevingsbeleid.

Nationaal omgevingsbeleid (NOVI)

De rijksoverheid heeft haar ambities over de overgang naar duurzame energiebronnen uitgewerkt in de Nationale Omgevingsvisie (NOVI). De energietransitie is daarbij één van de prioriteiten. In de NOVI staan afwegingsprincipes, die helpen bij het maken van keuzes voor de inrichting van de fysieke leefomgeving. De NOVI geeft richting aan de omgevingsvisie van provincies en gemeenten.

Meer informatie:

[De Nationale Omgevingsvisie, duurzaam perspectief voor onze leefomgeving](#)

Les voor de praktijk:

Naast de 'wettelijke taak'-toets moet een waterschap beoordelen of het bestaande beleid ruimte biedt voor een specifiek duurzame energieproject. Het gaat in dit verband vooral om het eigen duurzaamheidsbeleid, het beleid van de Unie van Waterschappen, de Regionale Energiestrategie (RES) en het omgevingsbeleid op verschillende overheidsniveaus.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON



2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

2.1 INLEIDING

Als een waterschap op basis van de wettelijke taaktoets en de beleidstoets, zoals beschreven in het vorige hoofdstuk, uitvoering mag geven aan een duurzaam energieproject: wat is dan het (juridisch) handelingsperspectief van een waterschap en welke instrumenten zijn voor het waterschap beschikbaar om invulling te geven aan zijn rol? Met het oog op de juridische regels omtrent de aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse rechten, die in hoofdstuk 3 worden behandeld, worden in dit hoofdstuk het juridisch handelingsperspectief van een waterschap en het daarbij in te zetten instrumentarium uiteengezet. Wat betreft het juridisch handelingsperspectief van een waterschap moet een onderscheid worden gemaakt tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Een waterschap heeft in dit verband de beschikking over zowel faciliterende als sturende instrumenten. Als het gaat om faciliterende instrumenten beperkt het waterschap zich enkel tot het mogelijk maken van een duurzaam energieproject. Als het gaat om sturende instrumenten bemoeit het waterschap zich daarentegen op een meer sturende en dwingende wijze met de realisatie en mogelijk exploitatie van een duurzaam energieproject. In dit verband is van belang op te merken dat in veel gevallen een samenloop van zowel faciliterende als sturende instrumenten functioneel of zelfs noodzakelijk zal zijn.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF

2.2.1 PUBLIEKRECHT

Bestuursorgaan en bevoegdheid

Het publiekrecht, ook wel bestuursrecht genoemd, gaat over de regels ten aanzien van de verhouding tussen de overheid en de burger (en ondernemingen). In het bestuursrecht zijn de begrippen ‘bestuursorgaan’ en ‘besluit’ de kernbegrippen. De interactie tussen bestuursorganen en burgers vertaalt zich in besluiten. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat niet alleen een definitie van de kernbegrippen, maar ook regels omtrent de besluitvormingsprocedures en de rechtsbeschermingsmogelijkheden van belanghebbenden. Een bestuursorgaan kan alleen besluiten nemen als een bepaalde wet hem hiervoor een bevoegdheid heeft toegekend. Het bestuursorgaan, dat in een bepaalde aangelegenheid wettelijk bevoegd is een besluit te nemen, wordt ook wel aangeduid als bevoegd gezag.

De waterschappen kennen drie bestuursorganen: het algemeen bestuur, het dagelijks bestuur en de voorzitter. Deze bestuursorganen hebben elk op grond van specifieke wetgeving hun eigen bevoegdheden. Als hoogste, democratisch gekozen orgaan stelt het algemeen bestuur het beleid en de regels met betrekking tot de taken van het waterschap vast. Het dagelijks bestuur bereidt de besluiten van het algemeen bestuur voor en voert deze uit. Dit betekent dat het dagelijks bestuur onder andere beleidsplannen, verordeningen, investeringsbesluiten en begrotingen voorbereidt en deze nadat het algemeen bestuur ze heeft vastgesteld, ook uitvoert. De voorzitter van een waterschap, ook wel ‘dijkgraaf’ genoemd, heeft een vergelijkbare functie als een burgemeester en leidt de vergaderingen van het algemeen en van het dagelijks bestuur.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In het publiekrecht geldt een algemene set geschreven en ongeschreven spelregels waaraan overheden, en dus bestuursorganen, zich moeten houden. Deze spelregels worden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur genoemd. De in de overheidspraktijk belangrijkste algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn: het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. In het kader van de rechtsbescherming kan de bestuursrechter een genomen besluit door een bestuursorgaan toetsen aan deze beginselen. In het bijzonder het gelijkheidsbeginsel speelt een belangrijke rol bij het leerstuk verdeling van schaarse rechten, dat in hoofdstuk 3 van deze handreiking wordt uitgewerkt.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Les voor de praktijk:

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing op de uitoefening van bevoegdheden door bestuursorganen binnen een waterschap. Dit geldt dus ook als het gaat om de realisatie van een duurzaam energieproject waarbij publiekrechtelijke besluiten moeten worden genomen, zoals bijvoorbeeld de verlening van een vergunning.

2.2.2 PRIVAATRECHT

Publiekrechtelijke rechtspersoon

Het privaatrecht regelt de juridische betrekkingen tussen burgers onderling. Het begrip burgers moet ruim worden gezien. In het privaatrecht, dat verankerd is in het Burgerlijk Wetboek (BW), gelden niet alleen natuurlijke personen – mensen van vlees en bloed – als drager van rechten en plichten. Ook rechtspersonen kunnen net als natuurlijke personen zelfstandig optreden in het rechtsverkeer en hebben in beginsel dezelfde rechten en plichten als natuurlijke personen (artikel 2:5 BW). Op grond van artikel 2:3 BW is rechtspersoonlijkheid toegekend aan de volgende privaatrechtelijke rechtspersonen: stichtingen, verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze en besloten vennootschappen. Uit artikel 2:1 BW volgt dat de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend zijn aangemerkt als publiekrechtelijke rechtspersonen. Om duurzame energieprojecten mogelijk te maken kan een waterschap als publiekrechtelijke rechtspersoon derhalve privaatrechtelijke instrumenten inzetten, bijv. het verlenen van toestemming of het sluiten van een overeenkomst. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 2.3.2 resp. paragraaf 2.4.1.

Doorkruisingsleer (tweewegenleer)

Bij het overwegen van de inzet van privaatrechtelijke instrumenten zal een waterschap zich (als voorvraag) wel moeten afvragen of sprake kan zijn van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht indien aan het waterschap ter behartiging van zijn belang ook publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. Als de wet, bijvoorbeeld de Waterwet, of een andere publiekrechtelijke regeling, bijvoorbeeld Keur, het gebruik van een privaatrechtelijke instrument ten behoeve van een duurzaam energieproject, bijvoorbeeld Zon op Water, niet uitdrukkelijk beperkt, zal het waterschap wel de volgende drie criteria moeten beoordelen om vast te stellen of het gebruik van een privaatrechtelijk instrument is toegestaan.

criteria

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

1. De inhoud en de strekking van de betrokken publiekrechtelijke regeling
2. De wijze waarop en de mate waarin in het kader van de betrokken publiekrechtelijke regeling de belangen van burgers zijn beschermd
3. Of de overheid via de betrokken publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken

De inzet van een waterschap van een privaatrechtelijk instrument, bijvoorbeeld het sluiten van een overeenkomst of het verlenen van toestemming ten behoeve van een duurzaam energieproject, is juridisch niet mogelijk als deze inzet strijdig is met één van de hierboven weergegeven criteria.

In een aantal relevante rechterlijke uitspraken zijn voor de waterschappen meer handvatten te vinden over de hiervoor beschreven doorkruisingsleer, die ook wel tweewegenleer wordt genoemd. Hoewel de rechtspraak vooral betrekking heeft op de praktijk van gemeenten, is deze ook voor de praktijk van de waterschappen van belang. Bij de toetsing van het privaatrechtelijk handelen van overheidsinstanties, waaronder dus waterschappen, aan de doorkruisingsleer gaat het vooral om de door de Hoge Raad geformuleerde doorkruisingsformule in het *arrest Staat/Windmill*. In een aantal voor de gemeentelijke praktijk belangrijke gevallen heeft de Hoge Raad in navolging van dit arrest de doorkruisingsleer toegepast. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld in het *arrest Kunst- en Antiekstudio Lelystad* bij gronduitgifte geoordeeld dat het is toegestaan om voorwaarden over grondgebruik in overeenkomsten op te nemen. Onder verwijzing naar de praktijk, waarin het sluiten van overeenkomsten over het grondgebruik al tientallen jaren gebruikelijk is en door de wetgever nooit is verboden, komt de Hoge Raad tot de volgende conclusie: de Wet ruimtelijk ordening vormt geen belemmering voor het opnemen van voorwaarden rond grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als daardoor gebruik van de grond, dat volgens het vigerende bestemmingsplan is toegestaan, wordt beperkt of verboden. In het *arrest Chidda* heeft de Hoge Raad dit in 2004 nogmaals bevestigd.

Jurisprudentie

- Windmill, Hoge Raad 26 januari 1990 (ECLI:NL:HR:1990:AC0965)
- Kunst- en Antiekstudio Lelystad, Hoge Raad 8 juli 1991 (ECLI:NL:HR1991:ZC0315)
- Chidda, Hoge Raad 24 december 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AR3642)

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Naast de doorkruisingsleer zijn bij de inzet van instrumenten binnen het privaatrechtelijk handelingsperspectief ook de hiervoor reeds genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van betekenis. Net als bij het publiekrechtelijk handelingsperspectief moeten overheden, en dus ook waterschappen in relatie tot bijvoorbeeld duurzame energieprojecten, zich ook bij het privaatrechtelijk handelingsperspectief houden aan deze beginselen. Dit volgt uit zowel het

rechterlijke uitspraken

publiekrechtelijk handelingsperspectief

privaatrechtelijk handelingsperspectief

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Burgerlijk Wetboek (BW) als de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Artikel 3:14 BW bepaalt namelijk dat een bevoegdheid die iemand volgens het privaatrecht heeft, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Artikel 3:1 lid 2 Awb geeft aan dat de in hoofdstuk 3 van de Awb opgenomen algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook gelden voor andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten. Hiermee worden dus ook privaatrechtelijke rechtshandelingen (instrumenten) bedoeld. Als bij de realisatie van een duurzaam energieproject de verdeling van schaarse (private) rechten aan de orde is, zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3, van deze handreiking wordt behandeld, dan is met name het gelijkheidsbeginsel van betekenis.

Les voor de praktijk:

De inzet van privaatrechtelijke instrumenten door een waterschap (als publiekrechtelijke rechtspersoon) kan op tweeërlei wijze worden begrensd, namelijk door de doorkruisingsleer en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zorgvuldige en tijdige toetsing van deze aspecten bij de inzet van privaatrechtelijke instrumenten is ook van belang voor het realiseren van duurzame energieprojecten.

2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN

2.3.1 VERLENEN VERGUNNING

Bevoegd gezag

In beginsel zijn alle handelingen van derden (ook van het waterschap zelf) wat betreft het watersysteem vergunning plichtig en het waterschap is verantwoordelijk voor dat watersysteem. Onder watersysteem wordt verstaan de zorg voor de waterkering en de zorg voor de waterhuishouding (incl. de zorg voor de waterkwaliteit). Deze afzonderlijke taken van het waterschap inzake het watersysteem moeten als één integrale taak worden uitgevoerd. Ook als een handeling van een derde betrekking heeft op onderwerpen die een waterschap op basis van zijn Keur (verordening) tot zijn bevoegdheid heeft gemaakt, zijn die handelingen per definitie onderhevig aan de plicht om daarvoor een (water)vergunning of ontheffing te ontvangen. Het waterschap is dus bevoegd gezag als er sprake is van handelingen inzake het watersysteem of als in de keur zo een vergunningplicht bestaat. Deze handelingen kunnen ook betrekking hebben op de realisatie van een duurzaam energieproject, bijvoorbeeld aquathermie of Zon op Water.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Keur

Waterschappen hebben op basis van artikel 59 lid 1 en artikel 78 lid 1 Waterschapswet een verordende bevoegdheid. De beheerverordening van waterschappen wordt ook wel de Keur genoemd. Deze bevoegdheid is beperkt tot de specifiek opgedragen taak aan de waterschappen. In de Keur staan de regels (met name geboden en verboden) die een waterschap hanteert bij de bescherming van onder andere waterkeringen, watergangen en bijbehorende kunstwerken. Deze regels voorkomen dat dijken en oevers beschadigen. Ook zijn er regels voor het onderhoud van sloten, beken, rivieren en andere waterlopen om de waterafvoer in dit oppervlaktewater te waarborgen. Daarnaast is met de komst van de Waterwet het waterschap bevoegd gezag geworden voor de regulering van grondwateronttrekkingen en infiltraties (op een aantal onder de provinciaal bevoegdheid vallende categorieën na; zie art. 6.4 Waterwet). De meeste grondwateronttrekkingen, zoals bronneringen of onttrekkingen voor bodem- en grondwatersanering of beregening, zijn nu gereguleerd via de Keur van het waterschap en daarvoor geldt in principe een verbod om zonder vergunning of melding te onttrekken. De legger(s) van waterschappen geeft aan waar de Keur van toepassing is. In de legger zijn de waterstaatswerken (ligging, vorm, afmeting en constructie) binnen het gebied van het waterschap opgenomen. Er kunnen leggers zijn opgesteld voor waterkeringen, oppervlaktewaterlichamen, bergingsgebieden en ondersteunende kunstwerken.

Overzicht publiekrechtelijk handelingsperspectief

Handeling	Bevoegd gezag	Vindplaats wet-/regelgeving	Relevant voor type projecten
Lozen van stoffen in een oppervlaktewaterlichaam	Bestuur waterschap of minister van Infrastructuur en Waterstaat (IenW)	6.2 lid 1, Waterwet	TEO
Lozen van stoffen of water op een zuiveringstechnisch werk (RWZI)	Beheerder van het zuiveringstechnisch werk	6.2 lid 2, Waterwet	TEA
Onttrekken of infiltreren van grondwater	Gedeputeerde Staten van de provincie, bestuur waterschap of minister van IenW	6.4 Waterwet 6.5 onder b Waterwet 6.10a Waterbesluit	bodemenergie-opslag
Brengen van water in of onttrekken van water uit een oppervlaktewaterlichaam	Minister van IenW of bestuur waterschap	6.5 Waterwet onder a, 6.16 Waterregeling	TEO
Gebruik maken van waterstaatswerken	Minister van IenW of bestuur waterschap	6.5 Waterwet onder c, 6.12 - 6.14 Waterbesluit	wind, zon

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Vergunningplicht versus algemene regels

Zijn alle bovengenoemde handelingen daadwerkelijk vergunningplichtig? Dit hangt af van de vraag of er voor die handeling mogelijk vergunning vervangende algemene regels zijn vastgesteld. Als dat het geval is, is een vergunning of ontheffing niet nodig. De algemene regels zijn opgenomen in het Waterbesluit, de Waterregeling of andere (deels) op de Waterwet gebaseerde algemene maatregelen van bestuur (AMvB's). Ook in de verordeningen van provincies en waterschappen (de Keur) kunnen algemene regels zijn opgenomen. Voor het lozen van stoffen in een oppervlaktewaterlichaam of op een zuiveringstechnisch werk zijn veel AMvB's met algemene regels vastgesteld. Het brengen van water in of het onttrekken van water aan oppervlaktewater is in veel gevallen niet vergunningplichtig. Alleen in de gevallen genoemd in artikel 6.16 van de Waterregeling is wel een watervergunning vereist. Voor het gebruik maken van (rijks)waterstaatswerken zijn algemene, vergunning vervangende regels opgenomen in het Waterbesluit en de Waterregeling. Handelingen die weinig invloed hebben op de bergende of afvoerende capaciteit van de (rijks) wateren zijn vrijgesteld van de vergunningplicht. De waterbeheerder is bevoegd gezag voor alle directe lozingen in het oppervlaktewater. Voor de rijkswateren is dit Rijkswaterstaat, namens de minister van Infrastructuur en Waterstaat en voor de andere wateren is dat een waterschap. Dit is lozen als bedoeld in artikel 6.2, lid 1 van de Waterwet. Het verlenen van vergunningen en ontheffingen waarvoor een waterschap bevoegd gezag is, kunnen overigens in de praktijk samenlopen met het vereiste van een omgevingsvergunning waarvoor de gemeente bevoegd gezag is. Denk daarbij aan het voorbeeld van een windturbines die op een dijk worden gerealiseerd of een zonnepark dat in het meer moet komen te liggen.

Omgevingswet

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet, die waarschijnlijk op 1 juli 2022 zal plaatsvinden, ontstaat het onderstaande overzicht. Het dagelijks bestuur van het waterschap is bevoegd gezag voor de aanvraag om een omgevingsvergunning als de aanvraag alleen bestaat uit één of meer van de volgende wateractiviteiten:

- lozingsactiviteit op een oppervlaktewaterlichaam in beheer bij het waterschap
- lozingsactiviteit op een zuiveringstechnisch werk
- activiteit waarvoor in de waterschapsverordening staat dat het verrichten daarvan zonder vergunning niet mag.

Als er dus een combinatie is met vergunningen die door een ander bestuursorgaan moeten worden vergeven, is dat andere bestuursorgaan bevoegd. Veelal wel met een adviesrecht voor het waterschap (of een plicht voor het andere bestuursorgaan dat op te halen).

alleen

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Meer informatie:

Wegwijzer van Waterwet naar Omgevingswet, Een praktische handleiding, Simon Handgraaf e.a. (Wolters Kluwer, 2018)

2.3.2 VERLENEN TOESTEMMING

Assethouder of bronhouder

Naast het verlenen van een vergunning (of ontheffing) op basis van een publiekrechtelijke regeling kan een waterschap ook als private eigenaar of bronhouder faciliterend optreden door grondposities en/of assets ter beschikking te stellen. De waterschappen beschikken over een groot potentieel aan gronden en assets die gebruikt kunnen worden voor duurzame energieprojecten.

Welke assets en bronnen?

Gebaseerd op de in de praktijk meest voorkomende duurzame energieprojecten, zijn de volgende 'assets' en bronnen te onderscheiden in relatie tot een mogelijke samenwerking met een gemeente, marktpartij en/of energiecoöperatie.

Duurzaam energieproject	Asset	Bronhouder	Bijzonderheid
Windenergie	1) posities voor windturbines boven/onder/in/langs dijklichamen en andere waterstaatswerken 2) Gronden geschikt voor windturbines, anders dan ad 1)	n.v.t.	Er kan sprake zijn van samenloop tussen het toestemming geven en het verlenen van een vergunning
Zonne-energie op land	1) posities voor zonneparken boven/onder/in/langs dijklichamen en andere waterstaatswerken 2) Gronden geschikt voor zonnepanelen, anders dan ad1), bijv. RWZI en AWZI's 3) posities op gebouwen van het waterschap, geschikt voor zonneparken	n.v.t.	Er kan sprake zijn van samenloop tussen het toestemming geven en het verlenen van een vergunning. Zonnedaken zijn vanuit de gemeente vergunningvrij
Zonne-energie op water	Posities voor zonneparken boven/onder/in/langs waterwegen en plassen	n.v.t.	Er kan sprake zijn van samenloop tussen het toestemming geven en het verlenen van een watervergunning door het waterschap.
Waterkracht	Posities voor waterkrachturbines boven/onder/in/langs waterwegen, op stuwen, sluisen maar ook op de wal	Toegang tot het water	Zie ECLI:NL:RVS:2020:2888
Aquathermie, TEO	Posities voor warmtewisselaars/warmtepompen boven/onder/in/langs gronden, gebouwen en/of waterwegen en plassen	Toegang tot het water	

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

faciliteren

Duurzaam energieproject	Asset	Bronhouder	Bijzonderheid
Aquathermie, TEA	Posities voor warmtewisselaars/warmtepompen boven/onder/in/langs gronden, gebouwen en/of anderszins op of in de nabijheid van RWZI's en AWZI's en/of in de nabijheid van influent/effluent leidingen	Toegang tot het water	
Biogas (productie)	Posities voor vergisters/zuiveraars/compressoren en anderszins boven/onder/in/langs gronden, gebouwen en/of anderszins op of in de nabijheid van RWZI's en AWZI's en/of in de nabijheid van influent/effluent leidingen	n.v.t.	
Biomassa (productie)	Posities voor productie/opslag/transport van (uit zuiveringsprocessen gewonnen) biomassa) boven/onder/in/langs gronden, gebouwen en/of anderszins op of in de nabijheid van RWZI's en AWZI's	n.v.t.	

Meer informatie:

[Juridisch kader Aquathermie 2019, Speelruimte voor de praktijk, Stowa 2019](#)

Begrip toestemming

Nu in kaart is gebracht met welke assets/bronnen de samenwerking kan worden aangegaan, is het de vraag wat bedoeld wordt met het begrip 'toestemming'. Daaronder wordt verstaan het instrument dat het waterschap medewerking verleent aan een marktpartij en/of energiecoöperatie om op de asset (of met de bron) het duurzaam energieproject te (doen laten) ontwikkelen. Die toestemming zal vaak in de vorm zijn van een overeenkomst die bijvoorbeeld gericht is op gronduitgifte, het verlenen van een recht van opstal, het verlenen van een recht van erfpachten het verlenen van een gebruiksrecht. Ook denkbaar voor de praktijk is een zogeheten erfdiensbaarheid ten behoeve van mogelijke 'overdraai' van de wieken van één of meerdere windmolens over het beheersgebied van een waterschap). Toestemming is dus een privaatrechtelijke afspraak, die er op gericht is om te faciliteren. De samenwerkingspartner wordt in de praktijk onder bepaalde contractuele voorwaarden het recht verschaft om een duurzaam energieproject middels gebruik van een asset of een bron te ontwikkelen, te realiseren en te exploiteren.

Samenloop instrument toestemming en instrument vergunning

Een relevant onderscheid dat niet moet worden vergeten is dat 'toestemming' een ander instrument is dan vergunning. Bij dat laatste heeft het waterschap een publiekrechtelijke rol te vervullen, terwijl bij 'toestemming' daar geen sprake van is. Het kan echter heel goed zijn dat wat betreft de samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie het waterschap meerdere petten op heeft. Zo zal bij een waterkrachtproject waarbij een marktpartij en/of energiecoöperatie een stuw gebruikt – naast een (faciliterende) toestemming voor het gebruik van de stuw ook het

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

waterschap mogelijk een (faciliterende) watervergunning moeten afgeven als er bepaalde hoeveelheden water ingenomen en uitgespuwd worden. Ook zijn combinaties te bedenken waarbij een waterschap bijvoorbeeld ongezuiverd afvalwater verkoopt aan een marktpartij en/of energiecoöperatie om daar biomassa, warmte en biogas uit te winnen, waarbij de marktpartij/ energiecoöperatie een grondpositie op de RWZI nodig heeft voor installaties en verder voor de lozing weer een watervergunning nodig heeft. Met andere woorden: in het kader van de samenwerking van een waterschap met een marktpartij en/of energiecoöperatie inzake een duurzaam energieproject, is er in de praktijk sprake van een samenloop van instrumenten. Daarbij is van belang op te merken dat de doorkruisingsleer, zoals onder paragraaf 2.2.2 is beschreven, voorwaarden stelt aan het gebruik van het instrument toestemming.

doorkruisingsleer

2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

2.4.1 CONTRACTEREN

Stellen contractuele voorwaarden

Het instrument contracteren heeft betrekking op het maken van (schriftelijke) afspraken met een marktpartij en/of energiecoöperatie op andere gronden dan de publiekrechtelijke taak en waarbij door een waterschap eisen of voorwaarden worden gesteld aan de realisatie en/of exploitatie van een duurzaam energieproject die een meer sturend dan faciliterend karakter hebben. In dit verband moet gedacht worden aan het opleggen van een realisatie- of bouwplicht dan wel prijsafspraken in het kader van de exploitatie.

Scheidslijn instrument contracteren vs. instrument verlenen toestemming

Het instrument toestemming beoogt enkel te faciliteren en het instrument contracteren gaat daarentegen een stap verder met stellen van verdergaande voorwaarden. De praktijk zal weerbarstig zijn om bepalen waar de grens ligt tussen toestemming en contracteren. Dat doet er echter niet aan af, dat de kwalificatie 'contracteren' of 'toestemming' wel degelijk juridische relevantie heeft. Bij contracteren is er namelijk eerder sprake van het ontstaan van een aanbestedingsplichtige *overheidsopdracht*. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 3.2.2 van deze handreiking. Daarnaast fungeert het onderscheid ook als gereedschap om een heldere structuur te creëren wat betreft de keuzes die het waterschap in de praktijk kan maken als het gaat om samenwerken met een marktpartij en/of energiecoöperatie en daarbij enkel te faciliteren dan wel meer sturend te handelen.

Praktijkvoorbeelden

Ter illustratie de volgende (hypothetische) praktijkvoorbeelden. Stel dat een waterschap aan een marktpartij en/of energiecoöperatie grond naast de RWZI ter beschikking stelt voor een zonnepark,

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

maar met als eis dat het zonnepark verwijderd moet worden als de RWZI moet worden uitgebreid; is dat dan toestemming of contracteren? En als een waterschap eist dat voor de bouw en onderhoud van het park de energiecoöperatie in overleg gaat met de omgeving om overlast te voorkomen omdat die omgeving al zoveel klaagt over de stank; is dat dan contracteren? En als een waterschap eist dat minimaal 25% van de rendementen van het zonnepark aan het verhelpen van energiegarmoede voor mensen met een kleine beurs wordt besteed; is dat dan contracteren? Voor deze handreiking gaan we ervan uit dat de eerste twee voorbeelden zich in het domein 'toestemming' bevinden, omdat deze eisen direct te relateren zijn aan de (acceptatie en/of integriteit van de) assets van het waterschap. In het laatste voorbeeld wil het waterschap andere doelen bereiken, mogelijk ingegeven door beleid. In dat kader is er sprake van 'contracteren'. Het waterschap stuurt meer dan dat het faciliteert. Maar als gezegd; een grijs gebied en door in de praktijk de toets toe te passen zal duidelijk worden hoe het instrument moet worden gekwalificeerd en de daaraan verbonden aanbestedingsrechtelijke consequenties.

2.4.2 PARTICIPEREN

Publiek-private samenwerking (PPS)

Een waterschap heeft in het kader van de gewenste samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie ook de mogelijkheid om zelf deel te nemen aan een duurzaam energieproject. Deze op een vergaande sturing gerichte samenwerking kan de oprichting van een gezamenlijke juridische entiteit (ten behoeve van de realisatie en exploitatie van een duurzaam energieproject) beogen, waarin de zeggenschap en risico's tussen betrokken partijen worden verdeeld. In dit verband spreekt men ook wel over publiek-private samenwerking (PPS). Het instrument participeren via een PPS-constructie gaat beduidend verder dan het faciliterende instrumentarium verlenen vergunning of verlenen toestemming en is bovendien – ten opzichte van het sturende instrument contracteren – de meest vergaande vorm van samenwerking. Overigens, ook in geval van participeren zal samenloop met andere instrumenten, bijvoorbeeld het faciliterend verlenen van een vergunning door het waterschap, het regie voeren door het waterschap middels het sluiten van een (samenwerkings)overeenkomst of het stimulerend verlenen door het waterschap van financiering (nog hierna te behandelen in paragraaf 2.4.4) een rol spelen.

2.4.3 ZELF INVESTEREN

Eigen beheer en risico

Ter onderscheiding van alle hiervoor genoemde instrumenten, die gericht zijn op een bepaalde mate van samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie, is ook het volledig in eigen beheer en voor eigen risico ontwikkelen en realiseren van een duurzaam project ('zelf investeren') een beschikbaar instrument om te sturen. De inzet van dit instrument kan door een waterschap in

gezamenlijke juridische entiteit

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

de praktijk gewenst zijn, bijvoorbeeld om de simpele reden dat voor het optimaal benutten van kansen om de bijdrage te leveren aan eigen of landelijke duurzaamheidsdoelstellingen niet een samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie noodzakelijk is.

Eigen overheidsbedrijf

Het waterschap kan bij de gewenste toepassing van het instrument zelf investeren op grond van meer specifieke juridische en/of bedrijfsvoering technische redenen overwegen de voorgenomen activiteiten op afstand te plaatsen, d.w.z. dat de activiteiten in een aparte juridische entiteit worden ondergebracht. Als het gaat om vooral economische activiteiten (bijvoorbeeld productie van biogas), hetgeen in de praktijk meestal het geval zal zijn, zal in relatie tot dit instrument een zgn. overheidsbedrijf moeten worden opgericht. Overigens kan het oprichten van een dergelijk overheidsbedrijf, die conform het privaatrecht vaak een vennootschap zal zijn, eveneens in (participerende) samenwerking met een ander waterschap plaatsvinden. In deze situatie wordt ook gesproken over publiek-publieke samenwerking. Voor alle duidelijkheid, in het kader van deze handreiking wordt een publiek-publieke samenwerking waar één of meerdere waterschappen aan deelnemen in deze handreiking gezien als 'zelf investeren' en niet als participeren.

2.4.4 FINANCIEREN

Meerdere vormen overheidsfinanciering

Overheidsfinanciering van omvangrijke duurzame energieprojecten kan veel vormen hebben. Dit geldt ook voor waterschappen die op eigen initiatief of initiatief van derden in samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie een duurzaam energieproject willen starten. In dit verband kan een waterschap bijvoorbeeld een eenmalig bedrag verstrekken om ter dekking van de onrendabele top een project financieel haalbaar te maken. Ook kan het gaan om een zgn. achtergestelde lening van de Nederlandse Waterschapsbank. In beide gevallen kan het waterschap, mits het past binnen het hiervoor geldende financiële beleid en wordt voldaan aan de geldende voorwaarden, met het instrument 'financiering' sturing geven aan een project. Belangrijk aandachtspunt is dat financieren als instrument vaak in samenhang worden ingezet met andere instrumenten, zoals al is benoemd in relatie tot het instrument participeren (zie paragraaf 2.4.2).

In 2016 is de *Handreiking Financiering Duurzame Energieprojecten Waterschappen* opgesteld. In deze handreiking wordt ingegaan op de manier waarop projecten financieel beoordeeld worden om er uiteindelijk voor te zorgen dat waterschappen daadwerkelijk nog meer duurzame energieprojecten oppakken en realiseren. Op basis van concrete voorbeelden wordt in beeld gebracht hoe de weg naar succesvolle projecten kan worden afgelegd, inclusief financiële afweging.

samenhang
andere instrumenten

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Meer informatie:

Handreiking Financiering Duurzame Energieprojecten Waterschappen 2016

Wet Fido

Niet alleen bij het aantrekken van geld, maar ook het uitzetten van financiële middelen moeten decentrale overheden, dus ook waterschappen, zich houden aan de Wet Financiering decentrale overheden (Wet Fido). De belangrijkste doelstellingen van deze wet zijn het zorgen voor een efficiënte financiering en een adequate risicobeheersing.

Subsidie

De inzet van het instrument financieren vindt plaats binnen het privaatrechtelijk handelingsperspectief en omvat om deze reden niet het verstrekken van een subsidie in de zin van titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Een dergelijke subsidie kan namelijk enkel verstrekt worden op grond van een publiekrechtelijke subsidieregeling. Het instrument subsidie is in het kader van het publiekrechtelijk handelingsperspectief van de waterschappen als (faciliterend) instrument buiten beschouwing gelaten. Reden hiervoor is dat dit instrument in de praktijk voor de waterschappen niet of nauwelijks aan de orde is.

2.4.5 VERKOPEN OF INKOPEN

Een waterschap kan met betrekking tot een duurzaam energieproject ook sturen op samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie door middel van het verkopen van bijvoorbeeld door het waterschap zelf duurzaam opgewekte elektriciteit, biogas of warmte onttrokken aan oppervlaktewater. Als een marktpartij en/of energiecoöperatie daarentegen deze duurzame energie opwekt kan een waterschap sturing geven wat betreft de inkoop hiervan.

Dit instrument moet onderscheiden worden van de andere instrumenten, die vanuit het privaatrechtelijk handelingsperspectief, mogelijk inzetbaar zijn om samen te werken met een marktpartij en/of energiecoöperatie, namelijk (schriftelijke) toestemming, contracteren, participeren, zelf investeren/oprichten eigen overheidsbedrijf en financieren. Wel dienen waterschappen te beseffen dat in de praktijk, zoals dat ook geldt voor het instrument financieren, het instrument verkopen/afnemen onderdeel kan vormen van de toepassing van de andere instrumenten, bijvoorbeeld toestemming, contracteren of participeren. Argumenten om in het kader van een duurzaam energieproject het instrument participeren in te zetten worden vaak daarin gevonden dat het hiermee mogelijk voor een waterschap om met het oog op haar streven naar energieneutraliteit zgn. Garanties van Oorsprong (GvO's) te verkrijgen. De gezamenlijke entiteit, in de praktijk meestal een vennootschap, waarin door het waterschap wordt geparticipeerd 'verkoopt' de GvO's aan het waterschap. In deze 'markt en overheid'-context moet het instrument

**onderdeel
andere instrumenten**

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

**afzonderlijk
getoetst**

**combinaties
verkoop- c.q. inkooptransactie**

verkopen/inkopen als zelfstandig worden beschouwd en daarmee dus ook afzonderlijk worden getoetst aan het leerstuk aanbesteding van overheidsopdrachten en het leerstuk verdeling van schaarse rechten. Deze toetsing komt in hoofdstuk 4, in het bijzonder paragraaf 4.8, aan de orde.

Er is een veelheid van combinaties te bedenken waar waterschappen in samenwerking met marktpartijen en/of energiecoöperaties over en weer verkoop- c.q. inkooptransacties kunnen uitvoeren betreffende duurzame energieprojecten. Zie hiervoor het onderstaande schema.

Welke zaak of recht	Soort duurzaam energieproject	Verkoper	Inkopen of verkopen
Garanties van Oorsprong	<ul style="list-style-type: none"> • windenergie • zonne-energie • waterkracht • duurzame warmte (TEA, TEO maar ook aardwarmte) • biogas 	Energiecoöperatie en/of marktpartij (inclusief PPS-verband, waarin waterschap participeert)	Inkopen
Warmte	Duurzame warmte, specifiek TEA, TEO (als waterschap voor eigen rekening en risico warmte produceert)	Waterschap	Verkopen
Elektriciteit	<ul style="list-style-type: none"> • windenergie • zonne-energie • waterkracht 	Energiecoöperatie en/of marktpartij (inclusief PPS-verband, waarin waterschap participeert)	Inkopen
Biogas/groen gas	Biogas/groengas opwekking	Waterschap	Verkopen
Biomassa	Resultaat van vergistingsproces, te gebruiken voor bijv. biomassacentrale	Waterschap	Verkopen
Waterstof (H2)	Waterstof	Energiecoöperatie en/of marktpartij (inclusief PPS-verband, waarin waterschap participeert)	Inkopen

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON



3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

3.1 INLEIDING

Waterschappen dienen zich ervan bewust te zijn dat zij bij de inzet van instrumenten vanuit het publiekrechtelijk of privaatrechtelijk handelingsperspectief, zoals in het vorige hoofdstuk is uiteengezet, zich bewegen op het snijvlak van markt en overheid. Immers, het realiseren van duurzame energieprojecten, zal in veel gevallen gericht zijn op mogelijke samenwerking met marktpartijen uit de (duurzame) energiesector en/of lokale energiecoöperaties. Ook bij het realiseren van een duurzaam energieproject zijn juridische spelregels van toepassing om een eerlijk speelveld te creëren voor marktpartijen en lokale energiecoöperaties. Het gaat in dit verband in het bijzonder om regelgeving op het terrein van aanbesteding, mededinging en staatssteun. In samenhang met de hiervoor genoemde 'markt en overheid'-regelgeving, in het bijzonder aanbesteding (van overheidsopdrachten), zijn de juridische spelregels in geval van verdeling van schaarse publieke en private rechten van toenemend belang voor de overheidspraktijk. Dit geldt ook voor een waterschap, dat op eigen initiatief dan wel initiatief van een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie, één of meerdere duurzame energieprojecten tot stand wil brengen.

markt en overheid

regelgeving

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

aanbesteding van overheidsopdrachten

verdeling van schaarse private rechten

Om een waterschap in het kader van het toch vaak complexe samenspel met een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie de nodige handvatten te bieden worden in dit hoofdstuk de juridische kaders voor de aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse rechten aangereikt. De reden waarom aanbesteding van overheidsopdrachten eerst wordt behandeld heeft er mee te maken dat in het bijzonder voor de toepassing van de juridische spelregels inzake verdeling van schaarse private rechten moet worden beoordeeld of er sprake is van een (privaatrechtelijke) overheidsopdracht. Is dit namelijk het geval, dan geldt in beginsel een specifiek Europees aanbestedingsregime. Is daarentegen geen sprake van een overheidsopdracht, dan kan er desondanks sprake zijn van de verdeling van schaarse private rechten, waarop weliswaar geen Europees aanbestedingsregime van toepassing is, maar – onder bepaalde omstandigheden – wel een mededingingsplicht gelden. Bij de verdeling van schaarse publieke rechten speelt het aanbestedingsrecht in het geheel geen rol, omdat bij publieke rechten van een te verstrekken overheidsopdracht überhaupt geen sprake is.

In hoofdstuk 4 kan als sluitstuk van deze handreiking worden getoetst of, dan wel in welke mate, deze spelregels van toepassing zijn op het door waterschappen mogelijk in te zetten faciliterende en sturende instrumentarium.

staatssteun- en mededingingsregels

De staatssteun- en mededingingsregels vallen buiten de scope van deze handreiking. Voor deze 'markt en overheid'-regels wordt, zoals aangegeven in paragraaf 1.3 van hoofdstuk 1, in het bijzonder verwezen naar hoofdstuk 5 van de *Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen*, die door Berenschot is opgesteld.

Les voor de praktijk:

Het is van belang dat waterschappen de 'markt en overheid'-regels in acht nemen, omdat onrechtmatig handelen ook door overheden, waaronder waterschappen, in de praktijk kan leiden tot schadeclaims van benadeelde marktpartijen (ondernemingen) of andere partijen, zoals lokale energiecoöperaties.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

3.2 AANBESTEDEN

3.2.1 EUROPEES RECHT EN NATIONAAL RECHT

Aanbestedingswet

Een waterschap is een zogenoemde aanbestedende dienst. En krijgt om deze reden bij het verstrekken van een overheidsopdracht of het verlenen van een concessie te maken met de Aanbestedingswet 2012. De begrippen 'overheidsopdracht' en 'concessie' worden in paragraaf 3.2.2 respectievelijk paragraaf 3.2.4 uitgelegd. Op 1 juli 2016 zijn de herziene [Aanbestedingswet 2012](#) en de nadere regelgeving in het [Aanbestedingsbesluit](#) in werking getreden. Deze nationale aanbestedingsregelgeving implementeert de volgende Europese richtlijnen.

- [Richtlijn EU 2014/23](#) (van toepassing op concessieovereenkomsten);
- [Richtlijn EU 2014/24](#) (van toepassing op overheidsopdrachten binnen de klassieke sectoren: werken, leveringen en diensten);
- [Richtlijn EU 2014/25](#) (van toepassing op overheidsopdrachten binnen de speciale sectoren: water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten).

Deze richtlijnen zijn opgesteld om binnen de Europese Unie een interne markt te creëren en vrije en eerlijke concurrentie te stimuleren. Aan de aanbestedingsrichtlijnen liggen de fundamentele vrijheden van goederen, diensten en vestiging ten grondslag. Daaruit vloeien de volgende beginselen voort: het non-discriminatiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, evenredigheidsbeginsel en objectiviteitsbeginsel.

In deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 is een uitwerking van de Europese aanbestedingsbeginselen opgenomen. Deel 2 (= overheidsopdrachten), deel 2a (= concessies) en deel 3 (= overheidsopdrachten in speciale sectoren) van de Aanbestedingswet 2012 werken resp. Richtlijn EU 2014/24, Richtlijn EU 2014/23 en Richtlijn EU 2014/25 uit. Wat betreft deze implementatie in de nationale regelgeving wordt een waterschap, bijvoorbeeld op het terrein van duurzame energieprojecten, alleen geraakt door Richtlijn EU 2014/23 (in geval van concessieverlening) en Richtlijn EU 2014/24 (in geval overheidsopdrachtverstrekking). Richtlijn EU 2014/25 heeft enkel betrekking op speciale sectoren, bijvoorbeeld de regionale netbeheerders gas of elektriciteit, waartoe de waterschappen dus niet behoren.

Les voor de praktijk:

De Aanbestedingswet 2012 is bij duurzame energieprojecten voor een waterschap het leidend juridische kader voor het verstrekken van een mogelijke overheidsopdracht of het verlenen van een concessie.

Europese richtlijnen

Aanbestedingswet 2012

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

3.2.2 AANBESTEDINGSPLICHT

Begrip overheidsopdracht

Voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht moet voldaan zijn aan de voorwaarden die besloten liggen in het begrip overheidsopdracht. Bij dit begrip gaat het volgens de Aanbestedingswet 2012 om een overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen één of meer marktpartijen en één of meer aanbestedende diensten die betrekking heeft op het realiseren van een werk, het doen van leveringen of het verrichten van diensten. Wat betreft het realiseren van duurzame energieprojecten, bijvoorbeeld een project Zon op Water, is voor een waterschap (als aanbestedende dienst) in de praktijk relevant wanneer sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Het Europese Hof van Justitie heeft enige tijd geleden in het *arrest Helmut Müller* het begrip overheidsopdracht voor werken nader uitgelegd. Van een overheidsopdracht is sprake volgens het Europese Hof van Justitie als voldaan is aan de volgende drie opeenvolgende voorwaarden:

- De prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn door de overheid (= aanbestedende dienst) Volgens het *Müller-arrest* moet een (markt)partij zich via een overeenkomst tot de uitvoering van werken verbinden, wil sprake zijn van een overheidsopdracht. Een in de overeenkomst opgenomen bouw- of realisatieplicht levert een dergelijke verbintenis op.
- Er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid (= aanbestedende dienst) mee gemoeid. Volgens het *Müller-arrest* staat een rechtstreeks economisch belang duidelijk vast wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waar de opdracht betrekking op heeft. Een dergelijk economisch belang kan ook worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst op basis van een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming.
- De overheid (= aanbestedende dienst) moet een tegenprestatie verrichten.

Hoe worden deze criteria in de Nederlandse rechtspraak beoordeeld? Wat betreft de beantwoording van deze vraag wordt verwezen naar een uitspraak op 19 november 2019 van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Deze uitspraak is op zich niet bepalend, maar is met name relevant vanwege de samenhang met het leerstuk verdeling van schaarse (private) rechten. In deze uitspraak gaat het om een masterplan van de gemeente Montferland om het dorp Didam aantrekkelijk te houden als vestigingsplaats. Ter uitvoering van dit masterplan heeft de gemeente een overeenkomst gesloten met een vastgoedontwikkelaar, die een bestaande supermarkt naar het oude gemeentehuis wil verplaatsen. De exploitant van een andere, bestaande supermarkt kan zich in dit plan niet vinden en heeft zich in rechte op het standpunt gesteld dat ook andere geïnteresseerde partijen (waaronder hijzelf) een kans hadden moeten krijgen de locatie te ontwikkelen. Uit de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden volgt – met verwijzing naar

overheidsopdracht voor werken

voorwaarden

Nederlandse rechtspraak

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

de criteria van het *Müller-arrest* – dat in kwestie geen sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht, omdat ten eerste aan de projectontwikkelaar geen concrete bouwplicht was opgelegd. Bovendien zou de gemeente geen beschikking krijgen over de te realiseren werken en/of financieel bijdragen aan de ontwikkeling, zodat een rechtstreeks economisch belang niet aan de orde was.

Hoewel bovenstaande rechterlijke uitspraak een voorbeeld uit de gemeentepraktijk betreft, is deze – vooral met het oog op de criteria van het *arrest Helmut Müller* – zeker niet onbelangrijk voor een waterschap. Dat is aan de orde als het waterschap ten behoeve van de realisatie van een duurzaam energieproject afspraken maakt met een marktpartij en/of energiecoöperatie, waarbij door de kenmerken van die afspraken er een overheidsopdracht (voor werken) is ontstaan. Daarbij moet ook opgemerkt worden dat de Hoge Raad in de kwestie Didam nog het laatste woord heeft. Nadat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan is het zeer zinvol voor de waterschappen om de consequenties van deze uitspraak te analyseren. De kwestie Didam is nogmaals vooral relevant vanwege de samenhang met de verdeling van schaarse private rechten, waarover de Hoge Raad zich eveneens over moet uitlaten. De verdeling van schaarse (private) rechten wordt hierna behandeld in paragraaf 3.3.3.

Jurisprudentie

- Helmut Muller, Hof van Justitie 25 maart 2010 (Zaak C-451/08)
- Arrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 19 november 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:9911)

Les voor de praktijk:

Het enkel ter beschikking stellen van grond – in de vorm van bijvoorbeeld verkoop of erfpacht ten behoeve van de realisatie van een duurzaam energieproject valt buiten het bereik van het aanbestedingsrecht. Er is namelijk geen sprake van het verstrekken van een overheidsopdracht, omdat niet wordt voldaan aan de criteria van het arrest *Helmut Müller*.

Les voor de praktijk:

Contracterende partijen, enerzijds overheid en anderzijds marktpartijen en/of andere partijen, moeten er voor waken dat door middel van contractuele ‘trucjes’ wordt getracht onder het begrip overheidsopdracht uit te komen. Het Europese Hof van Justitie is volgens eerdere uitspraken op dit punt kritisch.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

3.2.3 DREMPELWAARDE EN TRANSPARANTIEVERPLICHTING

Drempelwaarde

Als sprake is van een te verstrekken overheidsopdracht, zoals bedoeld in de Aanbestedingswet 2012, dan zal een waterschap de waarde van deze overheidsopdracht moeten toetsen aan de geldende Europese drempelbedragen. Een overheidsopdracht die evenveel of meer dan het drempelbedrag bedraagt, moet namelijk Europees worden aanbesteed. De drempelbedragen hebben betrekking op werken, leveringen en diensten. Met verwijzing naar de website van het *Expertisecentrum Aanbesteden* (www.pianoo.nl) bedraagt de huidige drempelwaarde voor werken € 5.350.000, exclusief BTW. Voor het realiseren van duurzame energieprojecten, waarbij eventueel sprake is van een overheidsopdracht voor werken, zal een waterschap dus met deze Europese drempelwaarde rekening moeten houden. Voor overheidsopdrachten die betrekking hebben op levering bedraagt de huidige drempelwaarde € 214.000, exclusief BTW. Deze drempelwaarde is voor waterschappen van belang als het gaat om de inkoop van (duurzame) energie. In- en verkoop van (duurzame) energie is in hoofdstuk 2, in het bijzonder paragraaf 2.4.5, opgenomen als apart instrument in het kader van het privaatrechtelijk handelingsperspectief.

Transparantieverplichting

Uit de Europese rechtspraak volgt dat ook als de waarde van een overheidsopdracht onder de geldende drempelwaarde blijft, een overheid als aanbestedende dienst de fundamentele beginselen van het Europese recht in acht moet nemen. Het gaat dan met name om het non-discriminatiebeginsel en het daaraan verbonden transparantiebeginsel. Wel heeft deze transparantieverplichting, die een Europese aanbesteding vereist als passende mate van openbaarheid, volgens Europese rechtspraak alleen betrekking op een overheidsopdracht met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Hoe dit criterium in de Nederlandse (gemeente)praktijk wordt beoordeeld komt bijvoorbeeld eveneens naar voren in de hiervoor genoemde uitspraak in de Didam-kwestie van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 19 november 2019. In deze uitspraak kwam het Hof – op basis van beoordeling van de overheidsopdracht voor werken, die ruim onder de Europese drempelwaarde bleef – tot het oordeel dat een duidelijk grensoverschrijdend belang ontbrak. Hierbij overwoog het Hof dat *“het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet louter hypothetisch kan worden afgeleid uit gegevens die daarvoor in abstracto aanwijzingen zouden kunnen opleveren”*. Het gaat volgens het Hof om een concrete beoordeling van de opdracht. Dit betekent dat, aldus het Hof, dat *“het enkele feit dat er een Aldi-supermarkt in het Masterplan voorkomt, dat het project plaatsvindt in een grensstreek (de gemeente grenst direct aan Duitsland) en dat de gemeente een hechte band met Duitse gemeenten nastreeft, onvoldoende zijn voor het aannemen van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang”*.

duidelijk grensoverschrijdend belang

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Ook op het punt van 'duidelijk grensoverschrijdend belang' zal overigens gewacht moeten worden op de finale uitspraak van de Hoge Raad om de consequenties voor de praktijk, niet alleen voor gemeenten, maar ook voor de waterschappen te kunnen vaststellen. Zoals eerder aangegeven is, is de Didam-kwestie vooral relevant als het gaat om de samenhang tussen aanbesteding van overheidsopdrachten en verdeling van schaarse private rechten.

Jurisprudentie

- [Telaustria, Hof van Justitie 7 december 2000 \(Zaak C-324/98\)](#)
- [An Post, Hof van Justitie 13 november 2007 \(Zaak C-507/03\)](#)
- [Arrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 19 november 2019 \(ECLI:NL:GHARL:2019:9911\)](#) rechtsoverweging 5.6

Les voor de praktijk:

De drempelwaarden voor een Europese aanbesteding hebben hun oorsprong in de gedachte dat een overheidsopdracht met een geraamde waarde, die de drempel niet overschrijdt, geen opdrachten zijn met een grensoverschrijdend belang. Dit laat onverlet, dat een waterschap in geval van een overheidsopdracht ten behoeve van bijvoorbeeld een duurzaam energieproject aan de hand van concrete omstandigheden kritisch moet nagaan of er toch sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. In dat geval is een Europese aanbesteding (als passende mate van openbaarheid) aan de orde.

3.2.4 SPECIAL TOPICS

Concessie

Een concessie voor werken of diensten wijkt inhoudelijk af van een overheidsopdracht met betrekking tot bijvoorbeeld werken of diensten. Bij het verlenen van een concessie gaat het op hoofdlijnen om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel, die is gesloten tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer marktpartijen en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit het (alleen)recht de dienst of werk, dat het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren. Kenmerkend voor het verlenen van een concessie ten opzichte van het verstrekken van een overheidsopdracht is, dat het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten geheel of voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen aan de concessiehouder. De concessiehouder wordt dus geacht het operationeel risico op zich te nemen, 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. Het kan zijn dat de aanbestedende dienst een (jaarlijkse) bijdrage levert in de exploitatie, of een bijdrage ontvangt uit de winst, of dat er geen bijdrage wordt geleverd of wordt ontvangen.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

De waarde van een concessie wordt gevormd door de totale tijdens de looptijd van de overeenkomst te behalen omzet van de concessiehouder (exclusief btw). Op grond van de Aanbestedingswet 2012 is een aanbestedingsplicht van toepassing op concessieovereenkomsten voor werken en diensten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de Europese drempelwaarde à EUR 5.350.000,- exclusief btw.

Aanbesteden en PPS

Binnen het privaatrechtelijk handelingsperspectief is participeren één van de door een waterschap in te zetten instrumenten om ten behoeve van een project samen te werken met een marktpartij. Dit kan zover gaan dat een gezamenlijke entiteit c.q. vennootschap wordt opgericht en het waterschap als aandeelhouder c.q. bestuurder binnen de structuur van de vennootschap medeverantwoordelijk is voor de bedrijfsvoering. Het gaat hierbij om zgn. publiek-private samenwerking, ook wel 'PPS' genoemd. PPS kent veel vormen. In het kader van de in deze handreiking in hoofdstuk 2 uitgewerkte instrumenten is – ter afbakening van de andere instrumenten – PPS als instrument uitgewerkt, waarbij een gezamenlijke entiteit c.q. vennootschap wordt opgericht. Belangrijk aandachtspunt vanuit het aanbestedingsrecht bekeken is de selectie van een marktpartij als samenwerkingspartner. Als de bijvoorbeeld de selectie van de PPS-partner door een waterschap gepaard gaat met het verstrekken van een overheidsopdracht of concessieopdracht aan de PPS-partner, als bedoeld in het aanbestedingsrecht, is een Europese aanbesteding vereist, tenzij geen sprake is van een geraamde waarde boven de geldende drempelwaarde of een duidelijk grensoverschrijdend belang. Wat betreft het aanbestedingsrecht moet er daarnaast ook op gelet worden dat als de PPS-entiteit zelf overheidsopdrachten gaat verstrekken in de markt ook in deze situatie de aanbestedingsregels van toepassing zijn.

Meer informatie:

- [Interpretatieve mededeling van de commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking, 12 april 2008 \(2008/C91/02\)](#)

Inbesteden

Bij opdrachtverlening aan entiteiten die behoren tot dezelfde rechtspersoon, bijvoorbeeld een waterschap, is een overeenkomst niet aan de orde, omdat een rechtspersoon geen wederkerige overeenkomsten met zichzelf kan sluiten. Dit soort opdrachten valt derhalve buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Men spreekt in deze situatie ook wel van 'inbesteden'. Is daarentegen sprake van een door een bijvoorbeeld waterschap te verstrekken overheidsopdracht aan een op afstand geplaatst overheidsbedrijf, die als aparte rechtspersoon rechtens is te onderscheiden van het waterschap als rechtspersoon, dan hoeft deze overheidsopdracht alleen onder strikte voorwaarden niet te worden aanbesteed. Het gaat hier om de uitzondering van *quasi-in-house-*

drempelwaarde

gezamenlijke entiteit

quasi-in-house-opdrachten

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

voorwaarden

praktijkvoorbeeld

opdrachten. In de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie zijn de hiernavolgende voorwaarden ontwikkeld voor toepassing van deze uitzondering. Deze voorwaarden zijn in de Europese aanbestedingsrichtlijn (artikel 12 lid 1 Richtlijn EU 2014/24) vastgelegd. Het betreft de volgende voorwaarden:

- Oefent de decentrale overheid toezicht uit op de gelieerde instelling/de andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon alsof het een eigen dienst is?
- Verricht de gelieerde instelling/de gecontroleerde rechtspersoon het merendeel (meer dan 80%) van de werkzaamheden ten behoeve van de decentrale overheid? Is dit niet het geval, dan zou de gelieerde instelling immers meer marktgericht kunnen werken en met andere ondernemingen concurreren.
- Is in de gecontroleerde rechtspersoon geen directe participatie van privékapitaal? Hier zijn echter uitzonderingen op, wanneer:
 - dit geen controlerende of blokkerende macht oplevert;
 - dit vereist is krachtens nationale regels en in overeenstemming is met de verdragen;
 - dit geen beslissende invloed uitoefent.

Jurisprudentie

[Teckal, Hof van Justitie 1 juli 1999 \(Zaak C-107/98\)](#)

In de gemeentepraktijk zijn veel praktijkvoorbeelden te vinden van quasi-inbesteden, in het bijzonder als het gaat om een sociale werkvoorziening of de inzameling van huisvuil. Om een praktijkvoorbeeld te noemen. HVC opereert als overheidsbedrijf in een aantal regio's in Nederland onder meer op het terrein van de inzameling van huisvuil. HVC is opgericht om uitsluitend binnen de deelnemende gemeenten huisvuil op te halen en dit te verwerken. Alleen de deelnemende gemeentelijke overheden kunnen dus rechtstreeks opdrachten aan HVC geven en hebben als aandeelhouder gezamenlijk een doorslaggevende invloed op de bedrijfsvoering van HVC.

Meer informatie:

Expertisecentrum Aanbesteden www.pianoo.nl

Speciaal sectorbedrijf

Richtlijn [EU 2014/25](#) regelt, zoals eerder aangegeven, aanbestedingen in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten: de zogeheten speciale sectoren. Voor de waterschappen kan deze richtlijn, die is geïmplementeerd in de herziene Aanbestedingswet 2012 (artikel 3.1 t/m artikel 3.80 d), van belang zijn wanneer zij via een eigen overheidsbedrijf activiteiten uitoefenen in deze sectoren. Het eigen overheidsbedrijf moet dan wel als een zogeheten speciaal sector bedrijf worden gekwalificeerd. Speciale sectorbedrijven hoeven enkel opdrachten die verband houden met de speciale sectortak aan te besteden. Inkopen die niet betrekking hebben op de zogeheten relevante activiteiten van een speciale sectorbedrijf hoeven niet te worden

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN; VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN; VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN; CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN; PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN; ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN; FINANCIEREN
- 4.8 STUREN; VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

aanbesteed. Om een praktijkvoorbeeld te noemen, aannemelijk is dat een door een waterschap – eventueel in combinatie met een ander waterschap of een gemeente – opgericht overheidsbedrijf voor de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van een zonne- en/of windpark als speciaal sectorbedrijf kwalificeert. In beginsel rust op dit overheidsbedrijf een aanbestedingsplicht als het gaat om ‘relevante activiteiten’.

Op 12 december 2017 heeft de Europese Commissie middels een uitvoeringsbesluit bepaald dat opdrachten, inclusief concessieopdrachten, met betrekking tot de productie en groothandel van elektriciteit (bestemd voor openbare dienstverlening) in Nederland niet meer hoeven te worden aanbesteed. Daarbij is relevant dat dit besluit betrekking heeft op zowel conventionele als hernieuwbare bronnen. Dit uitzonderingsbesluit is gebaseerd op een vrijstellingsmogelijkheid in Richtlijn 2015/24 als de ‘relevante activiteit’ waarop de opdracht betrekking heeft rechtstreeks bloot staat aan concurrentie en plaats vindt op een markt waarvoor de toegang niet beperkt is. De Commissie heeft geconcludeerd dat voor de productie en groothandelslevering van elektriciteit aan deze voorwaarden is voldaan. Terugkerend naar het hiervoor genoemde praktijkvoorbeeld: gelet op de inhoud en reikwijdte van het door de Commissie genomen uitzonderingsbesluit is een op het overheidsbedrijf rustende aanbestedingsplicht niet aannemelijk.

Meer informatie:

- [Uitvoeringsbesluit EU 2018/1117 van de Europese Commissie d.d. 12 december 2017](#)
- www.europadecentraal.nl inzake aanbesteden en speciale sectoren

3.3 SCHAARSE RECHTEN

3.3.1 INLEIDING

In het Nederlands recht geldt een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. In het licht van deze erkende rechtsnorm is het schaarse rechten-leerstuk voor wat betreft publieke rechten al enige jaren sterk in ontwikkeling. Ook begint dit leerstuk inmiddels door te dringen in het private domein. Het gaat dan bijvoorbeeld om verkoop of erfpacht van grond door een gemeente. Ook het door waterschappen beschikbaar stellen van grond of assets ten behoeve duurzame energieprojecten bevindt zich in het private domein.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

overheidsopdracht

Afbakening aanbestedingsrecht

Met het oog op de realisering van duurzame energieprojecten is het van belang dat waterschappen het leerstuk verdeling van schaarse rechten scherp onderscheiden van het leerstuk aanbesteding van overheidsopdrachten, zoals in de vorige paragraaf is behandeld. Het aanbestedingsrecht, in het bijzonder de Aanbestedingswet, geldt uitsluitend voor aanbestedende diensten die overheidsopdrachten voor werken, diensten of leveringen plaatsen. In veel gevallen zal de mogelijke inzet van instrumenten binnen het juridisch handelingsperspectief, zoals in hoofdstuk 2 is uitgewerkt, niet als overheidsopdracht worden gekwalificeerd. In dat geval is het aanbestedingsrecht dus niet van toepassing, maar zal door het waterschap wel moeten worden nagegaan of er toch sprake is van verdeling van schaarse rechten waarvoor – op grond van de huidige rechtspraak – een mededingingslicht geldt. Overigens kan het aanbestedingsrecht, bekeken vanuit het oogpunt van rechtmatig overheidshandelen, als belangrijke inspiratiebron dienen voor het inrichten van een mededingingsprocedure voor het verdelen van schaarse rechten.

Als het gaat om de verdeling van schaarse rechten, zoals hiervoor beschreven, moet onderscheid worden gemaakt tussen de verdeling van schaarse publieke rechten en de verdeling van schaarse private rechten. Dit onderscheid wordt hieronder nader uitgewerkt, waarbij ook de afbakening ten opzichte van het aanbestedingsrecht diepgaander aan de orde komt.

3.3.2 SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN

Begrip schaars publiek recht

Van de verdeling van een schaars publiek recht is volgens staatsraad advocaat generaal Widdershoven in zijn op 25 mei 2016 genomen conclusie in de zaak speelautomatenhal Vlaardingen sprake *“als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft”*. Deze definitie van schaarse publieke rechten impliceert dat het aantal beschikbare publieke rechten beperkt is en dat voor een aantal te verlenen rechten een maximum of plafond bestaat. Dat plafond kan voortvloeien uit schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (natuurlijke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld. In dat laatste geval wordt doorgaans een plafond vastgesteld dat wordt neergelegd in een wettelijke regeling, lokale verordening of beleidsregel opgenomen voorschrift. Er kan volgens een eerdere uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Raad van State) over het verlenen van een ligplaatsvergunning in Amsterdam ook sprake zijn van een schaars recht wanneer eerst een beleidsmatige keuze wordt gemaakt om de fysieke ruimte beperken. In deze situatie gaat het in feite om een mengvorm tussen fysieke en beleidsmatige schaarste. Ook volgt uit eerdere rechtspraak, eveneens een uitspraak van de Raad van State met betrekking tot het verlenen van ligplaatsvergunningen in

**natuurlijke schaarste
technische schaarste**

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Amsterdam, dat een plafond ook 'verstopt' kan zijn en dus niet expliciet hoeft te worden genoemd. In deze uitspraak had de gemeente de keuze gemaakt om een steiger aan te leggen van 100 meter. Het aantal te verlenen ligplaatsvergunningen wordt door die beleidsmatige keuze in fysieke zin beperkt.

Jurisprudentie

- Conclusie Staatsraad Advocaat-Generaal Raad van State d.d. 25 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1421)
- Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State d.d. 8 april 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:1013)
- Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State d.d. 28 augustus 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2892)

Les voor de praktijk:

Ook waterschappen kunnen als het gaat om duurzame energieprojecten met schaarse publieke rechten worden geconfronteerd, bijvoorbeeld inzake Aquathermie (TEO) of Zon op Water in of nabij hun watergangen. De fysieke omstandigheden en beleidsmatige aspecten zijn een middel om zorgvuldig vast te stellen of van schaarse publieke rechten sprake is.

Les voor de praktijk:

Het vaststellen van beleid en/of regels voor de verdeling van schaarse publieke rechten is maatwerk, waarbij overheden en dus ook waterschappen over (begrensde) beleidsvrijheid beschikken.

Vergunningen, ontheffingen en subsidies

In de praktijk zal de verdeling van schaarse publieke rechten vooral spelen bij het verlenen van vergunningen en ontheffingen door verschillende overheden op grond van wetten en lagere publiekrechtelijke regelingen, zoals verordeningen. Ook het verlenen van subsidies, die gebaseerd zijn op bepaalde wetten of (publiekrechtelijke) subsidieverordeningen, raakt de verdeling van publieke rechten. Overigens wat betreft het verlenen van subsidies zullen overheidsinstanties er wel op moeten letten dat als de verlening van een subsidie verbonden is met een overeenkomst en er wederzijdse afdwingbare prestaties ontstaan er sprake kan zijn van het verstrekken van een overheidsopdracht waarop in beginsel een Europese aanbestedingsplicht van toepassing is. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 3.2.2 en 3.2.3. Zoals eerder is opgemerkt, is subsidieverlening in de praktijk van de waterschappen niet of nauwelijks aan de orde en om deze reden als instrument buiten beschouwing gelaten.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Ter afbakening van het subsidie-instrument kunnen ook in het private domein financieringen door overheden plaatsvinden. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 2.4.4 van hoofdstuk 2, waarin financieren als een mogelijk door een waterschap in te zetten sturend instrument ten behoeve van een duurzaam energieproject is benoemd.

Mededingingsnorm

In navolging van de door Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn op 25 mei 2016 genomen conclusie in de zaak over speelautomatenhal in Vlaardingen volgt uit de uitspraak van de Raad van State van 2 november 2016 dat in het Nederlands recht een mededingingsnorm geldt die kan worden afgeleid van het bestuursrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Deze mededingingsnorm strekt ertoe dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door de betreffende overheidsinstantie op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare publieke rechten, zoals vergunning(en), mee te dingen. Voorts deelt de Raad van State de conclusie van de Staatsraad Advocaat-Generaal dat ter uitvoering van de mededingingsnorm, in het bijzonder om gelijke kansen te bieden, de (verdelende) overheidsinstantie elke potentiële inschrijver *“een passende mate van openbaarheid”* moet verzekeren. Deze transparantienorm houdt meer concreet in dat de overheidsinstantie, en dit kan dus ook een waterschap zijn, voorafgaand aan de start van een selectieprocedure over de volgende aspecten duidelijkheid moet scheppen: de beschikbaarheid van de schaarse publieke rechten, de aanvraag- of verdeel-procedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen selectiecriteria. Op basis van deze vooraf bekendgemaakte informatie kunnen potentiële gegadigden beslissen om al dan niet aan de procedure deel te nemen.

De uitspraak van de Raad van State in de Vlaardingen-zaak gaat specifiek over het verlenen van een exploitatievergunning in de gemeentepraktijk. Om deze reden gaat het dan ook te ver om het oordeel van de Raad van State in deze zaak door te trekken naar de vergunningpraktijk van de waterschappen, in het bijzonder de watervergunning en de lozingsvergunning, die meer betrekking heeft op de fysieke leefomgeving. De Vlaardingen-uitspraak biedt met andere woorden tot dusverre geen dan wel onvoldoende aanknopingspunten om aan te nemen dat een door een waterschap te verlenen vergunning, bijvoorbeeld ten behoeve van een duurzaam energieproject, een schaars publiek recht aan de orde is ten gevolge waarvan een mededingingsnorm geldt. Ter verdere onderbouwing van dit standpunt wordt ook verwezen naar de hiernavolgende uitspraak van de Raad van State in de Windpark Zeewolde-zaak, die specifiek gaat over ruimtelijke besluiten.

Jurisprudentie

- Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State d.d. 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927)
- Conclusie Staatsraad Advocaat-Generaal Raad van State d.d. 25 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1421)

gelijkheidsbeginsel

een passende mate van openbaarheid

vergunningpraktijk waterschappen

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Les voor de praktijk:

De rechtsnorm bij de verdeling van schaarse publieke rechten bestaat volgens de rechtspraak uit twee facetten, namelijk de mededingingsnorm en de transparantienorm (passende mate van openbaarheid). Deze rechtsnorm is ook van toepassing op waterschappen, voor zover sprake is van schaarse publieke rechten. Deze rechtspraak, die vooral betrekking heeft op de gemeentepraktijk, gaat – voor alle duidelijkheid – niet zover dat de mededingingsnorm en transparantienorm één-op-één van toepassing op de door de waterschappen te verlenen vergunningen (en ontheffingen).

Ruimtelijke besluiten

Worden bij ruimtelijke besluiten, die genomen worden in het kader van het omgevingsrecht, schaarse publieke rechten verdeeld? In de zaak Windpark Zeewolde heeft de Raad van State op 19 december 2018 zich over deze vraag uitgelaten, dit aan de hand van een door staatsraad advocaat-generaal Widdershoven in deze zaak eerder opgestelde conclusie. In de zaak Windpark Zeewolde draait het om het mogelijk maken van een grootschalig windpark via een zogeheten rijksinpassingsplan en het daaropvolgend verlenen van een omgevingsvergunning aan marktpartij Windpark Zeewolde B.V. Tegen dit besluit hebben partijen bezwaar gemaakt, waarbij is aangevoerd dat met betrekking tot de verlening van de omgevingsvergunning sprake was van schaarse publieke rechten en om deze reden de omgevingsvergunningprocedure niet transparant was verlopen. In zijn conclusie is de staatsraad advocaat-generaal van oordeel dat ruimtelijke besluiten, zoals bestemmingsplannen, provinciale of rijksinpassingsplannen en provinciale ruimtelijke verordeningen geen schaarse publieke rechten verdelen. Ook voor omgevingsvergunningen geldt, aldus de staatsraad advocaat-generaal, in de regel dat deze geen schaarse publieke rechten verdelen. Deze kunnen immers alleen worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken. Voor een omgevingsvergunning kunnen er dan ook meestal niet meer gegadigden zijn dan er vergunningen zijn. In lijn met deze conclusie van de staatsraad advocaat-generaal is de Raad van State in de zaak Windpark Zeewolde tot de uitspraak gekomen dat het rijksinpassingsplan in kwestie geen schaarste creëert. Ook de omgevingsvergunning voorziet evenmin in de toedeling van een schaars publiek recht, aldus de Raad van State.

Overigens moet hierbij worden opgemerkt dat de Raad van State in de uitspraak Windpark Zeewolde in algemene zin betrekkelijk weinig over schaarste bij ruimtelijke besluiten heeft overwogen. Dit gegeven onderstreept het belang voor overheden, waaronder waterschappen, om de toekomstige rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot schaarste bij ruimtelijke besluiten nauwlettend te volgen. Waterschappen mogen dan geen bevoegd gezag zijn voor het verlenen van een omgevingsvergunning, de rechtsontwikkeling inzake schaarste bij (publiek-rechtelijke) ruimtelijke besluiten kan ook van betekenis zijn voor vergunningen die door het

omgevingsvergunning

vergunningen

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

waterschap

waterschap worden afgegeven, zoals de watervergunning of de lozingsvergunning, ten behoeve van een duurzaam energieproject.

Jurisprudentie

- Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State d.d. 19 december 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:4198)
- Conclusie Staatsraad Advocaat-Generaal Raad van State d.d. 6 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1847)

Inrichting mededingingsprocedure

Hoe een ten behoeve van de verdeling van een schaars publiek recht vereiste mededingingsprocedure als een *'passende mate van openbaarheid'* moet worden ingericht, hangt mede af van de inhoud en de omvang van het te verdelen recht. In dit verband heeft een overheid de nodige beleidsvrijheid ten aanzien van de toe te passen verdelingssystematiek. Een systematiek die uitgaat van bijvoorbeeld volgorde van binnenkomst van de aanvraag dan wel een loting voldoet, naast een systematiek die vergelijkbaar is met een aanbesteding, in beginsel ook aan het vereiste dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan andere gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de vergunning mee te dingen. Wel geldt daarbij, dit in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel voorop) als voorwaarde dat voor alle potentiële gegadigden vooraf kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is, bijvoorbeeld het aanvraagtijdstip en de wijze van beoordeling van de ontvangen aanvragen. Ten slotte, uit de mededingingsnorm vloeit voort dat schaarse publieke rechten niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk kunnen worden verleend.

beleidsvrijheid

algemene beginselen van behoorlijk bestuur

beoordelingscriteria

Wat betreft de beoordelingscriteria, deze moeten objectief en niet-discriminerend zijn én tevens duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. De criteria moeten gedurende de procedure op alle aanvragen op gelijke wijze worden toegepast. Een afwijkende interpretatie ervan ten gunste van één aanvrager – en bevoordeling van die aanvrager – is niet toegestaan. Essentiële bepalingen van een eenmaal verleende schaarse vergunning mogen gedurende de looptijd ervan niet wezenlijk worden gewijzigd, tenzij de bevoegdheid daartoe was voorzien in de bij de oorspronkelijke verdeling toegepaste regels.

Praktijkvoorbeeld

Om de waterschappen wat betreft de inrichting van een mededingingsprocedure (of verdeelprocedure) enigszins een beeld te geven van de gemeentepraktijk wordt verwezen naar een recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland. Deze uitspraak, die ging over de aanvraag voor een exploitatievergunning van een speelautomatenhal, bevat inhoudelijke aanknopingspunten hoe een overheid, zoals een waterschap, in het geval van schaarse publieke rechten invulling moet

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

geven aan het vereiste van 'een passend mate van openbaarheid'. In kwestie heeft de gemeente Lelystad een beleidsregel opgesteld voor het verdelen van twee te verlenen vergunningen voor speelautomatenhallen. Uit de beleidsregel blijkt dat bij het vrijkomen van een vergunning voor een speelautomatenhal in de eerste fase bekendgemaakt wordt dat geïnteresseerden een aanvraag kunnen indienen voor een vergunning voor een speelautomatenhal binnen een in de bekendmaking opgenomen tijdvak. Daarna worden de aanvragen beoordeeld op ontvankelijkheid. Vervolgens blijkt uit de beleidsregel dat de aanvragen in de tweede fase worden beoordeeld aan de hand van de weigeringsgronden, zoals opgenomen in de algemene plaatselijke verordening (APV), en aan de hand van de in de beleidsregel opgenomen beoordelingscriteria. Die beoordelingscriteria zijn uitgewerkt voor de inhoudelijke beoordeling van de door aanvragers in te dienen plannen van aanpak. Ook staat in de beleidsegel hoe de beoordelingscriteria worden gewaardeerd. In dit verband wordt de gemeente volgens de beleidsregel bijgestaan door (interne en externe) deskundigen. De samenstelling van de selectiecommissie wordt tijdig en voorafgaand aan het beoordelingstraject kenbaar gemaakt. De aanvragen worden door een selectiecommissie individueel beoordeeld waarna er een gemiddelde score wordt bepaald. Tot slot zal volgens de beleidsregel na een vergelijkende toets de eerste in rangschikking onderworpen worden aan een Bibob-toets en bij een positieve beoordeling zal de vergunning aan die aanvrager worden verleend.

Volgens de rechtbank zijn de in de hiervoor genoemde beleidsregel opgenomen verdeelregels, duidelijk, precies en ondubbelzinnig. Verder is de rechtbank van oordeel dat de gemeente de informatie over de verdeelprocedure tijdig heeft verstrekt en adequaat heeft bekendgemaakt via meerdere kanalen, in het bijzonder via een lokaal nieuwsblad, de gemeentelijke website, het digitale gemeentebled en TenderNed. Ook heeft de gemeente een brief gestuurd naar belangstellenden met uitleg over de procedure via TenderNed. Op basis van het vorenstaande stelt de rechtbank vast dat de verdeelprocedure in kwestie voldoet aan het vereiste van passende mate van openbaarheid met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Hoewel deze uitspraak van de rechtbank Lelystad niet bepalend is voor de gemeentepraktijk, en ook zeker niet voor de praktijk van de waterschappen, kan aan deze uitspraak wel enkele handvatten worden ontleend die ook waterschappen kunnen ondersteunen bij de inrichting van een mededingingsprocedure (of verdeelprocedure) mocht sprake zijn van de verdeling van schaarse publieke rechten.

Jurisprudentie

- [Uitspraak Rechtbank Midden-Nederland d.d. 10 mei 2021 \(ECLI:NL:RBMNE:2021:1869\)](#)

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Les voor de praktijk:

Bij het inrichten van de mededingingsprocedure voor de verdeling van een schaars publiek recht kan gekeken worden naar de ervaringen in het aanbestedingsrecht, maar blijf daarbij wel letten op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (in het bijzonder het gelijkheids-, zorgvuldigheids- en rechtszekerheidsbeginsel), die gelden voor de verdeling van een schaarse publiek recht.

Meer informatie:

- [Schaarse vergunningen, Handreiking voor gemeenten \(VNG, november 2018\)](#)
- [Juridisch kader Aquathermie, Speelruimte voor de praktijk, Stowa 2019](#)
- [Artikel: Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling, Mr. Dr. C.J. \(Johan\) Wolswinkel, Tijdschrift voor Omgevingsrecht, 2018, nr. 3.](#)
- [Artikel: Economie en omgevingsrecht: schaarse vergunningen voor natuurlijke schaarste, Mr. O. \(Olaf\) Kwast, Tijdschrift voor Omgevingsrecht, 2018, nr. 3.](#)

Vrijwillige mededinging

In de situatie dat de hiervoor genoemde mededingingsnorm niet van toepassing is, dan heeft een overheidsinstantie in een concreet geval de optie om vrijwillig mededingingsruimte te bieden. Dit geldt ook voor een waterschap, dat in het kader van het publiekrechtelijk handelingsperspectief (vergunning- of ontheffingsvereiste) met betrekking tot duurzame energieprojecten, bijvoorbeeld op het terrein van Aquathermie, wordt geconfronteerd met beleidsmatige of fysieke schaarste. In dit verband verdient wel aandacht, dat er een eventuele samenloop met instrumenten in het kader van het privaatrechtelijk handelingsperspectief, bijvoorbeeld toestemming of contracteren, kan bestaan. Is dit het geval, dan kan toetsing door het waterschap aan het leerstuk schaarse private rechten leiden tot een mededingingsplicht. In de hiernavolgende paragraaf wordt deze inhoudelijke toetsing behandeld.

3.3.3 SCHAARSE PRIVATE RECHTEN

Hiervoor is ingegaan op de verdeling van schaarse rechten, dit vanuit het publiekrechtelijk handelingsperspectief van overheidsinstanties. De vraag is of de toekenning van schaarse rechten – naast het publiekrechtelijk domein – ook plaatsvindt binnen het privaatrechtelijk domein. Bijvoorbeeld gronduitgifte via verkoop of erfpacht door een overheidsinstantie voor een bepaald duurzaam energieproject. Om nog meer aan te sluiten bij de praktijk van de waterschappen kan het daarnaast ook gaan om het als eigenaar of bronhouder beschikbaar stellen assets ten behoeve van zonnepanelen of het beschikbaar stellen van bronnen ten behoeve van Zon op Water. En als sprake is van toekenning van schaarse rechten in het privaatrechtelijk domein, is dan ook een rechtsnorm van toepassing die vergelijkbaar is met de voor schaarse publieke rechten erkende mededingingsnorm?

**waterschappen
als eigenaar of bronhouder**

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Geen mededingingsnorm

Bovenstaande vraag komt aan de orde in het reeds in paragraaf 3.2.2 van hoofdstuk 3 aangehaalde arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 november 2019. In relatie tot de behandeling van schaarse private rechten is het nodig een paar relevante feiten in deze uitspraak te herhalen. In dit arrest gaat het, zoals reeds beschreven, om een masterplan van de gemeente Montferland om het dorp Didam aantrekkelijk het houden als vestigingsplaats en in dit kader het plan om de supermarkten in het centrum te concentreren. Ter uitvoering van dit masterplan heeft de gemeente een overeenkomst gesloten met een vastgoedontwikkelaar, die een al bestaande supermarkt naar het oude gemeentehuis wil verplaatsen. De exploitant van een andere, bestaande supermarkt kan zich in dit plan niet vinden en heeft zich in rechte op het standpunt gesteld dat ook andere geïnteresseerde partijen (waaronder hijzelf) een kans hadden moeten krijgen de locatie te ontwikkelen. Uit de rechtspraak volgt dat – buiten de aanbestedingsrechtelijke context, die reeds in paragraaf 3.2.2 van hoofdstuk 3 is besproken – de mededingingsnorm inzake de verdeling van schaarse publieke rechten (nog) niet van toepassing is op schaarse private rechten. Het gerechtshof stelt daarbij voorop dat de gemeente (met betrekking tot het handelingsperspectief in het privaatrechtelijk domein) in beginsel contractsvrijheid heeft.

Meer informatie:

- Artikel: Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling; de rol van beleid en grondeigendom, mr. J.R. (Jurgen) Vermeulen en mr. Dr. C.N. (Cornelis) van der Sluis, Tijdschrift voor Omgevingsrecht, 2018, nr. 3.

Vrije markt versus publiekrechtelijke sturing

Naar aanleiding van bovenvermeld arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de kwestie Didam is cassatie ingesteld. Op 12 maart 2021 heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge raad een genuanceerd juridisch advies, de zgn. conclusie, gegeven. Hoewel uiteindelijk het oordeel van de Hoge Raad bepalend zal zijn, bevat de conclusie van de Procureur-Generaal toch enkele juridische overwegingen, die ingaan op de vraag of de voor schaarse publieke rechten geldende mededingingsnorm ook geldt voor schaarse private rechten.

Volgens de Procureur-Generaal is het zeker niet vanzelfsprekend dat de rechtsnorm, die in de bestuursrechtspraak zijn ontwikkeld voor de verdeling van schaarse publieke rechten, één-op-één moet worden overgenomen wanneer het gaat om privaatrechtelijke handelingen op de vrije markt. Ter onderbouwing wijst de Procureur-Generaal op het verschil tussen de verkoop van goederen op de vrije markt en de uitgifte van schaarse publieke rechten. Wanneer in de vrije markt de vraag groter is dan het aanbod, zal dit doorgaans tot uitdrukking komen in de prijs die een koper bereid is te betalen. De vrije markt voor goederen wordt daarbij niet begrensd door wat overheidslichamen aan te bieden hebben; op de vrije markt concurreren overheidsaanbieders met particuliere

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

aanbieders. Dat ligt anders bij de uitgifte van publieke rechten, zoals vergunningen. In Nederland worden publieke rechten niet verkocht op de vrije markt in concurrentie met private aanbieders. Publieke rechten zijn niet van nature aanwezig, maar bestaan op grond van publiek recht.

Beperking contractsvrijheid

In aansluiting op voorgaande overwegingen wijst de Procureur-Generaal op het aspect contractsvrijheid. Volgens de Procureur-Generaal omvat dit begrip onder meer de beslissing over het wel of niet sluiten van de overeenkomst, de keuze van de contractspartner en het bedingen van de voorwaarden, waaronder de koopprijs. Hij voegt hier evenwel aan toe dat een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan de gemeente toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht. Dit volgt rechtstreeks uit artikel 3:14 BW. Tot de ongeschreven regels van het publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met inbegrip van het gelijkheidsbeginsel.

Jurisprudentie

- [Arrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 19 november 2019 \(ECLI:NL:GHARL:2019:9911\)](#)
- [Conclusie Procureur-Generaal Hoge Raad d.d. 12 maart 2021 \(ECLI:NL:PHR:2021:243\)](#)

Mededingingsplicht in bepaalde situaties

Wat betreft de hierboven weergegeven overwegingen van de Procureur-Generaal in de kwestie-Didam zal het finale oordeel van de Hoge Raad moeten worden afgewacht, in het bijzonder als het gaat om de verdeling van schaarse private rechten. Niettemin in lijn met deze overwegingen en tevens op basis van vaststaande rechtspraak geldt nu reeds dat een overheidsinstantie – in afwijking van het beginsel van contractsvrijheid – in bepaalde situaties gehouden kan zijn om toch mededingingsruimte te bieden. Deze mededingingsplicht, die dus in de praktijk ook voor het handelen van een waterschap in het private domein kan gelden, is – als uitvloeisel van de toepassing van artikel 3:14 BW – in de volgende situaties aan de orde:

1. Als zich bijvoorbeeld voor een beschikbare grondpositie of asset meerdere gegadigden hebben gemeld dan wel meerdere gegadigden bekend zijn. Maar let hierbij op: van een mededingingsplicht in deze situatie kan geen sprake indien er – met verwijzing naar onderstaande rechtspraak – ‘objectieve of gerechtvaardigde gronden’ bestaan voor gunning van een grondpositie of asset aan een bepaalde gegadigde. In deze situatie is van schending van het (bestuursrechtelijke) zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel geen sprake.

Jurisprudentie

- [Arrest Gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d. 14 januari 2020 \(ECLI:NL:GHSHE:2020:79\)](#)
- [Vonnis Rechtbank Midden-Nederland d.d. 14 maart 2018 \(ECLI:NL:RBMNE:2018:1116\)](#)
- [Vonnis Rechtbank Arnhem d.d. 23 september 2010 \(ECLI:NL:RBARN:2010:BN9729\)](#)

bepaalde situaties

meerdere gegadigden bekend

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

gedane toezeggingen

2. Er sprake is van gedane toezeggingen van de zijde van een overheid, die gerechtvaardigd inhouden dat men een gegadigde een kans zal bieden op bijvoorbeeld koop of erfpacht. Het gaat in dit verband om de toepassing van het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel.

Jurisprudentie

- Arrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 3 december 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:9210)
- Arrest Hoge Raad d.d. 8 mei 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1221)

eigen beleid

3. Het eigen beleid van een overheid dat voorschrijft. Het kan daarbij ook gaan om een vastgestelde beleidsregel als bedoeld in artikel 4:81 lid 1 Awb. Uit artikel artikel 4:84 Awb volgt dat een bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Jurisprudentie

- Arrest Hoge Raad d.d. 18 maart 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AT0971)

Indien naar aanleiding van één van de hiervoor genoemde situaties op een overheid een mededingingsplicht mocht rusten, dan heeft deze overheid – in vergelijking tot schaarse publieke rechten – ook bij de verdeling van schaarse private rechten de nodige beleidsvrijheid om de mededingingsprocedure in te richten. Ook hier geldt dat, in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel voorop), als voorwaarde dat voor alle gegadigden vooraf duidelijk geïnformeerd moeten worden over in elk geval de te volgen verdeelsystematiek (tender, volgorde van binnenkomst of loting), het tijdvak waarbinnen de gegadigden zich moeten melden en de wijze van beoordeling van de gegadigden.

Les voor de praktijk:

Een waterschap kan in geval van schaarse private rechten alleen in bepaalde situaties, waarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (of het eigen beleid) wordt geschonden, verplicht zijn om mededingingsruimte te bieden. In deze situaties wordt de contractsvrijheid als juridisch principe begreepd.

Vrijwillige mededinging

In de situatie dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of eigen beleid een overheidsinstantie hiertoe niet verplichten, dan heeft een overheidsinstantie in een concreet geval de optie om vrijwillig mededingingsruimte te bieden. Dit geldt ook voor een waterschap. Hoewel er ruime beleidsvrijheid bestaat om een transparante mededingingsprocedure in te richten, zullen in dit verband de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de pré-contractuele redelijkheid en

algemene beginselen van behoorlijk bestuur

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

billijkheid zeker in acht moeten worden genomen. In de praktijk betekent dat meer concreet het volgende:

1. Er moet een 'level playing field' worden gecreëerd en deelnemers moeten gelijk worden behandeld.
2. De overheidsinstantie moet vooraf duidelijk maken welke criteria er zullen worden gehanteerd.
3. Bij de beoordeling van inschrijvingen mag de overheidsinstantie niet afwijken van de gehanteerde criteria.
4. De overheidsinstantie zal haar beslissing (gunning) goed moeten motiveren. De beslissing moet inzichtelijk en goed controleerbaar zijn.

Jurisprudentie

- Vonnis Rechtbank Noord-Nederland d.d. 27 januari 2021 (ECLI:NL:RBNNE:2021:189)
- Vonnis Rechtbank Noord-Nederland d.d. 27 januari 2022 (ECLI:NL:RBNNE:2021:190)

Les voor de praktijk:

In het geval bij de verdeling van een schaars privaat recht geen mededingingsplicht geldt, dan heeft een waterschap desondanks de optie om vrijwillig een transparante mededingingsprocedure te organiseren.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON



4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

4.1 INLEIDING

In hoofdstuk 2 is in het kader van zowel het publiekrechtelijk als privaatrechtelijk handelingsperspectief ingegaan op de voor de waterschappen beschikbare instrumenten om hun rol te vervullen bij het realiseren van duurzame energieprojecten. In hoofdstuk 3 is een uiteenzetting gegeven van de complexe juridische kaders met betrekking tot aanbesteden en schaarse rechten. Deze uiteenzetting vormt een toelichting op de stroomschema's voor beide juridische kaders. In aanvulling hierop zullen in dit hoofdstuk de door een waterschap mogelijk in te zetten instrumenten, zoals behandeld in hoofdstuk 2, worden getoetst aan het leerstuk aanbesteding van overheidsopdrachten en het leerstuk verdeling van schaarse (publieke of private) rechten. Beide leerstukken zijn behandeld in het vorige hoofdstuk.

Doel van dit hoofdstuk is om ten behoeve van de praktijk het inzicht van waterschappen in zowel het leerstuk aanbesteding van overheidsopdrachten als het leerstuk schaarse rechten bij de mogelijke inzet van een instrument te versterken en daarmee mogelijk onrechtmatig handelen bij de realisatie van duurzame energieprojecten te voorkomen. In dit verband is van belang op te merken dat, zoals in hoofdstuk 3 is beschreven, aanbesteding van overheidsopdrachten en schaarse rechten, in het bijzonder als het gaat om schaarse private rechten, nauw met elkaar verweven zijn. Daarbij is ook duidelijk gemaakt dat aanbesteding van overheidsopdrachten en

beschikbare instrumenten

**leerstuk aanbesteding van
overheidsopdrachten
leerstuk schaarse rechten**

**aanbesteding van overheidsopdrachten
schaarse private rechten**

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

schaarse private rechten voor de praktijkuitoefening scherp van elkaar moeten worden onderscheiden vanwege de verschillende consequenties die beide leerstukken met zich meebrengen.

praktijk van een waterschap

duurzame energieprojecten

Om specifiek aansluiting te vinden bij de praktijk van een waterschap zal in aansluiting op de toetsing per instrument worden verwezen naar verschillende door waterschappen uitgevoerde dan wel nog lopende duurzame energieprojecten. Het gaat hierbij met name om projecten die onderdeel uitmaken van het [Rapport Waterschappen in de regionale energiestrategie #inventarisatie en ontsluiting mbt juridische vraagstukken, Unie van Waterschappen 2020](#). Dit rapport van de Unie van Waterschappen, dat in 2020 is gepubliceerd, bevat een inventarisatie van 123 projecten over verschillende waterschappen, waarvan er 29 projecten over verschillende waterschappen juridisch zijn geanalyseerd in een projectfiche. Het is mogelijk om de betreffende projectfiches op te vragen bij de Unie van Waterschappen via het volgende emailadres: teamenergie@uvw.nl

In dit hoofdstuk wordt per getoetst instrument ook kort ingegaan op de juridische positie van energiecoöperaties. Parallel aan de handreiking *Aanbesteden en Schaarse Rechten* is de handreiking Samenwerking Energiecoöperaties opgesteld. Deze handreiking biedt handvatten voor een waterschap gericht op het realiseren van duurzame energieprojecten in samenwerking met lokale energiecoöperatie. Voor wat betreft de aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke en private rechten, waarbij *energiecoöperaties* een rol spelen, biedt de handreiking *Aanbesteden en Schaarse rechten* een juridische aanvulling op de handreiking *Samenwerking Energiecoöperaties*.

Hieronder worden ten eerste de faciliterende instrumenten getoetst. Daarna volgt de toetsing van de sturende instrumenten.

4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING

4.2.1 AANBESTEDING OVERHEIDSOPDRACHT

Toetsing

In geval van het verlenen van een vergunning (of ontheffing) door een waterschap voor een duurzaam energieproject op grond van een publiekrechtelijke regeling, bijvoorbeeld een watervergunning of lozingsvergunning, is het aanbestedingsrecht niet aan de orde. Van een overheidsopdracht, als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012, is in deze situatie namelijk geen sprake. De aanbesteding van overheidsopdrachten speelt enkel een rol met betrekking tot het privaatrechtelijk handelingsperspectief, waarbij het begrip overheidsopdracht centraal staat. Hiervoor wordt verwezen naar paragraaf 3.2.2 en de *Routekaart aanbesteden*.

Samenwerking Energiecoöperaties

aanbestedingsrecht

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

schaarse publieke rechten

4.2.2 VERDELING SCHAARSE RECHTEN

Toetsing

Het leerstuk schaarse rechten kan met betrekking tot de inzet van het publiekrechtelijk instrumentarium, bijvoorbeeld het verlenen van een vergunning of een ontheffing, een rol spelen als sprake is van schaarse publieke rechten. Het aspect schaarse publieke rechten is uitgewerkt in paragraaf 3.3.2 en schematisch weergegeven in de *Routekaart schaarse rechten*. Uit bepaalde bestuursrechtspraak kan worden afgeleid dat in geval van schaarse publieke rechten een mededingingsnorm geldt, die een overheid ertoe verplicht (als een *'passende mate van openbaarheid'*) een transparante verdeelprocedure te organiseren. Echter, terughoudendheid is gerechtvaardigd om deze bestuursrechtspraak zomaar één-op-één door te trekken naar de vergunningenpraktijk van de waterschappen. Met verwijzing in het bijzonder naar de uitspraak van de Raad van State in de *zaak Windpark Zeewolde* zou zelfs beargumenteerd kunnen worden dat vanwege de aard van bijvoorbeeld de watervergunning en de lozingsvergunning, die betrekking hebben op het fysieke domein, van schaarse publieke rechten geen sprake is. Daarbij is van belang op te merken, dat in de praktijk het door een waterschap mogelijk in te zetten publiekrechtelijk instrumentarium, dit ten behoeve van een duurzaam energieproject, nadrukkelijk samenhang kan hebben met de voorafgaande inzet van het instrument toestemming. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 4.3.

4.2.3 PRAKTIJK WATERSCHAP

Voorbeeldprojecten

Waterschappen zullen vooral bij Aquathermieprojecten en Zon op Water-projecten rekening moeten houden met schaarse publieke rechten. Op deze projecten zijn namelijk publiekrechtelijke regels van toepassing, zoals vermeld in paragraaf 2.3.1 van hoofdstuk 2. In dit verband gaat het in het bijzonder om op de Keur gebaseerde vergunningplichten (of algemene regels) betreffende het lozen van warmte of koude en onttrekkingen van oppervlaktewater. Wat betreft Aquathermieprojecten biedt het STOWA-rapport *Juridisch kader Aquathermie 2019; Speelruimte voor de praktijk* wat betreft schaarse publieke rechten relevante handvatten. In dit rapport wordt het volgende vastgesteld:

- Een vergunning voor het lozen van warmte of koude is niet schaars, tenzij een dergelijke vergunning geweigerd zou kunnen worden op grond van het feit dat a) er een maximum aantal vergunningen is verleend, of b) vergunningen zijn verleend voor een maximale hoeveelheid warmtevracht.
- Een vergunning voor het onttrekken van oppervlaktewater kan schaars zijn, wanneer zo'n vergunning geweigerd kan worden op grond van het feit dat a) een maximum aantal vergunningen is verleend, of b) vergunningen zijn verleend voor een maximale hoeveelheid onttrekkingen.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

voorzichtigheid

Handreiking aanbesteden en schaarse rechten duurzame energieprojecten

Volgens hetzelfde STOWA-rapport is in geval van een mogelijk algemeen onttrekkingsverbod, dat vanwege waterschaarste is afgekondigd, niet sprake van schaarse onttrekkingsrechten. In deze situatie zijn namelijk geen rechten te verdelen.

Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor onder paragraaf 4.2.2 is opgemerkt, is enige voorzichtigheid ten aanzien van bovengenoemde handvatten op zijn plaats, omdat deze handvatten voorbijgaan aan (i) de in het licht van de zaak Windpark Zeewolde meer ruimtelijke aard van de vergunningen in de praktijk van de waterschappen en (ii) aan de mogelijke samenhang met de inzet van het hierna te bespreken instrument toestemming. Toekomstige bestuursrechtspraak zal op dit punt meer richting moeten geven. In dit verband wordt ten slotte opgemerkt dat een waterschap op grond van fysieke schaarste of beleidsmatige schaarste, hoewel hiertoe (nog) niet juridisch verplicht, vrijwillig toepassing kan geven aan de mededingingsnorm. Deze vrijwillige toepassing brengt als consequentie met zich mee dat het waterschap een transparante verdeelprocedure moet organiseren., die moet voldoen aan een aantal specifieke eisen. Voor wat betreft deze eisen wordt verwezen naar paragraaf 3.3.2 (inrichting mededingingsprocedure) van hoofdstuk 3 en de Routekaart schaarse rechten.

Meer informatie:

- [Juridisch kader Aquathermie 2019, Speelruimte voor de praktijk, Stowa 2019](#)
- [Rapport Vergunbaarheid omgevingsdeel Zon op Water, Colibri Advies 2018](#)

Bij de volgende projecten speelt het vergunningenaspect een rol en zou derhalve toetsing aan het leerstuk schaarse (publieke) rechten aan de orde moeten zijn.

Waterschap	Project	Techniek
Hoogheemraadschap Delfland	Samenwerking Dunea	Aquathermie (TEO)
Waterschap Hunze en Aa's	Zon op Water zandwinplas	Zon op water

Energiecoöperaties

Met de opkomst van Aquathermie als warmtebron voor warmtenetten is ook een sterk toenemende betrokkenheid van lokale energiecoöperaties bij Aquathermie-projecten zichtbaar. In dit verband wordt in het bijzonder verwezen naar de door AS I-SEARCH uitgevoerde inventarisatie van bestaande aquaprojecten, waarbij verschillende energiecoöperaties betrokken zijn. Bij de uitvoering van deze energieprojecten, en dit geldt eveneens voor Zon op Water-projecten, zullen de betreffende waterschappen rekening moeten houden met het leerstuk schaarse publieke rechten bij vergunningverlening als het gaat om lozing van warmte c.q. koude en onttrekking van oppervlaktewater. Hoewel op basis van de huidige bestuursrechtspraak verdedigbaar is dat bij

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

deze vergunningverlening van schaarse publieke rechten (in de vorm van fysieke schaarste of beleidsmatige schaarste) geen sprake zal zijn, is dit onder invloed van toekomstige bestuursrechtspreek ook niet geheel uit te sluiten. Stel dat een waterschap in dat geval gehouden is om – onder invloed van de mededingingsnorm – een transparante verdeelprocedure in te richten, dan verdient het aanbeveling om bindende (objectieve) beoordelingscriteria, bijvoorbeeld het streven naar 50% lokaal eigendom in verband met lokaal draagvlak, te hanteren.

Meer informatie:

- [Rapport Waterschappen en energiecoöperaties: Inventarisatie praktijkvoorbeelden van samenwerking, AS I-SEARCH](#)

4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING

4.3.1 AANBESTEDING OVERHEIDSOPDRACHT

Toetsing

Het verlenen van toestemming door een waterschap ten behoeve van duurzaam energieproject betreft het toepassen van een privaatrechtelijk instrument. Een dergelijke toestemming van een waterschap als eigenaar van gronden, assets of bronnen zal in de praktijk doorgaans plaatsvinden door het sluiten van een contract, bijvoorbeeld het beschikbaar stellen van deze gronden (via bijvoorbeeld erfpacht), assets of bronnen. Vanuit het oogpunt van rechtmatig overheidsoptreden is toetsing aan het aanbestedingsrecht bij dit instrument van belang om na te gaan of er mogelijk sprake is van een overheidsopdracht. Indien sprake is van het enkel verlenen van toestemming (ter invulling van een faciliterende rol) zonder sturende, juridisch afdwingbare voorwaarden van de zijde van het waterschap, zoals bijvoorbeeld een bouw- of realisatieplicht, is van een overheidsopdracht (voor werken), als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012, geen sprake. Ook hier wordt voor het begrip overheidsopdracht verwezen naar paragraaf 3.2.2, in het bijzonder het *Müller-arrest van het Europees Hof van Justitie*. De *Routekaart Aanbesteden* biedt op hoofdlijnen handvatten voor de praktijk.

4.3.2 VERDELING SCHAARSE RECHTEN

Toetsing

Zoals hiervoor is aangegeven, is een aanbestedingsplicht in geval van het verlenen van toestemming door een waterschap om een duurzaam energieproject mogelijk te maken niet aannemelijk. Hoewel geen sprake is van een overheidsopdracht, kan met betrekking tot het verlenen van toestemming in bepaalde situaties, zoals uitgewerkt in paragraaf 3.3.3. van hoofdstuk 3, toch sprake zijn van verdeling van schaarse private rechten. In dat geval is een mededelingsplicht van

aanbestedingsrecht

schaarse private rechten

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

toepassing ten gevolge waarvan het waterschap een transparante verdeelprocedure moet organiseren. Ook de *Routekaart Schaarse Rechten* geeft hier op hoofdlijnen richting aan het waterschap.

4.3.3 PRAKTIJK WATERSCHAP

Voorbeeldprojecten

Bij het instrument toestemming in de vorm van bijvoorbeeld het beschikbaar stellen van eigen gronden, assets of bronnen ten behoeve van een duurzaam energieproject rekening moeten houden met het leerstukschaarse private rechten. Hoewel niet sprake is van een mededingingsnorm, kan er onder bepaalde omstandigheden sprake zijn van een plicht om een transparante verdeelprocedure in te richten. Ook als een dergelijke verplichting niet aan de orde is, zal een waterschap bij de toepassing van het instrument toestemming in juridisch opzicht alert moeten zijn op de volgende aandachtspunten.

- In de praktijk van een waterschap kan de inzet van het instrument toestemming het publiekrecht raken en daarmee ook de mogelijke inzetbaarheid van het instrument vergunning. In het licht van de zgn. doorkruisingsleer (ook 'tweewegenleer' genoemd) is in een concreet geval de inzet van het privaatrechtelijk instrument toestemming niet geoorloofd als dit op onaanvaardbare wijze een publiekrechtelijke regeling zou doorkruisen. Voor de praktijk van de waterschappen gaat het dan bijvoorbeeld om de Waterwet of de Keur. In de bestaande rechtspraak zijn een drietal criteria geformuleerd wanneer sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Voor de precieze inhoud hiervan wordt verwezen naar paragraaf 2.2.2 van hoofdstuk 2.
- In de praktijk van een waterschap kan ook – met verwijzing naar paragraaf 2.3.2 van hoofdstuk 2 – een samenloop plaatsvinden tussen het instrument toestemming en het instrument vergunning. Meestal zal dan de inzet van het instrument toestemming voorafgaan aan de inzet van het instrument vergunning. Is in deze situatie bij de toepassing van het instrument toestemming sprake van schaarse private rechten, zoals bedoeld in de vorige paragraaf, dan zal dit een mededingingsplicht voor het waterschap met zich meebrengen. Ten aanzien van de daaropvolgende vergunningverlening door hetzelfde waterschap kan niet zomaar geredeneerd worden dat het bij deze vergunningverlening niet meer kan gaan om schaarse publieke rechten, zoals bedoeld in paragraaf 4.2.2, omdat reeds bij de inzet van het instrument toestemming mededinging heeft plaatsgevonden. Het verdient aanbeveling voor waterschappen om in hun beleid de mogelijke gecombineerde inzet van het instrument toestemming en instrument vergunning op elkaar af te stemmen, dit met het oog op leerstuk schaarse rechten.

aandachtspunten

doorkruisingsleer

samenloop het instrument toestemming en het instrument vergunning

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Handreiking aanbesteden en schaarse rechten duurzame energieprojecten

Bij de volgende voorbeeldprojecten is (ter invulling van een faciliterende rol) sprake van de inzet door waterschappen van het instrument toestemming in de vorm van het ter beschikking stellen van een grondpositie of assets. In de bijbehorende projectfiches is zowel getoetst aan het aanbestedingsrecht, in het bijzonder aanbesteding van een overheidsopdracht, en het leerstuk schaarse (private) rechten.

Waterschap	Project	Techniek
Waterschap Amstel Gooi en Vecht	Samenwerking AEB (<i>vertrouwelijk</i>)	Biogas
Waterschap De Dommel	Spinderwind	Windenergie
Hoogheemraadschap Delfland	Warmtestation Harnaschpolder	Aquathermie (TEA)
Waterschap Brabantse Delta	Zonnepark RWZI Bath	Zonne-energie
Waterschap Rivierenland	Burgerzonneweide op RWZI	Zonne-energie

Bij de volgende voorbeeldprojecten is eveneens sprake van het instrument toestemming (ter invulling van een faciliterende rol van waterschappen) in de vorm van het ter beschikking stellen van een grondpositie of assets. Uit de bijbehorende projectfiches komt naar voren dat, hoewel niet sprake is van (i) een overheidsopdracht, als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012, of (ii) schaarse private rechten, de betreffende waterschappen hebben gekozen voor mededingingsprocedure op vrijwillige basis. Voor wat betreft de juridische spelregels voor het organiseren van vrijwillige mededinging wordt verwezen naar paragraaf 3.3.3 (vrijwillige mededinging).

Waterschap	Project	Techniek
Waterschap Rijn en IJssel	Waterkrachtcentrale Doesburg	Waterkracht
Waterschap Noorderzijlvest	Windturbines Oostpolderdijk	Windenergie

In de vorige paragraaf is ingegaan op Aquathermie en Zon op Water als praktijkvoorbeelden. Als eigenaar/bronbeheerder kan een waterschap een Aquathermieproject privaatrechtelijk faciliteren door de afnemer van warmte, zijnde een marktpartij en/of energiecoöperatie, toestemming te verlenen voor het onttrekken van warmte aan de bron. Ook in geval van een Aquathermieproject zal het waterschap er op moeten letten dat niet alleen de toetsing van het leerstuk schaarse private rechten – onder bepaalde omstandigheden – kan leiden tot een transparante verdeelprocedure, maar ook de toetsing van het leerstukschaarse publieke rechten (onttrekkingsvergunning en/of lozingsvergunning) op zijn minst het leerstuk schaarse publieke rechten raakt. Kortom, voor Aquathermie, en wellicht ook andere duurzame energieprojecten, geldt dat zowel het faciliteren in de vorm van publiekrechtelijk instrumentarium (vergunning of ontheffing) als het privaatrechtelijk instrumentarium (toestemming) in een zekere samenhang beleidsmatig moet worden gecoördineerd. In dit verband wordt verwezen naar de volgende projectfiches.

mededingingsprocedure op vrijwillige basis

Aquathermieproject

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Waterschap	Project	Techniek
Hoogheemraadschap Delfland	Samenwerking Dunea	Aquathermie (TEO)
Hoogheemraadschap Rijnland	Aquathermie Katwijk Hoornes	Aquathermie (TEO)
Hoogheemraadschap Rijnland	Aquathermie Nieuween	Aquathermie (TEA)
Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard	Aquathermie Rivium	Aquathermie (TEA)
Waterschap Brabantse Delta	Aquathermie TEO	Aquathermie (TEO)

Energiecoöperaties

In bepaalde hiervoor genoemde voorbeeldprojecten zijn naast de lokale overheden en marktpartijen ook lokale energiecoöperaties betrokken. In het geval bij het enkel toestemming verlenen, bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van een grondpositie of assets, schaarse private rechten aan de orde zijn, is een transparante verdeelprocedure vereist. Het verdient dan aanbeveling voor waterschappen om ter versterking van de positie van lokale energiecoöperaties bijvoorbeeld streven naar 50% lokaal eigendom als beoordelingscriterium te hanteren in verband met lokaal draagvlak. Hierbij wordt ten slotte opgemerkt dat op dit punt een waterschap ook structureel beleid moet formuleren om te voorkomen dat in de praktijk steeds opnieuw het wiel moet worden uitgevonden.

4.4 STUREN: CONTRACTEREN

4.4.1 AANBESTEDING OVERHEIDSOPDRACHT

Toetsing

Om ten behoeve van een duurzaam energieproject samen te werken met een marktpartij, waarbij de samenwerking verder gaat dan faciliteren en meer gericht is op sturing en daarmee het stellen van bepaalde verstrekkende voorwaarden, zal een waterschap doorgaans een contract moeten sluiten met deze marktpartij. Het gaat hier om de inzet van het instrument contracteren binnen het privaatrechtelijk handelingsperspectief. De inzet van dit instrument moet nadrukkelijk worden onderscheiden van het instrument toestemming, zoals in paragraaf 2.4.1 van hoofdstuk 2 nader is uitgelegd. Hoewel het instrument ook betrekking kan hebben op het sluiten van een contract met een marktpartij, is bij de inzet hiervan geen sprake van sturing en hierop gerichte verstrekkende contractvoorwaarden. Het instrument toestemming is dan ook faciliterend van aard. Hoewel binnen het privaatrechtelijk domein contractsvrijheid (ten aanzien van de contractspartner en contractuele voorwaarden) als juridisch uitgangspunt geldt, zal bij contracteren (om te sturen) rekening moeten worden gehouden met het aanbestedingsrecht. Met verwijzing naar paragraaf 3.2.2 van hoofdstuk 2 en de *Routekaart Aanbesteden* volgt namelijk, dat indien voldaan wordt aan de op grond van het *Müller-arrest* geldende vereisten voor het begrip overheidsopdracht er in principe sprake is van een aanbestedingsplicht. Wel kan uit intern of extern beleid, bijvoorbeeld de

privaatrechtelijk handelingsperspectief

aanbestedingsrecht

overheidsopdracht

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Gids Proportionaliteit, voortvloeien dat de betreffende overheidsopdracht toch nog via een vereenvoudigde aanbestedingsprocedure (in plaats van een Europese aanbesteding) op de markt zal moeten worden gezet.

Mocht een waterschap ten aanzien van een duurzaam energieproject willen sturen middels een te verlenen concessie aan een marktpartij, dit in de plaats van een overheidsopdracht, dan zijn de in de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerde Europese aanbestedingsregels voor concessieverlening eveneens van toepassing. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 3.2.4 (Special topic concessie). Na gunning van de concessie zal met de concessiehouder een concessieovereenkomst worden gesloten.

4.4.2 VERDELING SCHAARSE RECHTEN

Toetsing

Hiervoor is aangegeven dat een aanbestedingsplicht in geval van contracteren, dat in het bijzonder gericht is op sturing door een waterschap om een duurzaam energieproject mogelijk te maken, aan de orde zijn. Is dit niet het geval, omdat van het verstrekken van een overheidsopdracht (als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012) geen sprake is, dan kan evenals bij het instrument toestemming toch sprake zijn van verdeling van schaarse private rechten. Het gaat dan om bepaalde situaties, zoals uitgewerkt is in paragraaf 3.3.3 van hoofdstuk 3. In deze situatie is, gelet op de omstandigheden van het geval, een mededingingsplicht van toepassing ten gevolge waarvan het waterschap een transparante verdeelprocedure moet organiseren. In de *Routekaart Schaarse Rechten* is het voorgaande schematisch weergegeven.

4.4.3 PRAKTIJK WATERSCHAP

Voorbeeldprojecten

Paragraaf 4.3 heeft laten zien dat de praktijk van de waterschappen veel voorbeelden kent waarbij sprake is van een faciliterende opstelling van waterschappen. Dit doet er niet aan af dat er praktijkvoorbeelden beschikbaar zijn, waarbij het waterschap ter invulling van zijn rol meer sturing geeft aan de samenwerking met een marktpartij. Bij onderstaande duurzame energieprojecten is dit aan de orde geweest. Toetsing aan het aanbestedingsrecht (begrip overheidsopdracht) en eventueel daaropvolgend het leerstuk schaarse rechten (private rechten) heeft bij deze projecten (min of meer) plaatsgevonden.

concessie

schaarse private rechten

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

in bepaalde situaties mededingingsplicht

Waterschap	Project	Techniek
Waterschap Rivierenland	Smartpolder Vredenburg	Aquathermie (TEO)
Waterschap Noorderzijlvest	Fledderbosch (<i>vertrouwelijk</i>)	Zonne-energie
Waterschap De Stichtse Rijnlanden	TEO Utrecht Overvecht	Aquathermie (TEA)

In geval van schaarse private rechten kan in bepaalde situaties dus sprake zijn van een mededingingsplicht om een transparante verdeelprocedure in te richten. Ook als een dergelijke verplichting niet aan de orde is, zal een waterschap evenals bij de toepassing van het instrument toestemming in juridisch opzicht alert moeten zijn op de volgende aandachtspunten.

- In de praktijk van een waterschap kan de inzet van het instrument contracteren het publiekrecht raken en daarmee ook de mogelijke inzetbaarheid van het instrument vergunning. In het licht van de zgn. doorkruisingsleer (ook 'tweewegenleer' genoemd) is in een concreet geval de inzet van het privaatrechtelijk instrument contracteren niet geoorloofd als dit op onaanvaardbare wijze een publiekrechtelijke regeling zou doorkruisen. Voor de praktijk van de waterschappen gaat het dan bijvoorbeeld om de Waterwet of de Keur. In de bestaande rechtspraak zijn een drietal criteria geformuleerd wanneer sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Voor de precieze inhoud hiervan wordt verwezen naar paragraaf 2.2.2 van hoofdstuk 2.
- In de praktijk van een waterschap kan ook – met verwijzing naar paragraaf 2.3.2 van hoofdstuk 2 – een samenloop plaatsvinden tussen het instrument contracteren en het instrument vergunning. Meestal zal dan de inzet van het instrument contracteren voorafgaan aan de inzet van het instrument vergunning. Is in deze situatie bij de toepassing van het instrument contracteren sprake van schaarse private rechten, dan zal dit een mededingingsplicht voor het waterschap met zich meebrengen. Ten aanzien van de daaropvolgende vergunningverlening door hetzelfde waterschap kan niet zomaar geredeneerd worden dat het bij deze vergunningverlening niet meer kan gaan om schaarse publieke rechten, zoals bedoeld in paragraaf 4.2.2, omdat reeds bij de inzet van het instrument contracteren mededinging heeft plaatsgevonden. Het verdient aanbeveling voor waterschappen om in hun beleid de mogelijke gecombineerde inzet van de instrumenten contracteren en vergunning op elkaar af te stemmen, dit met het oog op leerstuk schaarse rechten.

Energiecoöperaties

Op sturing gerichte contractvoorwaarden van een waterschap kunnen – als overheidsopdracht – leiden tot een (Europese) aanbestedingsplicht dan wel – aan de hand van het leerstuk schaarse private rechten – leiden tot de eis van een transparante verdeelprocedure. Het verdient dan aanbeveling voor waterschappen om ten behoeve van lokaal draagvlak bindende beoordelingscriteria te hanteren (bijvoorbeeld streven naar 50% lokaal eigendom). Zo kan de positie van de lokale energiecoöperaties in mogelijke samenwerking met marktpartijen worden versterkt met het

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

oog op de mededinging. Deze aanbeveling geldt overigens ook voor een transparante verdeelprocedure op vrijwillige basis. In beide gevallen kan een waterschap niet 'een-op-een' contracteren met een energiecoöperatie.

4.5 STUREN: PARTICIPEREN

4.5.1 AANBESTEDING OVERHEIDSOPDRACHT

Toetsing

Een andere optie om binnen het privaatrechtelijk handelingsperspectief samen te werken met een marktpartij ten behoeve van de realisatie van een duurzaam energieproject betreft participeren, ook wel publiek-private samenwerking ('PPS') genoemd. Zoals reeds in sub paragraaf 3.2.4 (Special topic Aanbesteden en PPS) is aangegeven, zullen waterschappen bij deze samenwerkingsoptie, die resulteert in de oprichting van een aparte entiteit of vennootschap, rekening moeten houden met het aanbestedingsrecht. Mocht de gewenste PPS gecombineerd wordt met een door het waterschap te verstrekken overheidsopdracht (voor werken) of een concessie aan de te selecteren PPS-entiteit, dan is in beginsel een Europese aanbestedingsplicht aan de orde. Dit betekent dat de te selecteren marktpartij waarmee de privaat-publieke samenwerking zal worden aangegaan en de te verstrekken overheidsopdracht in één Europese aanbestedingsprocedure kunnen worden gecombineerd. Zie in dit verband ook de *Routekaart Aanbesteden*.

Van belang is tot slot op te merken dat waterschappen bij publiek-private samenwerking erop bedacht dienen te zijn, dat de PPS-entiteit (vennootschap of andere rechtsvorm) zelf onder bepaalde voorwaarden ook als een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet 2012 moet worden aangemerkt. Dit is meer in het bijzonder aan de orde als de PPS-entiteit als een zogeheten publiekrechtelijke instelling moet worden gekwalificeerd. Voor het hebben van de status van 'publiekrechtelijke instelling' moet volgens het aanbestedingsrecht worden voldaan aan drie volgende cumulatieve eisen:

- de instelling is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan die van industriële of commerciële aard;
- de instelling beschikt over rechtspersoonlijkheid; en
- ofwel de activiteiten worden in hoofdzaak door één of meer aanbestedende diensten gefinancierd.
- ofwel het beheer is onderworpen aan het toezicht door één of meer aanbestedende diensten gefinancierd.
- ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan is voor meer dan de helft door één of meer aanbestedende diensten benoemd.

aanbestedingsrecht

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

schaarse private rechten

Voldoet een PPS-entiteit aan de eerste twee eisen en over tenminste één van de andere drie criteria, dan moet deze entiteit worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke instelling en is daarmee een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet 2012.

4.5.2 VERDELING SCHAARSE RECHTEN

Toetsing

Van verdeling van schaarse private rechten kan in het kader van een beoogde PPS sprake zijn als een door een waterschap af te sluiten contract aan de orde is, waarvan de inhoud niet als een door een waterschap te verstrekken overheidsopdracht (of concessie) kan worden gekwalificeerd. In dit geval kan uitsluitend onder bepaalde omstandigheden sprake zijn van een mededingingsplicht voor een waterschap, die het inrichten van een transparante selectieprocedure met zich meebrengt. Dit wordt nader uitgewerkt in paragraaf 3.3.3 van hoofdstuk 3. Tevens wordt verwezen naar de *Routekaart Schaarse Rechten*.

4.5.3 PRAKTIJK WATERSCHAP

Voorbeeldprojecten

In de praktijk van de waterschappen zijn een aantal duurzame energieprojecten te definiëren als publiek-private samenwerking (zie hieronder). In alle gevallen heeft geen transparante selectieprocedure plaatsgevonden, omdat aannemelijk is dat er als eerste toets geen sprake is van een aan te besteden overheidsopdracht (dan wel een te verlenen concessie). In aansluiting hierop lijkt er – als tweede toets – geen sprake te zijn geweest van schaarse (private) rechten. In dit verband wordt er voor de volledigheid op gewezen dat een waterschap met het oog op de inzet van het PPS-instrument ook op vrijwillige basis een transparante selectieprocedure kan overwegen. In het hieronder vermelde project Windpark Hanze heeft wat betreft de beoogde PPS-partner (voorafgaand aan de definitieve samenwerking) een openbare bekendmaking op vrijwillige basis plaatsgevonden.

Waterschap	Project	Techniek
Waterschap Vallei en Veluwe	Bio-energiecentrale Harderwijk	Biogas
Waterschap Zuiderzeeland	Windpark Hanze	Windenergie
Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier	Overnemen windmolens Kennemerwind	Windenergie
Waterschap Hollandse Delta	Samenwerking HVC	Divers

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Energiecoöperaties

Mocht de gewenste inzet van publiek-private samenwerking (PPS) op basis van kwalificatie van overheidsopdracht dan wel concessie leiden tot een (Europese) aanbestedingsplicht of aan de hand van het leerstuk schaarse private rechten tot de eis van een transparantie selectieprocedure, dan verdient het ook bij de inzet van PPS aanbeveling voor waterschappen om beleid te formuleren om de positie van lokale energiecoöperaties te versterken, in het bijzonder als het gaat om bindende beoordelingscriteria over lokaal eigendom.

4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF

4.6.1 AANBESTEDING OVERHEIDSOPDRACHT

Toetsing

Contracteren en participeren zijn met name de instrumenten om in samenwerking met een marktpartij en/of lokale energiecoöperatie sturing te geven aan duurzame energie-projecten. Een waterschap heeft ook de mogelijkheid om – vanuit het privaatrechtelijk handelingsperspectief – de realisatie en exploitatie van een duurzaam energieproject volledig in eigen hand te nemen. In de situatie waarin een waterschap er voor kiest het ‘zelf te doen’, dan is van het verstrekken van een overheidsopdracht als bedoeld in het aanbestedingsrecht geen sprake. Het aanbestedingsrecht is hierdoor niet van toepassing. In dit verband wordt ter nadere toelichting verwezen naar paragraaf 3.2.4 (Special topic Inbesteden en quasi-in-house opdrachten) van hoofdstuk 3.

In het kader van het in eigen hand nemen van een duurzaam energieproject is het voor een waterschap ook te overwegen deze activiteiten op afstand te zetten van de hoofdtaken van het waterschap door middel van het oprichten van een zogeheten overheidsbedrijf. Mocht voor deze route worden gekozen, dan moet het waterschap (als aanbestedende dienst) wel rekening houden met de aanbestedingsregels, dit gelet op het verstrekken van een overheidsopdracht (voor werken, diensten of leveringen) door het waterschap aan het eigen overheidsbedrijf. In principe geldt ook voor het verstrekken van een dergelijke overheidsopdracht een Europese aanbestedingsplicht. Echter, als voldaan wordt aan de voor ‘quasi-in-house’-opdrachten geldende criteria, zoals beschreven in paragraaf 3.2.4 (Special topic Inbesteden en quasi-in-house opdrachten) van hoofdstuk 3, is een aanbestedingsplicht niet aan de orde.

In aansluiting op het aspect ‘quasi-in-house’-opdrachten is het van belang het volgende op te merken. Ten eerste, bij de oprichting van een eigen overheidsbedrijf zal een waterschap erop bedacht moeten zijn dat dit bedrijf (vaak een vennootschap) vanwege de overheersende overheidsinvloed ook als een aanbestedende dienst of – met verwijzing naar paragraaf 3.2.4 (special topics) van hoofdstuk 3 – speciaal sectorbedrijf in de zin van de Aanbestedingswet 2012 kan

overheidsbedrijf

quasi-in-house’-opdrachten

**aanbestedende dienst
speciaal sectorbedrijf**

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Wet Markt en Overheid

worden aangemerkt. Om deze reden is het overheidsbedrijf bij het mogelijk verstrekken van een opdracht zelf gebonden aan aanbestedingsregels. Ten tweede, een waterschap moet rekening houden met de toepassing van de Wet Markt en Overheid, die onderdeel is van de Mededingingswet. De Wet Markt en Overheid bevat een aantal gedragsregels waaraan een overheidsbedrijf zich dient te houden als het marktactiviteiten, als bedoeld in de Mededingingswet, verricht. Deze wettelijke gedragsregels gelden overigens ook als het waterschap geen overheidsbedrijf opricht, maar zelf de markt betreedt met bijvoorbeeld de levering van biogas. Voor meer informatie over de Wet Markt en Overheid wordt verwezen naar onderstaande bronnen.

Meer informatie:

- [Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen, Berenschot 2017](#)
- [Juridisch kader Aquathermie, Speelruimte voor de praktijk, Stowa 2019](#)

4.6.2 VERDELING SCHAARSE RECHTEN

Toetsing

In bepaalde situaties geldt bij de verdeling van een schaars privaat recht, die niet als een overheidsopdracht als bedoeld in het aanbestedingsrecht kan worden gekwalificeerd, een mededingingsplicht (in de vorm van een transparante verdeelprocedure op grond van bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze omstandigheden zijn opgesomd in paragraaf 3.3.3 van hoofdstuk 3. In het geval een waterschap in de praktijk de realisatie en exploitatie van een duurzaam energieproject in eigen hand neemt, al dan niet door middel van het oprichten van een eigen overheidsbedrijf, dan is niet aannemelijk dat één van situaties zich zal voordoen. Schaarse private rechten lijken dus vooralsnog geen rol te spelen bij het instrument zelf investeren, inclusief het oprichten van een eigen overheidsbedrijf. Het belang van toetsing aan het leerstuk schaarse private rechten zal in de praktijk vooral van belang zijn bij de instrumenten toestemming en contracteren. Dit vooral, omdat deze instrumenten in de praktijk op samenwerking met een marktpartij en/of een energiecoöperatie, zijn gericht.

4.6.3 PRAKTIJK WATERSCHAP

Voorbeeldprojecten

In de praktijk van een waterschap zijn een aantal duurzame energieprojecten aan te wijzen, waarbij het waterschap de realisatie en exploitatie van deze projecten in eigen hand heeft genomen. In een aantal gevallen zijn deze activiteiten door middel van een eigen overheidsbedrijf op afstand geplaatst dan wel zijn de activiteiten in een publiek-publieke samenwerking ondergebracht. In een aantal gevallen is van de oprichting van een eigen overheidsbedrijf geen sprake.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Waterschap	Project	Techniek
Waterschap Hollandse Delta	Samenwerking HVC	Divers
Waterschap Vallei en Veluwe	Windpark Lorentz	Windenergie
Waterschap Rijn en IJssel	Windpark Zutphen en Duiven	Windenergie
Waterschap Hollandse Delta	Nieuwe Sanitatie Strandeiland	Aquathermie (TEA)
Hoogheemraadschap Rijnland	Influent Velsen en Urk	Aquathermie (TEA)
Hoogheemraadschap Rijnland	Biogas auto's zwembad De Vliet	Biogas
Waterschap Vechtstromen	Energiefabriek Hengelo	Biogas
Waterschap Hollandse Delta	Groen Gas Delfland	Groen gas

Energiecoöperaties

Een waterschap kan ervoor kiezen om de realisatie en exploitatie van een duurzaam energieproject in eigen hand te nemen, zoals blijkt uit bovenstaande projecten. Deze opstelling, die niet gericht is op samenwerking met derden of marktpartijen, betekent voor de praktijk dat lokale energiecoöperaties geen rol spelen.

4.7 STUREN: FINANCIEREN

4.7.1 AANBESTEDING OVERHEIDSOPDRACHT

Toetsing

De realisatie van duurzame energieprojecten brengt in het algemeen aanzienlijke investeringen met zich mee, ook voor waterschappen. Een waterschap kan vanuit privaatrechtelijk handelingsperspectief besluiten om een duurzaam energieproject financieel te ondersteunen. Het enkel financieel ondersteunen, bijvoorbeeld om de onrendabele top van een project te dichten, raakt niet de aanbestedingsregels. Van het vertrekken van een overheidsopdracht, als bedoeld in het aanbestedingsrecht, is immers geen sprake. Wel moet door het waterschap beoordeeld worden of het financieel stimuleren van een duurzaam energieproject – naast het eigen financiële beleid en bijbehorende voorwaarden – in juridisch opzicht past binnen de Europese staatssteunregels. Heeft financiering in strijd met deze regelgeving plaatsgevonden, dan zal deze financiering moeten worden teruggevorderd. Het staatssteunrecht wordt niet inhoudelijk behandeld in deze handreiking. Hiervoor wordt verwezen naar onderstaande informatiebronnen.

Meer informatie:

- Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen, Berenschot 2017
- Juridisch kader Aquathermie, Speelruimte voor de praktijk, Stowa 2019

aanbestedingsrecht

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

schaarse private rechten

4.7.2 VERDELING SCHAARSE RECHTEN

Toetsing

Het leerstuk schaarse private rechten kan van toepassing zijn op het financieren van een duurzaam energieproject door een waterschap als er in de praktijk samenhang is met de instrumenten toestemming of contracteren. Met verwijzing naar paragraaf 3.3.3 van hoofdstuk 3 kan immers in bepaalde situaties worden aangenomen dat een transparante verdeelprocedure moet worden gehouden. Deze mededelingsplicht vloeit voort uit de toepassing van bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Voor de volledigheid wordt erop gewezen dat het financieren van een duurzaam energieproject ook vanuit publiekrechtelijk handelingsperspectief kan plaatsvinden in de vorm van subsidieverlening. Ter uitvoering van een bepaalde (publiekrechtelijke) subsidieregeling ten behoeve van het realiseren van duurzame energieprojecten kunnen partijen, bijvoorbeeld een marktpartij en/of energiecoöperatie, een aanvraag indienen. Met verwijzing naar paragraaf 3.3.2 van hoofdstuk 3 kan in deze situatie geredeneerd kunnen worden dat een mededingingsnorm van toepassing is.

4.7.3 PRAKTIJK WATERSCHAP

Voorbeeldprojecten

Het is voor de praktijk van de waterschappen van belang erop te wijzen dat het financieren van een duurzaam energieproject ook onderdeel kan zijn van een met een marktpartij gesloten overeenkomst en/of PPS, die kan worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht (of concessieovereenkomst) of schaars privaatsrecht. Is dit in de praktijk aan de orde, dan kan – met verwijzing naar paragraaf 4.4 (contracteren) en paragraaf 4.5 (participeren) – een Europese aanbestedingsplicht respectievelijk een eis van mededinging in de vorm van een transparante verdeelprocedure aan de orde zijn. Zie in dit verband het volgende voorbeeldproject. Dit project is relevant, omdat er sprake is van een PPS-constructie als uitvloeisel van een tussen Waterschap Zuiderzeeland en Windpark Hanze gesloten samenwerkingsovereenkomst. Onderdeel van deze samenwerking is ook een (gedeeltelijke) financiering vanuit het waterschap.

Waterschap	Project	Techniek
Waterschap Zuiderzeeland	Windpark Hanze	Windenergie

Energiecoöperatie

Waterschappen kunnen op zich vanuit privaatrechtelijk handelingsperspectief besluiten om een duurzaam energieproject financieel te stimuleren, mits het Europese staatssteunrecht hiervoor ruimte biedt. Dit geldt ook voor een project, waarbij alleen, of in samenwerking met een marktpartij,

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

een lokale energiecoöperatie is betrokken. Is in samenhang met deze (voorgenomen) financiering mogelijk sprake van een overeenkomst met de energiecoöperatie, die als een overheidsopdracht (of concessie), als bedoeld in het aanbestedingsrecht of een te verlenen schaars privaat recht moet worden gekwalificeerd, dan moeten waterschappen er zeer alert op te zijn dat één-op-één financiering aan een energiecoöperatie kan worden belemmerd door een Europese aanbestedingsplicht (in verband met de aanbesteding van de overheidsopdracht) of een mededingingsplicht (in verband met de verdeling van het schaars privaat recht).

4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

4.8.1 AANBESTEDING OVERHEIDSOPDRACHT

Toetsing

Met verwijzing naar paragraaf 2.5 kan een waterschap met betrekking tot een duurzaam energieproject ook sturen op samenwerking met een marktpartij en/of energiecoöperatie door middel van het via een contract verkopen of inkopen (afnemen) van bijvoorbeeld duurzaam opgewekte elektriciteit, biogas, warmte onttrokken aan oppervlaktewater. Wat betreft verkopen (als instrument) gaat het om door het waterschap zelf of het eigen overheidsbedrijf duurzaam opgewekte product. Deze activiteit valt buiten de kaders van het (Europese) aanbestedingsrecht, omdat een door het waterschap te verstekken overheidsopdracht inzake een werk, levering of dienst niet aan de orde is. Bij het instrument verkopen staat contractsvrijheid voorop en is van een op het waterschap rustende aanbestedingsplicht geen sprake. Wel dient het verkopen als een economische activiteit te worden beschouwd waarop de hiervoor al genoemde Wet Markt en Overheid van toepassing is. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 4.6.1, in het bijzonder de tweede alinea en de aansluitend vermelde informatiebronnen.

Tegenover het verkopen aan derden staat – met verwijzing naar paragraaf 2.4.5 van hoofdstuk 2 – het inkopen (of afnemen) door een waterschap van bijvoorbeeld duurzaam opgewekte elektriciteit en/of zgn. Garanties van Oorsprong (GVO's) ten behoeve van het verduurzamen van het eigen energieverbruik. Op de inkoop (als instrument) van zowel duurzaam opgewekte energie als de afname van GVO's geldt een aanbestedingsplicht, omdat in beide gevallen sprake is van een overheidsopdracht voor levering. Boven de geldende drempelwaarde geldt een Europese aanbestedingsplicht. Onder deze drempel kan een vereenvoudigde aanbesteding gelden. Het is op dit punt raadzaam voor een waterschap het eigen aanbestedingsbeleid te raadplegen. Het vorenstaande betekent dat een waterschap in geval van duurzame opwek door een marktpartij en/of energiecoöperatie op eigen grond of assets in principe niet zonder aanbesteding de beschikbare GVO's kan afnemen.

verkopen

inkopen (of afnemen)

afname van GVO's

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

aandachtspunten

schaarse private rechten

Bij de aanbesteding van een overheidsopdracht voor het afnemen van GVO's gelden de volgende relevante aandachtspunten:

- Het afnemen van GVO's door een waterschap kan niet los worden gezien van zijn eigen inkoopcontract. Als een waterschap zijn eigen energieverbruik wil verduurzamen middels het afnemen van GVO's moet zijn inkoopcontract betrekking hebben op grijze stroom.
- Een waterschap moet duidelijk het verschil duiden tussen zelf opwekken (bijdrage aan energieneutraliteit) en het aankopen van GVO's (bijdrage aan klimaatneutraliteit, vermindering van de CO₂-footprint).
- Het aankopen van GVO's moet duidelijk worden geregistreerd via een account bij CertiQ (www.certiq.nl).

4.8.2 VERDELING SCHAARSE RECHTEN

Toetsing

In geval van toepassing van de instrumenten toestemming, contracteren en PPS is toetsing aan het leerstuk schaarse private rechten van belang i.v.m. rechtmatig handelen van waterschappen bij duurzame energieprojecten. Het leerstuk schaarse private rechten, zoals nader uitgewerkt is in paragraaf 3.3 aan de hand van de geldende rechtspraak, speelt bij het verkopen dan wel inkopen (of afnemen) vooralsnog in de praktijk geen rol. Overigens is niet ondenkbaar dat bij verkoop van door een waterschap zelf geproduceerd biogas of restwarmte meerdere (bekende) gegadigden aan de orde kunnen zijn.

4.8.3 PRAKTIJK WATERSCHAP

Voorbeeldprojecten

In de praktijk van een waterschap zijn diverse voorbeeldprojecten voorhanden waarbij het leveren van duurzame energie, bijvoorbeeld biogas/groen gas, aan derden plaatsvindt. In veel gevallen gaat het daarbij om levering van door het waterschap zelf of een eigen overheidsbedrijf opgewekte duurzame energie, bijvoorbeeld in het kader van het bij enkele waterschappen toegepaste concept *Energie en Grondstoffen Fabriek*. In dit verband is hieronder het voorbeeldproject Energiefabriek Den Bosch opgenomen. In onderstaande lijst geldt het project Windpark Hanze als voorbeeld waarbij sprake is van het afnemen van duurzaam opgewekte elektriciteit en GVO's in het kader van de deelname van het waterschap een PPS-contractie ten behoeve van de realisatie en exploitatie van een windpark.

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON

Waterschap	Project	Techniek
Waterschap Aa en Maas	Energiefabriek Den Bosch	Biogas
Hoogheemraadschap Delfland	Groen Gas Delfland	Biogas
Waterschap Fryslân	Platform levering energie	Divers
Waterschap Zuiderzeeland	Windpark Hanze	Windenergie
Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier	Overnemen windmolens Kennemerwind	Windenergie

Energiecoöperatie

Met name bij de inkoop van duurzaam opgewekte energie of afnemen van GVO's zal een waterschap de aanbestedingsregels in acht moeten nemen. Het één-op-één (zonder in achtname van de aanbestedingsregels) verplicht inkopen van bijvoorbeeld duurzaam opgewekte elektriciteit van een lokale energiecoöperatie, die opereert op grond van of assets van het waterschap, is in strijd met de aanbestedingsregels. Er is dan in feite sprake van zgn. gedwongen winkelnering. Bij het opstellen van een duurzaam inkoopbeleid, in het bijzonder de formulering van de aanbestedingscriteria, kunnen waterschappen de positie van lokale energiecoöperaties versterken. Een aandachtspunt voor een waterschap met betrekking tot het eigen duurzaamheidsbeleid is om goed na te denken over lokaal eigendom van de duurzaam opgewekte energie. Het ambitieniveau op dit punt, bijvoorbeeld streven naar 50% lokaal eigendom, kan worden doorvertaald naar het eigen inkoopbeleid. Als praktijkvoorbeeld kan worden verwezen naar een gezamenlijke tender van de drie Brabantse waterschappen (Aa en Maas, Brabantse Delta en De Dommel) betreffende de inkoop en levering van duurzame energie voor minimaal 10 jaar. Uitkomst van deze recente tender is een samenwerking van 10 jaar met marktpartij Greenchoice. Naast de levering van elektriciteit heeft Greenchoice zich aanvullend verplicht om nieuwe energieparken in Brabant te ontwikkelen. Voorwaarde voor de realisatie van de energieparken is dat deze in samenwerking met de lokale omgeving worden gerealiseerd. Zo moet bij elk energiepark 50% lokale participatie worden toegepast.

Meer informatie:

- Zie [Brabantse waterschappen kopen samen groene stroom in](#) (contactpersoon Bregtje van de Wassenberg / bvcuijck@dommel.nl)

WOORD VOORAF

SCHAARSE RECHTEN EN AANBESTEDEN

INLEIDING

DEEL I

WEGWIJZER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- STAP 1. TOETS WETTELIJKE TAAK WATERSCHAP EN BELEIDSKADERS
- STAP 2. TOETS JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM
- STAP 3. TOETS JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN
- STAP 4. TOETS INSTRUMENTARIUM IN RELATIE TOT AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

DEEL II

1. JURIDISCH-BELEIDSMATIGE POSITIE WATERSCHAP

- 1.1 ROL WATERSCHAP IN DE ENERGIETRANSITIE
- 1.2 DUURZAME ENERGIEPROJECTEN
- 1.3 WETTELIJKE TAKEN WATERSCHAP
- 1.4 BELEIDSKADERS

2. JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF EN INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 2.1 INLEIDING
- 2.2 JURIDISCH HANDELINGSPERSPECTIEF
- 2.3 FACILITERENDE INSTRUMENTEN
- 2.4 STURENDE INSTRUMENTEN

3. JURIDISCH KADER AANBESTEDEN EN SCHAARSE RECHTEN

- 3.1 INLEIDING
- 3.2 AANBESTEDEN
- 3.3 SCHAARSE RECHTEN

4. JURIDISCHE TOETSING INSTRUMENTARIUM WATERSCHAP

- 4.1 INLEIDING
- 4.2 FACILITEREN: VERLENEN VERGUNNING
- 4.3 FACILITEREN: VERLENEN TOESTEMMING
- 4.4 STUREN: CONTRACTEREN
- 4.5 STUREN: PARTICIPEREN
- 4.6 STUREN: ZELF DOEN/OPRICHTEN EIGEN OVERHEIDSBEDRIJF
- 4.7 STUREN: FINANCIEREN
- 4.8 STUREN: VERKOPEN OF INKOPEN

COLOFON


COLOFON

De Handreiking Aanbesteden en Schaarse Rechten is opgesteld in opdracht van de Unie van Waterschappen.

AUTEURS

Jan Albert Timmerman – RenewabLAW
j.a.timmerman@renewablawn.nl

Durk Groenveld – Woodwater Legal
d.groenveld@woodwater.nl

Een concept versie van handreiking Aanbesteden en Schaarse Rechten is beoordeeld door prof. mr. dr. Johan Wolswinkel. Hij is als hoogleraar Bestuursrecht, Markt en Data verbonden aan de Tilburg University.

De auteurs danken verder de leden van de begeleidingsgroep van de Unie van Waterschappen voor hun waardevolle inbreng. De begeleidingsgroep

bestond uit de volgende leden:

Judith Kruidhof, Waterschap Drents Overijsselse Delta

Richard Moerman, Waterschap De Dommel

Nienke Oostermeijer, Waterschap Vallei en Veluwe

Ellen Boonen, Waterschap Zuiderzeeland

Anke van Houten, Unie van Waterschappen

Ina Elema, Unie van Waterschappen

De eindredactie van de handreiking Aanbesteden en Schaarse Rechten was in handen van Joep Mol (PlannenSmederij).

November 2021

BEZOEKADRES

Koningskade 40
2596 AA Den Haag
070 351 97 51
Nederland

POSTADRES

Postbus 93218
2509 AE Den Haag
Nederland

info@uvw.nl
www.uvw.nl