

Memo

| | |
|---------|--|
| Aan | Servicepunt Duurzame Energie Noord Holland Pieter Heesbeen gemeente Den Helder Mundel van Wezenbeek gemeente Den Helder Kathy Boomstra |
| Van | Flux Partners Eveline Bakker Flux Partners Ferdinand Talens |
| Datum | 11 augustus 2023 |
| Betreft | Notitie inrichting ontzorgingsprogramma isolatie |

Aanleiding

Gemeenten hebben via het Nationaal Isolatie Programma (NIP) gelden ontvangen voor de lokale aanpak isolatie. Deze gelden zijn bedoeld voor het stimuleren en de uitvoering van isolatiemaatregelen. De doelgroep hiervan zijn huiseigenaren van slecht geïsoleerde woningen. Een deel van de lokale aanpak isolatie gelden kan door gemeenten ingezet worden voor subsidiëren van grote isolatiemaatregelen.

Gemeenten zijn op zoek naar partijen die de regeling voor hen kunnen uitvoeren en huiseigenaren kunnen assisteren bij de administratieve afhandeling. Bij de begeleiding van de bewoner door de betreffende marktpartij ligt de focus op volledige ontzorging (waaronder adviseren, begeleiden van subsidieaanvragen, selectie en keuze van marktpartijen die offertes aanbieden of mogelijk zelfs de werkzaamheden verrichten, afhandeling van de subsidieaanvragen, overnemen van voorfinanciering van de maatregelen).

Vraagstelling

Bij het vormgeven van de samenwerking tussen gemeenten en marktpartijen, is de vraag opgekomen op welke manier de aanbesteding van de marktpartij het beste kan worden ingericht. Via het Servicepunt Duurzame Energie Noord-Holland is Flux Partners gevraagd hierover te adviseren. Het doel is om de samenwerking in lijn met de aanbestedingswet en leidende staatssteunprincipes in te richten.

Samenvatting analyse en conclusie

Op basis van de structuur hebben we een aantal juridische knelpunten geïdentificeerd. De vraag is op welke manier de aanbestedingsprocedure moet worden ingericht en in het verlengde daarvan is de vraag op welke manier het (indirecte) staatssteunrisico kan worden voorkomen.

De strekking van de notitie is dat beide vragen het beste over de band van het aanbestedingsrecht opgelost kan worden. Daarvoor bestaan een aantal mogelijkheden die we in deze notitie hebben beschreven.

- Dit kan door een aanbesteding te doen voor een consortium, waarbij een ontzorgers zich gezamenlijk met (enkele) isolatiebedrijven inschrijft. Echter, deze vorm lijkt niet goed aan te sluiten op de behoeften van de markt. Van opdrachtgever begrijpen wij dat uitvoerders zich niet langjarig willen committeren aan een dergelijke gestructureerde samenwerking.

- Een andere mogelijkheid is een aanbestedingsprocedure voor een intermediair, waarbij de 'derde' (isolatiebedrijven) voor de inschrijver in de aanbestedingsprocedure nog onbekend zijn. Dat kan wanneer bij de aanbesteding niet geëist wordt dat alle derden een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) ondertekenen als onderdeel van de inschrijving.

Het is bij deze twee mogelijkheden van belang om te beseffen dat een gemeente de wijze van inschrijving niet kan voorschrijven. Het is aan de inschrijver om te bepalen op welke wijze de inschrijving plaatsvindt, ofwel in consortium ofwel met een onder-aannemingconstructie.

- Tot slot de mogelijkheid om de aanbestedingsprocedure vorm te geven op een manier die lijkt op een brokerdienst. Bij een dergelijke aanbesteding is het van belang om een inkoopprocedure met een duidelijke beoordelingsmethodiek in de aanbesteding mee te nemen (of op te laten stellen door de inschrijvende partijen). Via deze weg wordt er een bepaalde mate van concurrentie gegarandeerd. Wel is het belangrijk om te beseffen dat deze vorm nog niet getoetst is binnen een aanbesteding als deze. De aanbesteding dient dus met zorg ingericht te worden.

Van belang is dat de subsidiebetaling aan individuele personen geen staatssteunrisico's opleveren. In de Regeling is een latent staatssteunrisico beschreven voor Verenigingen van Eigenaren. Dat risico kan worden opgelost door bij de subsidieverstrekking een De-minimisverklaring voor te schrijven.

Voor wat betreft het risico van indirecte staatsteun aan isolatiebedrijven moet de oplossing worden gevonden in de aanbestedingsprocedure. Over het algemeen geldt dat het aanbestedingsrecht het middel is om staatssteunrisico's te voorkomen. Immers heeft concurrentiestelling plaatsgevonden en kan niet gesproken worden van een selectief voordeel.

Om de structuur staatssteunproof in te richten resteert slechts een hypothetische mogelijkheid. In de praktijk biedt deze oplossing geen soelaas. Deze mogelijkheid is inrichting over de band van de De-Minimisverklaring. Dat betekent dat deze bedrijven tot een maximum van EUR 200.000 aan steun in drie belastingjaren mogen ontvangen. Gelet op de samenstelling van de markt (beperkt aanbod van isolatiebedrijven) is het aannemelijk dat dit maximale steunbedrag al snel wordt overschreden.

De meest geschikte en effectieve vorm voor het beperken van ordeningsrisico's is de aanbestedingsprocedure waarbij de ontzorgers samen met een of meer isolatiebedrijven inschrijft. Blijkt dat onmogelijk, dan kan gekozen worden voor een inrichting in lijn met de brokerdienst. In beide gevallen adviseren wij aandacht te besteden aan de exacte inrichting en de aanbestedingsstukken voor publicatie door een jurist te laten toetsen.

Voor een nadere uitleg en analyse verwijzen wij graag naar de rest van de notitie.

Analyse

Bij de start van de analyse en de regeling identificeren we twee mogelijke knelpunten: 1. De inrichting van de aanbestedingsprocedure in samenhang met de subsidieregeling (aangebestedingsproof) en 2. de vraag of de geldstromen bij de beoogde opzet rechtsgeldig kunnen worden georganiseerd (staatssteunproof).

We starten met een beschrijving van de regeling om te beoordelen of beide knelpunten zijn beschreven. Daarna staan we stil bij de beoogde inrichting. In paragraaf 3 behandelen we de aanbestedingsaspecten en in paragraaf 4 de staatssteunaspecten.

I. Beschrijving Nationaal Isolatieprogramma

De regeling strekt ertoe een specifieke uitkering aan gemeenten mogelijk te maken om slecht geïsoleerde woningen te verduurzamen in het kader van het Nationaal Isolatieprogramma (hierna: '**de regeling**')¹. Het betreft daarbij woningen van eigenaar-bewoners en woningen in gemengde verenigingen (= vereniging van eigenaars, woonvereniging of wooncoöperatie ten behoeve van gebouwen waarin zich ten minste één woning van een eigenaar-bewoner bevindt). Zonder overheidsingrijpen komt isolatie van woningen met onvoldoende snelheid tot stand. Dit kan voor eigenaar-bewoners gelegen zijn in de kosten van isoleren van de woning, maar ook in de complexiteit van het proces.

Het Nationaal Isolatieprogramma bestaat uit vier actielijnen. Actielijn 1 richt zich op de isolatie van 750.000 woningen van eigenaar-bewoners waarbij gemeenten bewoners ondersteunen. Daar is deze regeling op gericht. Deze actielijn van het Nationaal Isolatieprogramma is er op gericht juist eigenaar-bewoners die moeite hebben met het verduurzamen van hun woning te helpen via ondersteuning en extra financiële middelen naast al bestaande subsidies die voor alle woningeigenaren beschikbaar zijn (Investeringsubsidie duurzame energie en energiebesparing (ISDE) en de regeling Subsidie verduurzaming voor verenigingen Eigenaar (SVVE)). De activiteiten waar de gemeente deze specifieke uitkering aan kan besteden zijn opgenomen in artikel 2, tweede en derde lid. Deze activiteiten zijn enerzijds gericht op de uitvoering van isolatiemaatregelen en anderzijds op de begeleiding hierbij.

Daarbinnen heeft de gemeente de vrijheid over de wijze waarop deze middelen over de verschillende activiteiten worden verdeeld. Uitgangspunt daarbij is dat de inzet leidt tot één of meer isolatiemaatregelen (eventueel in samenhang met ventilatiemaatregelen) in het aantal woningen waarvoor de uitkering is verstrekt.²

Daarnaast is het goed om aan te geven dat in 2022 een deel van het beschikbare budget voor de lokale aanpak is beschikbaar gesteld.³ De grondslag van deze uitbetaling is een Specifieke Uitkering (SpUK).

In het navolgende bekijken we de inhoud van de regeling voor de periode vanaf 2023:

In de regeling wordt geen toelichting verstrekt over de wijze waarop de inrichting van de aanbesteding kan worden vormgegeven. Wel wordt aandacht besteed aan de term 'begunstigde'. Deze term wordt gehanteerd in het licht van het Europese staatssteun.

In de regeling worden gemeenten als begunstigden benoemd. De verantwoordingsinformatie blijft bijbehorende administratieve lasten vindt door hen plaats. Als uit de verantwoordingsinformatie blijkt

¹ Nationaal Isolatieprogramma. Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

<https://open.overheid.nl/documenten/ronl-a5cd77601450cc785896d67a48b883fbcfc3cf4c/pdf>

² Regeling SPUK Nationaal Isolatieprogramma. Minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening.

³ <https://www.volkshuisvestingnederland.nl/onderwerpen/aanpak-energiearmoede/documenten/publicaties/2022/07/26/blanco-wijziging-beschikking-middelen-aanpak-energiearmoede>

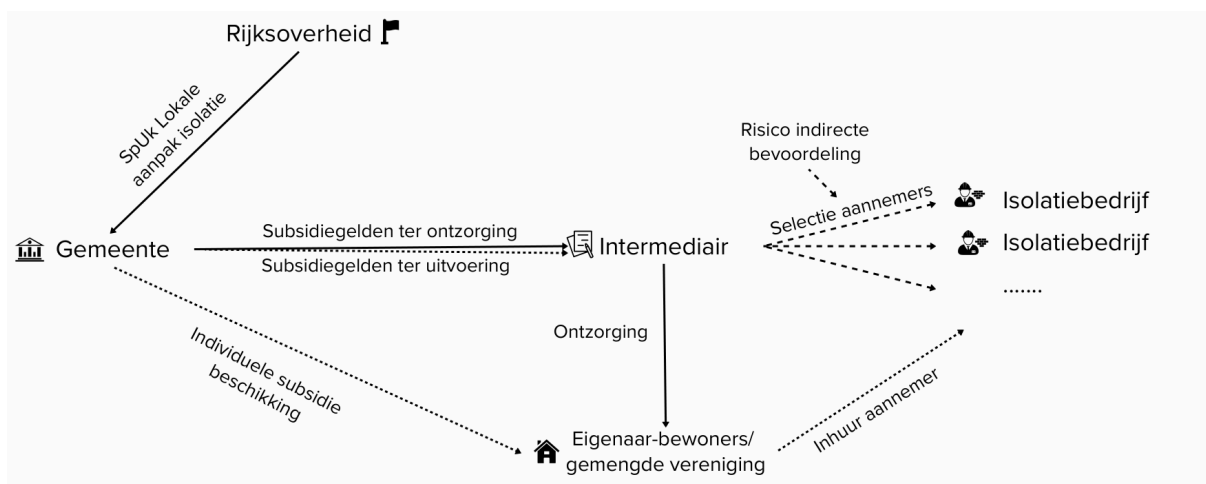
dat de uitkering niet volledig of onrechtmatig is besteed, kan de uitkering ter hoogte van het niet of onrechtmatig bestede deel worden teruggevorderd door de minister.

Daarnaast wordt een onderneming die steun ontvangt, in de regeling ook beschreven als een begunstigde. In het geval van bijvoorbeeld de-minimissteun dient deze onderneming zelf na te gaan hoeveel ruimte deze nog heeft om de-minimissteun te genieten.

II. Beoogde inrichting aanbesteding

Gemeenten hebben beperkt capaciteit om de regeling zelf uit te voeren. Mede om die reden zijn zij doende een aanbesteding in te richten waarmee een marktpartij de regeling kan uitvoeren op een manier waarbij zowel de bewoners-eigenaren als gemeenten worden ontzorgd. Er kan gediscussieerd worden over de aard en omvang van de opdracht, immers wordt de dienstverlening niet primair aan de aanbestedende dienst geleverd, maar juist ook aan derden. Echter, gelet is het doorlopen van een aanbestedingsprocedure een oplossing voor het risico van indirecte staatssteun aan isolatiebedrijven. Om die reden adviseren wij een (Europese) aanbestedingsprocedure te doorlopen.

De opdracht richting een marktpartij bestaat deels uit projectbegeleiding voor de ontzorging en coördinatie van de isolatiewerkzaamheden. De dienstverlening gericht op ontzorging (uitgevoerd door de intermediair) wordt Europees aanbesteed. Voor de uitvoering van de isolatiewerkzaamheden zoekt de marktpartij gecertificeerde isolatiebedrijven. Vervolgens zal de geldstroom tussen partijen als volgt vorm krijgen:



Afbeelding 1: Overzicht mogelijke geldstromen en grondslagen

De afbeelding geeft de geldstroom tussen de partijen weer. De gemeente ontvangt de gelden vanuit de overheid. De subsidiegelden ter ontzorging komen bij de intermediair terecht, die de gemeente ontzorgt en de eigenaar-bewoners begeleidt in het proces. Dit staat in principe vast en is daardoor weergegeven met een ononderbroken lijn. De geldstroom voor de subsidiegelden ter uitvoering van de isolatiemaatregelen loopt wat ingewikkelder. Hier zijn meerdere varianten mogelijk en daarom is dit weergegeven met een stippellijn. Deze gelden komen uiteindelijk terecht bij de isolatiebedrijven. De stroom van de individuele subsidie beschikking loopt officieel van de gemeente naar de eigenaar-bewoners/ gemengde verenigingen. Deze hebben na ondersteuning van de intermediair zelf de keuze om een isolatiebedrijf in te huren. Echter, in de praktijk zullen de isolatiebedrijven, geselecteerd door de intermediair ter ontzorging van de eigenaar-bewoners, het gros van de werkzaamheden uitvoeren. Daarnaast zal de intermediair mogelijk het totale subsidiebedrag beheren, waardoor er ook een stroom 'subsidiegelden ter uitvoering' van de gemeente naar de intermediair loopt.

De subsidiegelden ter uitvoering komen via de intermediair dus (indirect) terecht bij de geselecteerde isolatiebedrijven. Daar vindt het risico op bevoordeling plaats. Een nadere analyse is nodig voor het staatssteunproof inrichten van de regeling (paragraaf IV).

Bij de inrichting van deze aanbesteding is de vraag opgekomen of de subsidiegelden voor de uitvoering van de isolatiemaatregelen onderdeel moeten zijn van de aanbestedingsprocedure, onder meer bij het vormgeven van de opdracht aan de marktpartij (intermediair). Dat beschrijven we in onderdeel III.

III. Ontzorging aanbestedingsproof ingericht

Ten eerste is het van belang om te beschrijven of en wanneer een subsidie een aanbestedingsplichtige opdracht is. Het enkele feit dat de grondslag van subsidie gebruikt wordt voor het vormgeven van een geldstroom, maakt niet dat het Aanbestedingsrecht niet van toepassing is.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) heeft zich hierover uitgelaten in een uitspraak van 18 oktober 2018.⁴ Het aanbestedingsrecht is van toepassing bij een overeenkomst onder bezwarende titel. Volgens het Hof betreft dit een overeenkomst waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie. Het betrof in dit arrest een opdracht van een plaatselijke gezondheidsdienst en een ziekenhuis in Italië voor de levering van een specifiek geneesmiddel, gegund aan een privaatrechtelijke instelling. Enkel het vervoer van de medicijnen wordt vergoed door de ziekenhuizen, voor het leveren krijgt de instelling een subsidie van EUR 700.000 van de regionale overheid. Deze subsidie wordt niet meegenomen in de beoordeling of er bij deze opdracht sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. Het Hof oordeelt dat de subsidie van de regionale overheid wel meegenomen had moeten worden bij deze beoordeling. Dit leidt tot het oordeel dat hier inderdaad sprake is van een overheidsopdracht die had moeten worden aanbesteed.

In het geval van het ontzorgingprogramma verbindt de intermediair zich voor de uitvoering van de regeling en wordt daarvoor betaald. Daarmee is zij verplicht tot het uitvoeren van de activiteiten van het ontzorgingsprogramma. Naar ons oordeel is sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel.

Uit artikel 2.15 Aanbestedingswet volgt welke onderdelen meegenomen moeten worden bij de raming van een overheidsopdracht. Het basisonderdeel is de waarde van de opdracht voor de opdrachtnemer. Daarbij moet rekening worden gehouden met *alle* inkomsten voor die opdrachtnemer, ook als de inkomsten afkomstig zijn van derden. Duidelijk is dat het gaat om de totale inkomsten, niet slechts de marge die de intermediair maakt. De eventuele commissie die de intermediair ontvangt, dient ook te worden meegerekend. Gelet op de beschikbare gelden uit de regeling, leidt dat naar verwachting al snel tot overschrijding van de Europese aanbestedingsdrempel waardoor deze opdracht Europees aanbesteed moet worden. Dit kan anders zijn als de geldstroom voor de uitvoering van maatregelen uit de opgave wordt gehouden. Maar dat is voor berekenen van de juiste opdrachtwaarde niet de strekking van de Aanbestedingswet.

Dat kan gerealiseerd worden als de subsidieregeling ingericht wordt op de inwoner/eigenaar en de geldstroom ook direct richting de inwoner/eigenaar verloopt. Echter, zoals wij in afbeelding 1 weergeven, zit er ook een geldstroom tussen de intermediair en de isolatiebedrijven. De isolatiebedrijven zullen in de praktijk het gros van de werkzaamheden uitvoeren, en daar zal het subsidiebedrag ook terecht komen. Zelfs als de geldstroom voor de uitvoerende maatregelen direct van de inwoner/eigenaar naar de isolatiebedrijven loopt, ontstaat hier dus een risico op (indirecte) bevoordeling van de isolatiebedrijven. Voor het opstellen van deze notitie nemen wij dat tot uitgangspunt. Het advies voor de inrichting hiervan beschrijven we in onderdeel V.

⁴ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=206889&doclang=NL>

IV. Ontzorging staatssteunproof ingericht

Over het algemeen geldt de stelregel dat het uitvoeren van een aanbestedingsprocedure de eventuele staatssteunrisico's mitigeert. De gedachte is dat het bevragen van de markt leidt tot de beste aanbieding op inhoud. Bevoordeling van 1 of meer marktpartijen is dan niet aan de orde. Kortom: de beste remedie voor staatssteunrisico's is een aanbestedingsprocedure.

In de relatie tussen de gemeente en de intermediair levert dat geen problemen op. Er wordt een aanbestedingsprocedure doorlopen die leidt tot een winnende inschrijver. Daarmee is beperkt sprake van een selectieve bevoordeling van een marktpartij, en dus een beperkt (direct) staatssteunrisico.

Daarmee is de spreekwoordelijke kous nog niet af; er is een indirect staatssteunrisico dat geadresseerd moet worden. Dit indirecte risico bevindt zich bij de selectie van aannemers door de intermediair. Het is van belang dit risico te minimaliseren.

Staatssteun in perspectief

Aan de hand van vijf cumulatieve criteria is te bepalen of er sprake is van staatssteun. Decentrale overheden dienen steunverlening aan deze criteria te toetsen. Wanneer steunverlening voldoet aan deze criteria is er sprake van staatssteun.⁵ De criteria gesteld in artikel 107 lid 1 VWEU zijn:

1. De steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;
2. de steun wordt door staatsmiddelen bekostigd;
3. deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);
4. de maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen, een specifieke sector/regio;
5. de maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU.

Het uitgangspunt is dat het verboden is om staatssteun te verlenen, tenzij aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Wanneer de steunmaatregel voldoet aan de vijf criteria, moet deze maatregel aangemeld worden bij de Europese Commissie voordat de steun kan worden verleend. Wanneer we de structuur van het isolatieprogramma en bijbehorende geldstromen analyseren, dan kan getwijfeld worden over het ontbreken van het interstatelijke effect van de maatregel. Dit begrip is echter niet eenduidig in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie beschreven, en het is daarmee onzeker of gesteld kan worden dat om die reden geen sprake is van staatssteun.

Echter, er zijn enkele verordeningen vastgesteld op basis waarvan staatssteun vrijgesteld kan worden van de aanmeldingsverplichting. In dat geval hoeft er niet gewacht te worden op goedkeuring door de Europese Commissie. De twee mogelijke verordeningen voor deze regeling zijn de Algemene groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV) en de de-minimisverordening. Hieronder gaan we in op de mogelijke toepassing van deze twee.

AGVV

Bij het verlenen van staatssteun kan de gemeente overwegen om 1 van de uitzonderingen uit de AGVV te hanteren. Als wordt voldaan aan de strikte toepassing vanuit de AGVV kan de steun worden verstrekt, nadat deze bij de Europese Commissie is aangemeld. Sinds 22 juli 2023 geldt een nieuwe versie van de AGVV waarin steunmogelijkheden zijn verruimd. Het volledige artikel uit de AGVV wordt als bijlage 1 bijgesloten.

⁵ <https://europadecentraal.nl/onderwerp/staatssteun/criteria-staatssteun/>

Best passend lijkt artikel 38bis AGVV voor investeringssteun ten behoeve van energie-efficiënte maatregelen. Echter, na een nadere beschouwing past dit artikel niet op de situatie zoals beschreven. De AGVV gaat uit van cumulatieve vereisten. We bespreken drie vereisten waaruit blijkt dat dit artikel geen soelaas biedt:

1. De AGVV gaat uit van maatregelen die een meetbare energieverbetering opleveren (tenminste 10/20%). Deze eis is niet gesteld in de Regeling.
2. De AGVV gaat uit van vergoeding van slechts 30% van de in aanmerking komende kosten mag vergoeden. Uit de Regeling vloeit voort dat de isolatiemaatregelen geheel of grotendeels worden vergoed.
3. De steun kan worden toegekend aan de eigenaar of eigenaren van het gebouw of aan de huurder of huurders, afhankelijk van wie de opdracht geeft voor de energie-efficiëntiemaatregelen. Dit biedt geen oplossing voor steun aan isolatiebedrijven.

Kortom: de uitgangspunten van de regeling passen niet goed op de toepassing van de AGVV voor het indirecte staatssteunrisico aan isolatiebedrijven. Naar onze mening kan de AGVV niet gebruikt worden als rechtvaardiging van de eventuele steun.

De-minimisverordening

Het is mogelijk voor gemeenten om voor kleine bedragen gebruik te maken van de de-minimisverordening (Verordening (EU) Nr. 1407/2013) van de Europese Commissie. Daarbij kan aan ondernemingen over een periode van drie belastingjaren tot € 200.000 steun worden verstrekt die geacht wordt niet te kwalificeren als staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU. Steun die voldoet aan de voorwaarden uit de de-minimisverordening hoeft dan ook niet gemeld te worden bij de EC.

Het is belangrijk te beseffen dat elke onderneming die staatssteun ontvangt deze de-minimisverordening relevant is. Een eigenaar-bewoner is geen onderneming, dus dan is er geen sprake van staatssteun. Dat is wel het geval bij een verhuurder. Als een gemeente dus met behulp van deze specifieke uitkering een subsidieverordening openstelt die door een gemengde VvE kan worden aangevraagd (waarin naast koopwoningen waarin eigenaar-bewoners wonen ook verhuurwoningen zijn), zal de gemeente met betrekking tot die aanvrager de staatssteunregels moeten toepassen.

Belangrijk om te beseffen dat deze verordening cumulatief werkt. Deze subsidie dient dus gezamenlijk met andere vormen van steun zoals de ISDE, SVVE, of andere steunmaatregelen, binnen de periode van drie belastingjaren onder de € 200.000 te blijven.

Bij het inregelen van de subsidieregeling in combinatie met de aanbestedingsprocedure is het van belang om het (indirecte) steunrisico te minimaliseren. Dat kan het meest gemakkelijk wanneer de documentatie gebaseerd is op de De-minimisverordening. Echter, aangezien voor veel isolatiebedrijven de komende jaren een groot deel van de inkomsten vanuit dergelijke opdracht komt, is het mogelijk niet realistisch om onder het bedrag van de de-minimisverordening te blijven.

V. Specifiek inrichtingsadvies en voorbeelden

Iedere onderneming die direct of indirect een economisch voordeel verkrijgt door een steunmaatregel van de overheid, kan als ontvanger van staatssteun worden gekwalificeerd.⁶ Om indirecte bevoordeling van de isolatiebedrijven minimaal te houden is het van belang dat hier ook concurrentie

⁶ <https://europadecentraal.nl/praktijkvraag/hoe-voorkom-je-als-gemeente-ongeoorloofde-staatssteun-aan-derden/>

plaatsvindt. Het minimaliseren van het risico op indirecte bevoordeling kan op 3 mogelijkheden (of door een combinatie van maatregelen):

1. Consortium: Een aanbesteding waarbij de intermediair zich inschrijft samen met de isolatiebedrijven.
2. Inschakeling van derden/ brokerdienst: De intermediair doet zelf een inkoopprocedure voor de isolatiebedrijven.
3. De-minimisverklaring: Een de-minimisverklaring laten aanleveren door alle isolatiebedrijven die uitvoerend werk verrichten.

1. Consortium

Het is mogelijk om een aanbesteding te doen voor zowel de ontzorging als de uitvoering. De intermediair schrijft zich in dit geval gezamenlijk met enkele isolatiebedrijven in als consortium. Via deze weg vindt er ook direct concurrentie plaats op het uitvoeren van de isolatiemaatregelen en wordt indirecte bevoordeling van de isolatiebedrijven voorkomen. Het is hierbij wel belangrijk om erachter te komen in hoeverre isolatiebedrijven bereid zijn aan een dergelijke aanbesteding deel te nemen. Door een (informele) marktconsultatie kan hier vorm aan gegeven worden.

Via een eerste marktconsultatie van de gemeente Den Helder lijkt het erop dat isolatiebedrijven hier niet toe bereid zijn. Deze bedrijven komen om in het werk, willen zich niet langjarig committeren aan een consortium en kiezen er graag voor om ontzorgd te worden door een intermediair.

2. Inschakeling van derden/ brokerdienst

Vanuit aanbestedingsperspectief is de inschakeling van derden bij de uitvoering van een opdracht eenvoudig vorm te geven. Zoals hierboven benoemd kan een inschrijver dit doen door het vormen van een consortium waarmee gezamenlijk wordt ingeschreven. In de praktijk zien we het ook steeds vaker bij raamovereenkomsten of brokerdiensten. In die gevallen (vooral bij inhuur) is de 'derde' voor de inschrijver in de aanbestedingsprocedure onbekend. Bij een brokerdienst is er één partij, de broker (een intermediair), die de aanbestedende dienst volledig ontzorgt (in dit geval met betrekking tot de lokale aanpak isolatie). Brokerdienstverlening is – vooral bij inhuur – een veelgebruikte methode om te werken met een veelvoud aan opdrachtnemers.

Het aanbesteden van een brokerdienst levert in de basis geen problemen op. Over dit vraagstuk is wel geprocedeerd aangezien de structuur zich niet goed lijkt te verhouden met de beginselen van het aanbestedingsrecht.

Casus aanbesteding Managed Service Provider⁷: De aanbesteding voor een brokerdienst heeft bijvoorbeeld enkele jaren geleden geleid tot een kort geding, gebaseerd op een vergelijkbare vraag. Een partij heeft bezwaar gemaakt tegen een aanbestedingsprocedure waarbij volgens hen alleen de tussenpersoon (intermediair) op rechtmatige wijze is aanbesteed en niet de feitelijke inhuur van het personeel dat onder de raamovereenkomst zal plaatsvinden. De rechter is van mening dat alle voorwaarden die van toepassing zijn op de individuele opdrachten uitgebreid terug te vinden zijn in de aanbestedingsstukken. De prijzen zijn nagenoeg vastgesteld na de aanbesteding en bij de concrete opdrachtverlening zal alleen worden gegund op kwaliteit, namelijk "meest geschikt gelet op de aanvraag". Hierdoor zijn de criteria op basis waarvan de concrete opdrachten zullen worden gegund voldoende kenbaar en transparant.

⁷ <https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/grote-broker-aanbesteding-inhuur-personeel-rechtmatig/>

Zolang de voorwaarden voor het selecteren van de uitvoerende partijen duidelijk zijn vastgesteld, wordt er aan de aanbestedingswet voldaan. Om de naleving van de staatssteunregels en de aanbestedingswetgeving bij het inhuren van aannemers te waarborgen, is het belangrijk dat de gemeente en de ingehuurd partij de afspraken en voorwaarden duidelijk vastleggen in een contract of overeenkomst. Dit contract moet transparant zijn en de vereisten voor de selectie van aannemers bevatten, om ook hier een bepaalde mate van concurrentie te waarborgen. Ook dient dit contract de procedure voor de uitvoering van het werk en de vereiste rapportage en monitoring te bevatten. Door het contract op een transparante en duidelijke manier op te stellen, kan worden aangetoond dat de gemeente en de ingehuurd partij de regels van de staatssteun en aanbestedingswetgeving naleven.

Er dient in ieder geval rekening te worden gehouden met de prijs.

Casus aanbesteding inzake brokerdienstverlening voor ICT functies⁸: In een aanbesteding voor een raamovereenkomst met een intermediair (broker) is alleen gekeken naar de fees voor het zoeken en contracteren van derden. Hierdoor is er geen correcte invulling gegeven aan het criterium economisch meest voordelige inschrijving. Omdat de uurtarieven van de in te zetten professionals geen rol spelen bij de beoordeling van de inschrijvingen, kan niet op voorhand worden vastgesteld dat degene die in de aanbesteding de economisch meest voordelige inschrijver lijkt te zijn, bij de uitvoering van de raamovereenkomst ook daadwerkelijk de economisch meest voordelige inschrijver is.

We geven de volgende aanwijzingen mee:

- Let er bij de invulling van de gunningscriteria op dat de gekozen criteria er daadwerkelijk toe leiden dat de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding het best scoort. Zorg er daarbij voor dat in ieder geval de belangrijkste prijselementen in de beoordeling worden betrokken.
- Hanteer bij het beoordelen van de prijs altijd het uitgangspunt: hoe lager, hoe beter. Werk niet met gemiddelde of 'optimale' prijzen. Om 'prijsduiken' en manipulatief inschrijven tegen te gaan kan wel worden gewerkt met minimum- en maximumprijzen.
- Is het bij de aanbesteding van een raamovereenkomst niet mogelijk op voorhand alle prijselementen uit te vragen? Kies dan bij voorkeur voor een raamovereenkomst met meerdere partijen. Op die manier vindt de prijsvorming bij nadere opdrachten op grond van de raamovereenkomst altijd in concurrentie plaats.
- Ook is het van belang dat er onderbouwd wordt in de aanbestedingsstukken waarom niet-gelijksoortige opdrachten (ontzorging en inhuur/uitvoering) niet onnodig zijn samengevoegd.⁹

Zoals beschreven kan het risico op indirecte bevoordeling worden geminimaliseerd door voorwaarden voor de inkoop van de isolatiebedrijven in het contract op te nemen. Dit dient een transparante procedure te zijn, maar dit hoeft geen aanbestedingsprocedure te zijn. Wanneer de gemeente niet de inkoopprocedure voor de intermediair wil uitschrijven, is het ook mogelijk om deze onderdeel van de aanbesteding te maken. De inschrijvers dienen dan bijvoorbeeld een procesbeschrijving te maken voor het inkopen van de isolatiebedrijven, waarbij concurrentie gewaarborgd wordt. Ook dienen deze inschrijvers concreet te maken op welke manier deze procedure borging geeft aan het aanbestedingsrecht en staatsteun. Uiteindelijk dienen de aannemers met de beste prijs-kwaliteitsverhouding het best te scoren. Dit hoort het uitgangspunt te zijn bij de aanbesteding en hier dient veel aandacht aan besteed te worden. Door een duidelijke beoordelingsmethodiek in de aanbesteding mee te nemen (of op te laten stellen door de inschrijvers), wordt er een bepaalde mate van concurrentie gegarandeerd. Wel is het belangrijk om te beseffen dat deze vorm nog in ontwikkeling is. Een brokerdienst is nog niet in deze vorm getoetst op staatssteun. Des te meer dient de aanbestedingsprocedure voor een dergelijke vorm zorgvuldig in elkaar gestoken te worden.

⁸ <https://hetnic.nl/aanbesteding-van-brokerdiensten-kijk-niet-alleen-naar-de-fees/>

⁹ <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/adviezen/2014/12/03/advies-159>

Wanneer het niet lukt om staatssteun aan derde begunstigen te voorkomen, dient de steunmaatregel staatssteunproof te worden gemaakt. Zoals eerder beschreven biedt de de-minimisverordening hier een uitweg.¹⁰

3. De-minimisverklaring

Onderdeel van het contract kan zijn dat de intermediair alle partijen waarmee wordt gewerkt een de-minimisverklaring laat aanleveren.¹¹ Zolang de gelden voor deze ondernemingen over een periode van drie belastingjaren onder de € 200.000 blijft, wordt dit niet geacht als staatssteun.

Er is in de regeling bepaald dat de bijdrage voor energiebesparende isolatie- en energiezuinige ventilatiemaatregelen maximaal € 4.000 per woning bedraagt. Op deze wijze is bijvoorbeeld een maximaal aan woningen toe te kennen per isolatiebedrijf.

Wij adviseren, indien mogelijk, om van de aannemers (isolatiebedrijven) die het werk uitvoeren een De-minimisverklaring te vragen. Echter, door de cumulatieve werking van deze verordening is dit mogelijk een onrealistisch scenario. Het minimaliseren van het staatssteunrisico dient in dat geval dus middels één van de hierboven genoemde opties gerealiseerd te worden.

Raamovereenkomst

Aangezien deze aanbesteding bestaat uit kleine individuele isolatieopdrachten, ligt het voor de hand om deze aanbesteding met gebruik van een raamovereenkomst in te richten. Ook omdat de medewerking van particulieren onzeker is en daardoor de omvang en tijdsduur van deze opdracht niet vaststaat. Het is wel bekend welke activiteiten gaan plaatsvinden, maar het is niet bekend wanneer en in welke mate. Wij raden dus aan om het ontzorgingsprogramma als raamcontract aan te besteden, waarbinnen allerlei losse kleine opdrachten plaatsvinden (uitvoeren van isolatiemaatregelen voor eigenaar-bewoners).

Zowel bij de inrichting van de aanbesteding als brokerdienst of als consortium, vinden wij de keuze voor een raamovereenkomst het meest geschikt.

Andere voorbeelden ter inspiratie

Raamovereenkomst met twee brokers

Rijkswaterstaat heeft recentelijk een aanbesteding gepubliceerd voor de sourcing en levering van inhuurprofessionals inclusief brokerdienstverlening. Het betreft een raamcontract met twee opdrachtnemers. Het selecteren van de professionals wordt via de volgende weg gerealiseerd: "De behoefte aan een Inhuurprofessional wordt middels de Aanvraag gelijktijdig in een minicompetitie uitgezet bij beide Opdrachtnemers. Opdrachtgever stelt de Aanvraag op en verstrekt deze elektronisch aan de Opdrachtnemers. In de Aanvraag zal de kwalitatieve beoordelingsmethodiek bekend worden gemaakt en tevens het aantal voor te stellen Kandidaten (1 of 2). Beide Opdrachtnemers dienen binnen de gestelde termijn elektronisch een Nadere Offerte in, met hierin het gevraagde aantal geschikte Kandidaten. Opdrachtgever beoordeelt iedere aangeboden Kandidaat conform de eisen en wensen die in de Aanvraag zijn geformuleerd. De Kandidaat met de hoogste score is de Kandidaat die in aanmerking komt om ingezet te worden ter uitvoering van een Nadere Overeenkomst. Indien er sprake is van gelijke geschiktheid, is prijs doorslaggevend."¹²

¹⁰ <https://europadecentraal.nl/praktijkvraag/hoe-voorkom-je-als-gemeente-ongeoorloofde-staatssteun-aan-derden/>

¹¹ <https://www.dus-i.nl/documenten/publicaties/2018/06/07/de-minimisverklaring-cewin>

¹² <https://www.tenderned.nl/aankondigingen/overzicht/296638/documenten>

Rijkswaterstaat heeft gekozen voor een raamovereenkomst met meerdere partijen (2). Hierdoor vindt prijsvorming bij nadere opdrachten altijd in concurrentie plaats. Er worden bij elke aanvraag eisen en wensen gesteld voor het beoordelen van de kandidaten voor de specifieke functie. Ook beoordeelt en selecteert Rijkswaterstaat de kandidaten.

Aangezien het bij de lokale aanpak isolatie telkens gaat over dezelfde werkzaamheden ten behoeve van het uitvoeren van isolatiemaatregelen, is er hier geen sprake van nader te bepalen opdrachten en kan een kwalitatieve beoordelingsmethodiek direct worden gevormd tijdens de aanbesteding. Ook is er telkens sprake van kleine opdrachten, waardoor het mogelijk niet efficiënt is om voor elke aanvraag eisen en wensen op te stellen. Deze alternatieve vorm past naar ons oordeel dus niet goed in dit geval.

Europese aanbesteding voor de ondersteuning en uitvoering van energiebesparende maatregelen

De gemeente Oss doet (samen met andere gemeenten) een aparte Europese openbare aanbesteding voor de uitvoering van het programma 'de klusbus'. Dit omvat zowel ondersteuning en advies voor eigenaar-bewoners, als het uitvoeren van energiebesparende maatregelen.¹³ Er is dus één partij die zowel de ontzorgende partijen als de uitvoering van de maatregelen op zich neemt.

Voordeel is dat zowel de ondersteunende als de uitvoerende activiteiten direct worden meegenomen in de aanbesteding. Nadeel is dat er vanuit lokale en regionale partijen geen animo is om deel te nemen aan de aanbesteding. De uitvraag sluit onvoldoende aan bij de normale activiteiten, bouwbedrijven hebben nu al een volle orderportefeuille en/of hebben geen tijd om een nieuw aanbod te kunnen ontwikkelen.

In deze Europese aanbesteding zijn meerdere criteria opgenomen voor de uitvoerende activiteiten. Waaronder een criteria voor prijs (uurtarief en vaste kosten) en voor kwaliteit (plan van aanpak, effectiviteit, communicatie, MVO).

Via deze weg worden beide activiteiten (ontzorging + uitvoering) meegenomen in de aanbesteding. Echter, zoals aangegeven sluit deze vorm onvoldoende aan bij normale activiteiten en bouwbedrijven zijn hier vaak al te druk voor. Vandaar dat deze alternatieve vorm naar ons oordeel niet goed past in het geval van de onderhavige regeling. Wel kunnen dergelijke voorbeelden gebruikt worden voor het verkennen van een mogelijke inrichting van de inkoopprocedure voor isolatiebedrijven.

Mochten er naar aanleiding van deze notitie nog vragen of opmerkingen zijn, aarzel dan niet met ons contact op te nemen.

Met vriendelijke groet,

Eveline & Ferdinand
e.bakker@flux.partners | 06-39096064

* * *

¹³ <https://www.tenderned.nl/aankondigingen/overzicht/259558/documenten>

Bijlage 1:

Artikel 38bis AGVV - Investeringssteun voor energie-efficiëntiemaatregelen in gebouwen

1. Investeringssteun die ondernemingen in staat stelt energie-efficiëntie in gebouwen te behalen, is verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, van het Verdrag en is van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, van het Verdrag vrijgesteld, mits de in dit artikel en in hoofdstuk I vastgestelde voorwaarden zijn vervuld.

2. Op grond van dit artikel wordt geen steun toegekend voor investeringen om te voldoen aan Unienormen die zijn vastgesteld en van kracht zijn.

3. Op grond van dit artikel kan steun worden toegekend voor investeringen om te voldoen aan Unienormen die zijn vastgesteld maar nog niet van kracht zijn. Wanneer de relevante Unienormen minimumnormen inzake energieprestaties zijn, moet de steun worden verleend voordat de normen voor de betrokken onderneming bindend worden. In dat geval moet de lidstaat ervoor zorgen dat de begunstigden een nauwkeurig renovatieplan en -tijdschema indienen waaruit blijkt dat de gesteunde renovatie ten minste volstaat om de naleving van de minimumnormen inzake energieprestaties te garanderen. Wanneer de relevante Unienormen afwijken van de minimumnormen inzake energieprestaties, moet de investering ten minste 18 maanden vóór de inwerkingtreding van de Unienorm zijn uitgevoerd en voltooid.

4. Dit artikel is niet van toepassing op steun ten behoeve van warmtekrachtkoppeling en steun voor stadsverwarming en/of stadskoeling.

5. De in aanmerking komende kosten zijn de totale investeringskosten. De kosten die niet rechtstreeks verband houden met het behalen van een hoger niveau van energie-efficiëntie in het gebouw, komen niet in aanmerking.

6. De steun moet leiden tot een verbetering van de energieprestatie van het gebouw, gemeten in primaire energie, van ten minste: i) 20 % ten opzichte van de situatie vóór de investering in het geval van renovatie van bestaande gebouwen, of ii) 10 % ten opzichte van de situatie vóór de investering in het geval van renovatiemaatregelen met betrekking tot de installatie of vervanging van slechts één type onderdeel van een gebouw zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 9, van Richtlijn 2010/31/EU en deze gerichte renovatiemaatregelen niet meer dan 30 % vertegenwoordigen van het deel van het budget van de regeling dat bestemd is voor energie-efficiëntiemaatregelen, of iii) 10 % ten opzichte van de drempel die is vastgesteld voor de vereisten van bijna-energieneutrale gebouwen in nationale maatregelen ter omzetting van Richtlijn 2010/31/EU in het geval van nieuwe gebouwen. De initiële vraag naar primaire energie en de geraamde verbetering worden vastgesteld aan de hand van een energieprestatiecertificaat zoals gedefinieerd in artikel 2, punt 12, van Richtlijn 2010/31/EU.

7. De steun ten behoeve van de verbetering van de energie-efficiëntie van het gebouw kan worden gecombineerd met steun voor een of meer van de volgende maatregelen:

1. a) de installatie van geïntegreerde on-site installaties voor hernieuwbare energie waarmee elektriciteit, warmte of koude wordt geproduceerd, met inbegrip van maar niet beperkt tot fotovoltaïsche panelen en warmtepompen;
2. b) de installatie van uitrusting voor de opslag van de energie die in on-site installaties voor hernieuwbare energie wordt geproduceerd. De uitrusting voor opslag haalt op jaarbasis ten minste 75 % van zijn energie uit rechtstreeks aangesloten installaties voor de opwekking van hernieuwbare energie;
3. c) de aansluiting op een energie-efficiënt systeem voor stadsverwarming en/of koelingen bij behorende uitrusting;
4. d) de aanleg en installatie van oplaadinfrastructuur voor gebruik door de gebruikers van het gebouw, en daarbij behorende infrastructuur, zoals leidingen, indien de parkeervoorzieningen ofwel in pandig zijn of fysiek aan het gebouw grenzen;
5. e) de installatie van uitrusting voor digitalisering van het gebouw, met name om de gereedheid voor slimme toepassingen te vergroten, daaronder begrepen passieve binnenhuisbekabeling of gestructureerde bekabeling voor datanetwerken en de randuitrusting van breedbandinfrastructuur op het eigendom waartoe het gebouw behoort, doch met uitsluiting van bedrading of bekabeling voor datanetwerken buiten het eigendom;
6. f) investeringen in groendaken en uitrusting voor het opvangen en gebruiken van regenwater.

Ingeval die in de punten a) tot en met f) genoemde werkzaamheden worden gecombineerd, vormen de volledige investeringskosten van de verschillende installaties en uitrusting de in aanmerking komende kosten. De kosten die niet rechtstreeks verband houden met het behalen van een hoger niveau van energie- of milieuprestaties komen niet in aanmerking.

8. De steun kan worden toegekend aan de eigenaar of eigenaren van het gebouw of aan de huurder of huurders, afhankelijk van wie de opdracht geeft voor de energie-efficiëntiemaatregelen.

9. Steun kan ook worden toegekend om de energie-efficiëntie van de verwarmings- of koelingsuitrusting in het gebouw te verbeteren.

10. Steun voor de installatie van met fossiele brandstoffen gestookte energie-uitrusting, met inbegrip van aardgas, is op grond van dit artikel niet vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, van het Verdrag.

11. De steunintensiteit bedraagt ten hoogste 30 % van de in aanmerking komende kosten.

12. In afwijking van lid 11 bedraagt de steunintensiteit ten hoogste 25 % indien de investering bestaat in de

installatie of vervanging van slechts één type onderdeel van een gebouw in de zin van artikel 2, lid 9, van Richtlijn 2010/31/EU.

13. In afwijking van de leden 11 en 12 mag de steunintensiteit, indien steun voor investeringen in gebouwen om te voldoen aan minimumnormen inzake energieprestaties die als Unienormen kwalificeren minder dan 18 maanden vóór de inwerkingtreding van de Unienormen wordt verleend, niet meer bedragen dan 15 % van de in aanmerking komende kosten wanneer de investering bestaat in de installatie of vervanging van slechts één type onderdeel van een gebouw zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 9, van Richtlijn 2010/31/EU, en niet meer dan 20 % in alle andere gevallen.

14. De steunintensiteit kan met 20 procentpunten worden verhoogd voor steun aan kleine ondernemingen en met 10 procentpunten voor steun aan middelgrote ondernemingen.

15. De steunintensiteit kan met 15 procentpunten worden verhoogd voor investeringen in steungebieden die aan de voorwaarden van artikel 107, lid 3, punt a), van het Verdrag voldoen, en met 5 procentpunten voor investeringen in steungebieden die aan de voorwaarden van artikel 107, lid 3, punt c), van het Verdrag voldoen.

16. De steunintensiteit kan met 15 procentpunten worden verhoogd voor steun ten behoeve van de verbetering van de energie-efficiëntie van bestaande gebouwen indien de steun leidt tot een verbetering van de energie-efficiëntie van het gebouw, gemeten in primaire energie, van ten minste 40 % ten opzichte van de situatie vóór de investering. Deze verhoging van de steunintensiteit geldt niet indien de investering de energieprestaties van het gebouw niet verder verbetert dan het niveau dat wordt voorgeschreven door minimumnormen inzake energieprestaties die als Unienormen kwalificeren en binnen 18 maanden vanaf het tijdstip waarop de investering is uitgevoerd en voltooid, van kracht worden.”;