



Avri  
T.a.v. de heer Brouwer  
Meersteeg 15  
4190 CG GELDERMALSEN

#### **MeesterZet aanbestedingsrecht**

mr. Elise Zeelenberg  
Postbus 100  
6573 ZK Beek-Ubbergen  
t: 06 19 85 59 31  
[elise@meesterzet-aanbestedingsrecht.nl](mailto:elise@meesterzet-aanbestedingsrecht.nl)  
[www.meesterzet-aanbestedingsrecht.nl](http://www.meesterzet-aanbestedingsrecht.nl)

**Per e-mail:** [brouwer@avri.nl](mailto:brouwer@avri.nl)  
**c.c.:** [dewildt@avri.nl](mailto:dewildt@avri.nl)

Berg en Dal, 7 februari 2024  
Inzake: Avri/advies alleenrecht HVC

Geachte heer Brouwer, beste Cees,

Hierbij zend ik u mijn advies toe over de wijze waarop Avri – voorbereidend op de voorgenomen toetreding tot HVC – de opdracht tot het verwerken van het restafval zonder aanbesteding rechtstreeks aan HVC kan gunnen via de route van de alleenrechtuitzondering, zoals ook voorgesteld door HVC. In dit advies zet ik concreet de te volgen procedure en de daarin te nemen stappen uiteen om een rechtsgeldig beroep te kunnen doen op de alleenrechtuitzondering.

#### **Achtergrond en feiten**

Avri overweegt om toe te treden als aandeelhouder van HVC om in de toekomst opdrachten voor de verwerking van door haar ingezameld afval met een beroep op de zogenaamde quasi-inbestedingsuitzondering rechtstreeks aan HVC te kunnen gunnen. De verwachting is dat dit proces van toetreding, als dit allemaal ongewijzigd doorgang vindt, medio 2024 zijn beslag zal krijgen. Het afvalverwerkingscontract van Avri met haar huidige afvalverwerker eindigt echter op 1 april 2024. HVC heeft aangegeven bereid te zijn om, vooruitlopend op de toetreding van Avri, de verwerking tegen aandeelhouderstarief uit te voeren per 1 april 2024. HVC heeft Avri geadviseerd hiervoor een alleenrecht aan haar te verstrekken, zodat deze vooruitlopende gunning zonder aanbesteding juridisch is geborgd.

#### **Adviesvraag**

Avri wil advies over (1) de vraag of het zonder aanbesteding verstrekken van de opdracht aan HVC op grond van de alleenrechtuitzondering inderdaad is toegestaan en

KvK-nummer 87436035 Bank NL49 INGB 0634 8075 87 BTW NL00414322B47

*De algemene voorwaarden van MeesterZet aanbestedingsrecht, versie december 2022 zijn van toepassing op alle diensten en werkzaamheden verricht door en op alle rechtsverhoudingen met MeesterZet aanbestedingsrecht. De algemene voorwaarden bevatten o.a. aansprakelijkheidsbeperkingen. De algemene voorwaarden zijn u reeds als bijlage bij de opdrachtbevestiging toegezonden en zijn tevens te downloaden op [www.meesterzet-aanbestedingsrecht.nl](http://www.meesterzet-aanbestedingsrecht.nl).*

(2) zo ja, op welke wijze die alleenrechtverstrekking en opdrachtverlening dan concreet dient plaats te vinden om te voldoen aan deze uitzondering.

### **Juridisch kader en beantwoording**

Om een beroep te kunnen doen op de alleenrecht-uitzondering<sup>1</sup> moet worden voldaan aan de volgende, cumulatieve, voorwaarden:

- a. alleen t.a.v. opdrachten voor diensten
- b. opdrachtverlening tussen aanbestedende diensten,
- c. op basis van een alleenrecht verstrekt in een bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling,
- d. welke bepaling verenigbaar is met het VWEU.

ad. a) *Alleen t.a.v. opdrachten voor diensten*

De uitzonderingsmogelijkheid van het alleenrecht geldt alleen voor opdrachten voor diensten, dus niet voor opdrachten voor werken of leveringen. Het verwerken van restafval kwalificeert als een opdracht voor dienstverlening<sup>2</sup>, zodat voor die opdracht een beroep op deze uitzondering kan worden gedaan, uiteraard mits ook is voldaan aan de overige drie vereisten voor een beroep op de alleenrecht-uitzondering.

ad. b) *Opdrachtverlening tussen aanbestedende diensten*

Alleenrechten zijn een vorm van publiek-publieke samenwerking. Het alleenrecht moet door de ene aanbestedende dienst (in dit geval: Avri) worden verstrekt aan een andere aanbestedende dienst (in dit geval: HVC). Dit betekent dat geen alleenrecht mag worden verstrekt aan een (gedeeltelijk) private partij die niet ook een aanbestedende dienst is. HVC is een aanbestedende dienst<sup>3</sup> en kent – zo begreep ik – geen private participatie, zodat aan deze voorwaarde is voldaan.

ad. c) *Alleenrecht (uitsluitend recht)*

- Een uitsluitend recht is volgens artikel 1.1 van de Aw 2012 een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan één onderneming wordt verleend. Voor die enkele onderneming wordt het recht voorbehouden om *binnen een bepaald geografisch gebied* een dienst te verrichten.
- Voor de toepassing van de alleenrechtuitzondering is vereist dat het alleenrecht *voorafgaand* aan de opdrachtverlening is verleend in een bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke regeling, bijvoorbeeld in een gemeentelijke verordening of een bekendgemaakt collegebesluit. Na die bekendmaking kan de opdrachtverlening (lees: de overeenkomst tot verwerking van het restafval) aan de betreffende onderneming (in dit geval: HVC) zonder aanbesteding worden verstrekt, onder verwijzing naar het reeds verstrekte alleenrecht. Het alleenrecht hoeft niet in tijd beperkt te worden. Dit kan, indien gewenst, dus eenmalig voor onbepaalde tijd worden verleend, waarna er periodiek zonder aanbesteding nieuwe verwerkingsovereenkomsten met HVC kunnen worden gesloten onder verwijzing naar het bestaande alleenrecht.

Aan deze voorwaarde kan ten aanzien van de verwerking van het restafval door HVC worden voldaan. Avri zal dan een alleenrecht voor het door haar

---

<sup>1</sup> Zie artikel 2.24 sub a Aw 2012

<sup>2</sup> Zie, o.a. CPV-codes 90000000-7 Diensten inzake afvalwater, afval, reiniging en milieu, 90513300-9 Diensten voor afvalverbranding, 90513000-6 Diensten voor het verwerken en storten van ongevaarlijk afval en vuilnis, 90513100-7 Verwijderen van huisvuil, 90514000-3 Diensten voor afvalrecycling. Aan de eerste 2 cijfers van de codes kunt u zien over welk type hoofdopdracht ze gaan. CPV-codes die beginnen met 50 tot en met 98 kwalificeren als diensten.

<sup>3</sup> Dit is door de Hoge Raad bevestigd in een arrest van 18 november 2011 (HR 18-11-2011, [ECLI:NL:HR:2011:BU4900](https://www.eclii.nl/HR:2011:BU4900)).

ingezamelde restafval aan HVC bekend moeten maken. Een logische plek hiervoor is de afvalstoffenverordening. Verderop in dit advies, onder het stappenplan, is een concreet tekstvoorstel voor deze bepaling opgenomen. Dit alleenrecht zal zich beperken tot een bepaald geografisch gebied, namelijk het door Avri binnen haar werkgebied ingezamelde restafval.

ad. d) *Verenigbaarheid met het VWEU*

De alleenrechtverstrekking moet verenigbaar zijn met de regels van het VWEU, in het bijzonder artikel 49 (vrijheid van vestiging) en 56 (vrij verrichten van diensten) en met de regels en beginselen die uit die artikelen voortvloeien. Deze regels en beginselen omvatten non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren. Een alleenrecht, dat per definitie de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt, is alleen onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd.

Het uitsluitend recht kan gerechtvaardigd zijn door:

- Een uitdrukkelijk in het VWEU genoemde uitzondering (uitoefening van het openbaar gezag, artikel 51 VWEU), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (artikel 52 VWEU); of
- Dwingende redenen van algemeen belang (in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof), die geschikt zijn om het nagestreefde doel te behalen, niet verder gaan dan noodzakelijk en zonder discriminatie worden toegepast.

In de Nederlandse jurisprudentie wordt tot nu toe relatief gemakkelijk aangenomen dat alleenrechtverstrekking ten aanzien van afvalinzamelings- of -verwerkingsopdrachten verenigbaar is met de regels van het VWEU. Zo oordeelde de Voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland in 2015 ten aanzien van de alleenrechtverstrekking door de gemeenten Delfzijl en Appingedam aan Afvalsturing Friesland dat bij deze toets moet worden gekeken naar de wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waarop het alleenrecht berust. Dat zijn in het geval van afvalinzameling (en -verwerking) de Wet milieubeheer en, in de casus van Delfzijl en Appingedam, twee plaatselijke afvalstoffenverordeningen. De voorzieningenrechter oordeelde dat er voorshands geen redenen bestaan om aan te nemen dat deze regelingen niet verenigbaar (zullen) zijn met het Unierecht.<sup>4</sup> De rechtbank Amsterdam oordeelde in 2015 ten aanzien van een alleenrechtverstrekking aan AEB voor afvalverwerking zelfs dat aan de toets of de alleenrechtverstrekking verenigbaar is met het VWEU helemaal niet wordt toegekomen, omdat de afvalinzameling en -verwerking een puur interne situatie betreft:

**Rb. Amsterdam 30-09-2015, gepubliceerd 19-10-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6459:**  
3.18. Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat de bepalingen van het VWEU betreffende vrijheid van dienstverrichting en de vrijheid van vestiging niet van toepassing zijn op activiteiten waarvan alle relevante elementen geheel in de interne sfeer van de lidstaat liggen (HvJEU 12 december 2013, Ragn-Sells, rov. 71-74). Anders dan Attero, ziet de rechtbank – mede gelet op rov. 73 van dat arrest - niet in waarom deze in voormeld arrest uitgezette lijn zou moeten worden beperkt tot de verkeersvrijheden van het VWEU.

3.19. Attero stelt dat de aan de gemeenten gegunde opdracht grensoverschrijdende kenmerken heeft en dus aanknoopt bij het unierecht. De omstandigheid dat, zoals Attero in dit verband opwerpt, buitenlandse partijen als aandeelhouder deelnemen in Nederlandse afvalverwerkers (zoals [bedrijf 1] ) maakt echter nog niet dat sprake is van een opdracht met een grensoverschrijdend karakter. Attero heeft er in dit verband voorts op gewezen dat AEB Exploitatie, net als andere in Nederland gevestigde afvalverwerkingsinstallaties, afval uit het buitenland verwerkt. Ook dat is naar het oordeel van de rechtbank niet relevant. Daaruit kan weliswaar worden afgeleid dat er grensoverschrijdend verkeer in de afvalverwerkingsbranche plaatsvindt, hetgeen ook door de gemeenten niet wordt betwist, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat dus ook belangstelling van buitenlandse afvalverwerkers zou zijn te verwachten voor

<sup>4</sup> Vzr. Rb. NNE 19-06-2015, gepubliceerd 22-10-2015, [ECLI:NL:RBNNE:2015:2947](#) , r.o.v. 4.14.

een aanbesteding door de gemeenten. Dit geldt te minder nu, zoals de gemeenten onweersproken hebben toegelicht, de reden voor die verwerking in Nederland van dat buitenlandse afval erin gelegen is dat in die landen een tekort aan (voldoende hoogwaardige) afvalverwerkingsinstallaties bestaat, een situatie die zich in Nederland in het geheel niet voordoet. De stelling van Attero dat het in de Nederlandse grensstreek gegenereerde afval soms wel door buitenlandse afvalverwerkers over de grens wordt verwerkt, maakt dat niet anders. Het gaat hier immers om afval dat afkomstig is uit gemeenten in de buurt van Amsterdam; waar AEC op minder dan 25 kilometer van elk van de opdrachtgevende gemeenten gesitueerd is, bedraagt de afstand tussen AEC en de meest nabijgelegen Belgische respectievelijk Duitse grensplaats 135 respectievelijk 144 kilometer.

3.20. Attero heeft betoogd dat het voorheen geldende nabijheidsbeginsel thans niet meer geldt en dat daarvoor in de plaats is gekomen dat de gemeenten bij de keuze van een wijze van afvalverwerking niet alleen moeten letten op de afstand waarover het afval vervoerd moet worden, maar ook op de milieubelasting van de wijze van verwerking. De milieulasten van het extra vervoer van afval naar een buitenlandse verwerkingsinstallatie kunnen worden gecompenseerd door een meer milieuvriendelijke verwerking in een andere installatie dan die van AEB exploitatie. Het gaat om de afweging van de totale milieulasten. Bij vervoer op enige afstand ligt voor de hand dat het afval nabij Amsterdam in schepen wordt gestort om zo tegen lage milieulasten naar een verder weg gelegen verwerkingsinstallatie te worden vervoerd, aldus nog steeds Attero.

Ook als van de juistheid van dit betoog wordt uitgegaan is daarmee niet aannemelijk gemaakt dat buitenlandse aanbieders van afvaldiensten een zodanige voorsprong hebben op het gebied van kosten en mate van milieuvriendelijkheid van verwerking dat zij ondanks de grote afstand tot de bron van het afval belangstelling zouden hebben voor verwerking van afval uit de regio Amsterdam. Het feit dat Attero alleen voorbeelden van grensoverschrijdende afvalverwerking in de grensstreek kan geven wijst op het tegendeel.

Nu Attero niet meer doet dan het uiteenzetten van de theoretische mogelijkheid van afvalverwerking door een buitenlandse verwerker, zonder dat is gesteld of gebleken dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming ook concreet interesse heeft voor de verwerking van het binnen de gemeenten geproduceerde afval, is de rechtbank van oordeel dat op dit moment niet kan worden uitgegaan van een opdracht met een grensoverschrijdend karakter.

Met de gemeenten is de rechtbank dan ook van oordeel dat de onderhavige casus binnen de interne sfeer van een enkele lidstaat valt. Al met al zijn onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat het verlenen van een alleenrecht in de gegeven omstandigheden in strijd komt met het Unierecht. Aan de gemeenten komt dus een beroep toe op de uitzonderingsgrond van artikel 2.24, aanhef en onder a, Aw." [onderstreping toegevoegd, EEZ]

Gelet op deze jurisprudentie acht ik het goed verdedigbaar dat de alleenrechtverstrekking door Avri aan HVC verenigbaar zal zijn met de regels van het VWEU.

#### *Vrijwillige transparantie vooraf*

Om nog extra aan het hierboven al genoemde Europese transparantiebeginsel te voldoen, kan worden overwogen om voorafgaand aan de daadwerkelijke opdrachtverlening (contractsluiting) een zogenaamde "publicatie van vrijwillige transparantie vooraf" als bedoeld in artikel 4.16 Aw 2012 te doen uitgaan. Dit is een publicatie op het Europese aanbestedingsplatform (TED, via TenderNed), waarin Avri haar voornemen publiceert om op grond van de alleenrecht-uitzondering de verwerking van het restafval aan HVC te gunnen (vooruitlopend op de inbestedingsuitzondering). Deze vrijwillige publicatie zou dan gelijktijdig met de bekendmaking van het alleenrecht in de afvalstoffenverordening kunnen plaatsvinden. De publicatie op het EU aanbestedingsplatform dient de motivering te bevatten op grond waarvan Avri meent dat zij voor deze (tijdelijke) opdrachtverlening een beroep kan doen op de alleenrecht-uitzondering en deze opdracht dus niet hoeft aan te besteden. Dat is in feite niet meer dan een korte samenvatting van hetgeen ik hierboven heb opgenomen ten aanzien van de toepasselijkheid van de alleenrechtuitzondering.

Vervolgens dient Avri een "standstill-periode" van 20 kalenderdagen na publicatie in acht te nemen. Ageert er binnen die 20 kalenderdagen niemand tegen dit voornemen, dan kan Avri overgaan tot het sluiten van de afvalverwerkingsovereenkomst met HVC. Die overeenkomst staat dan vervolgens niet meer bloot aan vernietiging, zo bepaalt artikel

4.16 Aw 2012.<sup>5</sup> Ageert er binnen de "standstill-termijn" wel een partij, dan heeft Avri de keuze om alsnog een andere route te gaan bewandelen dan wel vast te houden aan de ingeslagen weg en deze, indien nodig, in rechte te verdedigen.

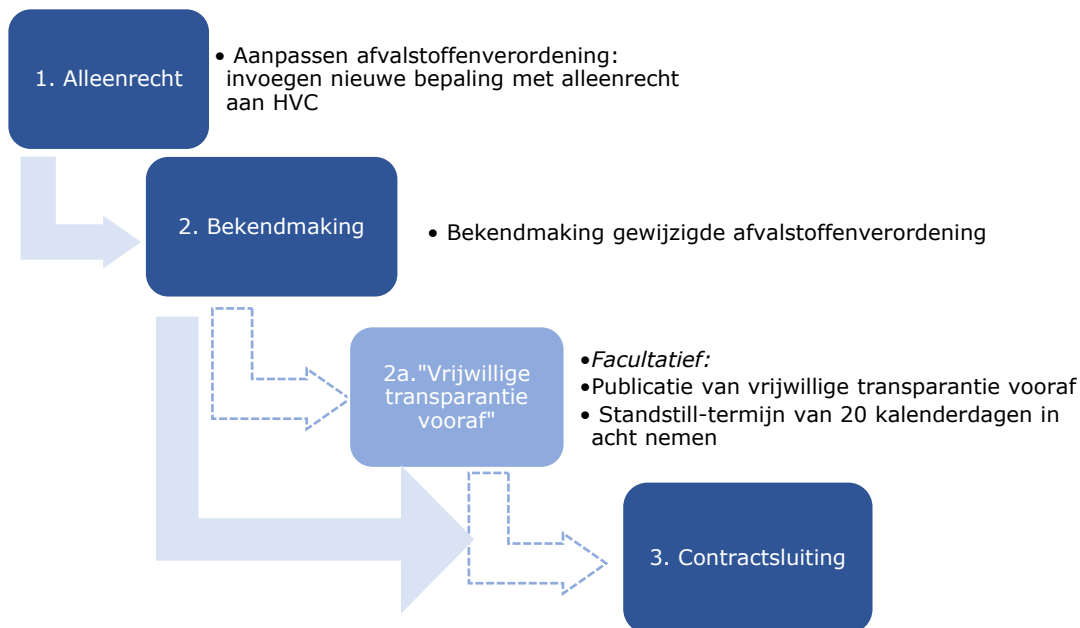
Het wel of niet toepassen van deze publicatie van "vrijwillige transparantie vooraf", is ter keuze van Avri zelf. Om een rechtsgeldig beroep te kunnen doen op de alleenrecht-uitzondering is deze vrijwillige transparantie-publicatie niet nodig. Daarvoor volstaat dat het alleenrecht wordt opgenomen in de openbaar bekendgemaakte afvalstoffenverordening. Het voordeel van de extra vrijwillige transparantie is gelegen in het feit dat de Aanbestedingswet bepaalt dat als zo'n publicatie is gedaan en er niemand ageert binnen de termijn van 20 kalenderdagen, de (in dit geval) afvalverwerkingsovereenkomst vervolgens niet meer bloot staat aan vernietiging. Wordt er geen vrijwillige transparantie-publicatie gedaan, dan geldt een vernietigingstermijn van 6 maanden na sluitingsdatum contract (en uiteraard alleen met een steekhoudende vordering) en voor overige vorderingen een verjaringstermijn van 5 jaar. Nadeel van de vrijwillige publicatie vooraf is dat deze het effect kan hebben dat spreekwoordelijk "de kat op het spek gebonden wordt", en er daarmee mogelijk dus juist bezwaren opgeroepen worden. Bij de beslissing om wel of niet die extra stap van vrijwillige transparantie te nemen, is het daarom verstandig om de "temperatuur van de relevante markt" goed in beeld te hebben. Op het moment dat de markt zich in een stadium bevindt dat de verwachting is er weinig procesbereidheid zal zijn van partijen en er dus niet snel geageerd gaat worden, zal de vrijwillige transparantie-publicatie waarschijnlijk niet veel losmaken. Als er echter sprake is van een situatie waarin partijen op het vinkentouw zitten, is de kans wel aanzienlijk dat er naar aanleiding van de vrijwillige transparantiepublicatie geageerd wordt. Dan is het pragmatisch gezien verstandiger om de publicatie achterwege te laten.

### **Stappenplan**

Schematisch weergegeven, dient Avri de volgende drie stappen (stap 2a is facultatief) te doorlopen in het kader de alleenrechtverstreking en het op basis daarvan overeen te komen afvalverwerkings-contract:

---

<sup>5</sup> Op grond van artikel 4.15 Aw 2012 hebben ondernemers de mogelijkheid om binnen een termijn van 6 maanden na sluitingsdatum contract een vordering tot vernietiging in te stellen tegen overeenkomsten die volgens hen in strijd met het aanbestedingsrecht zijn gesloten. Indien t.a.v. een overeenkomst vooraf publicatie van vrijwillige transparantie heeft plaatsgevonden, vervalt deze vernietigingsmogelijkheid achteraf. Die publicatie van vrijwillige transparantie moet dan wel "te goeder trouw" zijn gedaan en mag met andere woorden niet worden gebruikt om een aanbestedingsplicht te ontduiken. In dit geval zal sprake zijn van een publicatie te goeder trouw, omdat voldaan wordt aan de voorwaarden van het beroep op de alleenrecht-uitzondering en er geen sprake is van een ontduikingsconstructie.



#### Ad. 1 Formulering alleenrecht

Zoals ik hiervoor al heb aangegeven, is de meest logische plek voor de verstrekking van het alleenrecht aan HVC de afvalstoffenverordening van Avri.<sup>6</sup> Hiervoor kan een nieuw artikel worden toegevoegd aan §2 Huishoudelijke afvalstoffen waarin dit alleenrecht aan HVC wordt opgenomen. Deze bepaling kan als volgt komen te luiden:

#### **Artikel [...] Alleenrecht afvalverwerking**

*Avri verleent aan N.V. HVC, gevestigd te Alkmaar, een alleenrecht als bedoeld in artikel 2.24, aanhef en onder a, van de Aanbestedingswet 2012, voor de verwerking van het door Avri ingezamelde huishoudelijk restafval met ingang van 1 april 2024.*

#### Ad. 2a. Publicatie van vrijwillige transparantie vooraf (facultatief)

De publicatie van vrijwillige transparantie vooraf kan, als Avri daarvoor kiest, plaatsvinden via TenderNed, dat daarvoor een standaardformulier heeft, dat hiertoe ingevuld dient te worden. TenderNed is gekoppeld aan het Europese platform TED. Via TenderNed worden de aankondigingen van Europese aanbestedingen automatisch bij TED aangeboden voor publicatie. De publicatie dient de motivering te bevatten op grond waarvan Avri meent dat zij voor deze opdrachtverlening een beroep kan doen op de alleenrecht-uitzondering en deze opdracht dus niet hoeft aan te besteden. Als aangegeven, is dat in feite niet meer dan een korte samenvatting van hetgeen ik hierboven heb opgenomen ten aanzien van de toepasselijkheid van de alleenrechtuitzondering. Uiteraard ben ik graag bereid Avri hierin te ondersteunen, indien gewenst.

#### **Conclusie**

Samenvattend, is mijn conclusie dat Avri inderdaad met een beroep op de alleenrechtuitzondering de opdracht voor de verwerking van het restafval kan gunnen aan HVC. Uiteraard op de voorwaarde dat dit op de juiste wijze is vormgegeven en de benodigde stappen<sup>7</sup>, zoals omschreven in dit advies, goed zijn doorlopen.

<sup>6</sup> Avri is hiertoe bevoegd. Op grond van artikel 20 lid 1 sub e GR Avri behoort het verwerken *of doen verwerken* van ingezamelde afvalstoffen tot het takenpakket waarmee het bestuur van Avri is belast en op grond van artikel 21 lid 1 sub c GR Avri heeft Avri de bevoegdheid tot het vaststellen van de afvalstoffenverordening overgedragen gekregen van de betrokken gemeenten.

<sup>7</sup> Te weten: stap 1, 2 en 3 uit het stappenplan.

**Slot**

Tot zover mijn advies. Mocht u naar aanleiding hiervan nog vragen en/of opmerkingen hebben, dan ben ik uiteraard graag tot een nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized capital letter 'E' followed by a horizontal line extending to the right.

*MeesterZet aanbestedingsrecht*  
Elise Zeelenberg