Gemeente Westland
Ingekomen - Team Registratie
23 JULI 2021

AVR.
PART OF DUTCH ENVIRO ENERGY GROUP

Gemeente Westland
Verdilaan 7
2671 VW NAALDWIJK

Gemeente Westland
G21-001597

College B&W en de gemeenteraad
(t.a.v. de gemeentesecretaris en de griffie)

Betreft: Afvalverwerking HVC 23 juli 2021

Geacht College, geachte raad,

AVR-Afvalverwerking B.V. ("**AVR**") richt zich met deze brief tot u om haar zorgen uit te spreken over de wijze waarop publiek afval wordt verwerkt. Die zorgen – die kort gezegd behelzen dat publieke afvalverwerkers meer en meer in strijd met wettelijke kaders de private markt betreden, waarbij de tarieven die zij vragen in scherp contrast staan met de commerciële tarieven – schetsen wij hierna met name toegespitst op uw relatie met N.V. HVC ("**HVC**"). Ik zou hierover graag met u aan de hand van deze brief op korte termijn in gesprek gaan.

Korte feiten en juridisch kader

De gemeente Westland heeft haar afval uitbesteed op basis van een afvalverwerkingscontract aan HVC. De aandelen van HVC worden gehouden door een groot aantal gemeenten en waterschappen en in oorsprong was het de bedoeling dat HVC (vrijwel) uitsluitend zou werken voor die aandeelhouders. Voor de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden aandeelhouders van HVC (en andere publieke partijen) opdrachten mogen verstrekken aan van hen te onderscheiden entiteiten waarin publieke partijen samenwerken – zoals HVC – is met name de zgn. quasi-inhouse uitzondering uit de aanbestedingswet relevant. Deze uitzondering is vastgelegd in artikel 2.24b Aanbestedingswet.

Voor een rechtmatige opdrachtverlening binnen het Europeesrechtelijk kader van de quasi-inhouse uitzondering is (onder andere) vereist dat HVC het merendeel van haar activiteiten voor haar aandeelhouders verricht. Alleen als aan die criteria wordt voldaan is sprake van een aanvaardbare quasi-inbestedingssituatie, zodat zonder aanbesteding afspraken kunnen worden gemaakt.

Bezwaar

Vooropgesteld moet worden dat een opdracht tot het inzamelen en/of verwerken van (huishoudelijk) afval aan een derde in beginsel Europees moet worden aanbesteed in overeenstemming met de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Dit is – voor zover relevant – anders indien wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24b Aw 2012, die de zogenaamde quasi-inbesteding regelt. Quasi-inbesteden is mogelijk als (in dit geval) HVC het merendeel van haar activiteiten verricht (ten minste 80%) voor haar publieke aandeelhouders.

Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan. Sterker nog, uit openbaar beschikbare informatie blijkt dat HVC op de commerciële markt actief is en ook moet zijn om de totale verwerkingscapaciteit efficiënt en kostenverantwoord te kunnen exploiteren.

Zie:

Jaarverslag HVC 2020, p. 11:

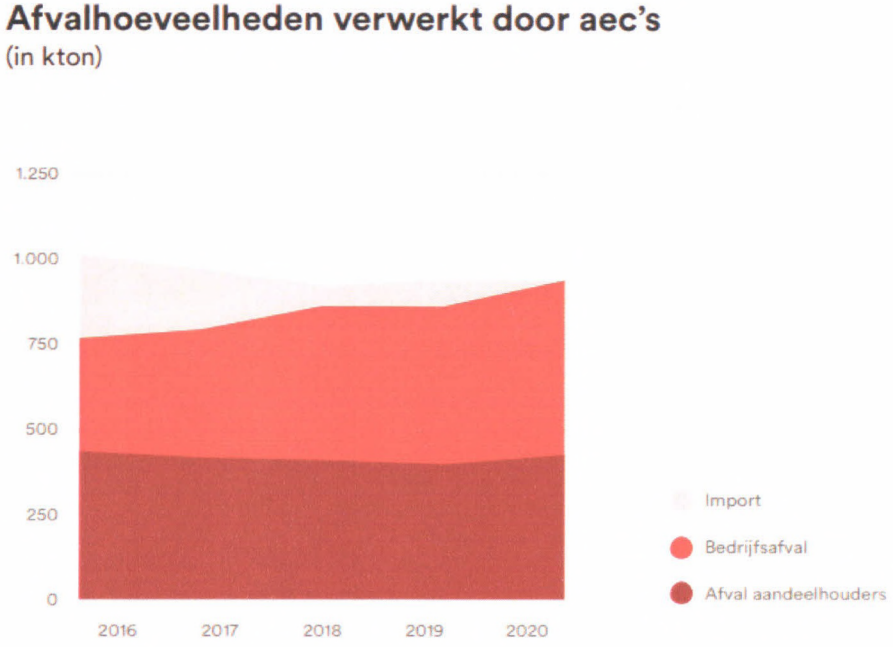
activiteiten in kaart.



Jaarverslag HVC 2020, p. 18:

> "*Onze AEC's hebben een goed jaar gedraaid. Het aanbod van brandbaar bedrijfsafval was weliswaar lager dan geprognotiseerd maar dat werd grotendeels gecompenseerd door een toegenomen aanbod aan huishoudelijk restafval. (...) Ook voor de komende jaren streeft HVC naar vollast van de AEC's op basis van zoveel mogelijk Nederlands huishoudelijk en bedrijfsafval.*"

Jaarverslag HVC 2020, p. 47:



AVR constateert op basis van een eigen berekening dat HVC niet 80% van haar activiteiten verricht voor aandeelhouders, maar slechts 45%.

Verwerkingscapaciteit (aandeelhouders & niet-aandeelhouders)	913.000 ton[1]
Hoeveelheid huishoudelijk afval aandeelhoudende gemeenten	411.000 ton[2]
Hoeveelheid bedrijfsafval	502.000 ton[3]
Aandeel omzet uit verwerken brandbaar huishoudelijk restafval aandeelhoudende gemeenten	45%

Op basis van het bovenstaande kan AVR niet anders, dan concluderen dat niet wordt voldaan aan het merendeelcriterium en uw gemeente dus geen beroep kan doen op de quasi-inhouse uitzondering.

Conclusie en verzoek

AVR is er niet op uit om buiten de concurrentie om een opdracht voor de in HVC deelnemende aanbestedende diensten uit te voeren. AVR wil aandeelhouders van HVC juist de mogelijkheid bieden te kiezen voor een verwerker die het beste bij hen past. Ik kom graag nader toelichten op welke wijze AVR uw gemeente kan helpen bij het realiseren van haar doelstellingen.

---

[1] Jaarverslag HVC 2020, p. 13.

[2] Jaarverslag HVC 2020, p. 47.

[3] Jaarverslag HVC 2020, p. 47.

Omwille van de transparantie stuur ik u bijgaand nog een afschrift van de brief aan HVC die namens AVR op 30 juni 2021 is verzonden. AVR zal aan haar aankondiging aan HVC, dat zij zich niet (voor meer dan 20%) op de private markt mag begeven en haar activiteiten daar ook zal moeten inperken, opvolging geven.

Ik neem binnen afzienbare tijd contact met u op om een en ander met u te bespreken.

Met vriendelijke groet,

Jasper de Jong, Commercieel Directeur AVR

CMS
law·tax·future

N.V. HVC
t.a.v. Dion van Steensel, algemeen directeur
Postbus 9199
1800 GD Alkmaar

Tevens per e-mail: d.vansteensel@hvcgroep.nl

Atrium | Parnassusweg 737
NL-1077 DG Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

Bankrekening (Stichting Derdengelden)
Iban: NL31 RABO 0103 3545 49
Swift/bic: RABONL2U

mr. P.F.C. Heemskerk
Partner | Advocaat
T +31 20 301 62 95
F +31 20 301 63 33
E petra.heemskerk@cms-dsb.com
I cms.law

Onze ref. 12101274/PH/9484145/PH

Betreft: Bedrijfsafvalverwerking HVC

30 juni 2021

Geachte heer Van Steensel,

Tot ons wendde zich AVR-Afvalverwerking B.V. ("**AVR**") omtrent de positie van N.V. HVC ("**HVC**") op het gebied van afvalverwerking. Meer in het bijzonder is bij AVR uit publiek toegankelijke informatie meer en meer gebleken dat op grond van het aanbestedingsrecht en het verbod op onrechtmatige staatssteun vraagtekens kunnen worden gezet bij de rechtmatigheid van opdrachtverlenging door aandeelhouders van HVC aan HVC met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering.

Voor een rechtmatige opdrachtverlening binnen het Europeesrechtelijk kader van de quasi-inhouse uitzondering is (onder andere) vereist dat HVC het merendeel van haar activiteiten voor haar aandeelhouders verricht. AVR komt tot de conclusie dat niet wordt voldaan aan het merendeelcriterium van de quasi-inhouse uitzondering. Deze conclusie heeft voor de aandeelhouders van HVC als gevolg dat zij bij de huidige stand van zaken onrechtmatig overeenkomsten met HVC hebben gesloten en dat deze onrechtmatige situatie moet worden stopgezet. Daarnaast zullen er geen overeenkomsten mogen worden gesloten met nieuwe aanbestedende diensten, zoals de Avalex-gemeenten, met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering. Deze conclusie heeft ook impact op HVC, die namelijk zal moeten kiezen of delen. Ofwel zij werkt overwegend voor aandeelhoudende opdrachtgevers, in welk geval zij (i) niet meer mag meedingen in aanbestedingen die worden georganiseerd door aanbesteders die geen aandeelhouder in HVC zijn en (ii) niet of heel beperkt actief

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Amsterdam. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam onder nummer 84/2020 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op cms.law en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op www.cms.law.

CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Beijing, Belgrado, Berlijn, Bratislava, Bristol, Brussel, Boekarest, Boedapest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Dubai, Edinburgh, Frankfurt, Genève, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kiev, Keulen, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, Londen, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Milaan, Moskou, München, Muscat, Parijs, Poznań, Praag, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straatsburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wenen, Zagreb en Zürich.

mag zijn op de commerciële markt, bijvoorbeeld op de markt voor verwerking van bedrijfsafval. Ofwel zij wenst een breed palet aan publieke en private opdrachtgevers te bedienen, in welk geval geen beroep kan worden gedaan op de quasi-inhouse uitzondering uit het aanbestedingsrecht en niet zonder voorafgaande aanbesteding afspraken mogen worden gemaakt met haar aandeelhoudende aanbestedende diensten.

Wij lichten dit kort toe.

Juridische randvoorwaarden in relatie tot de feiten

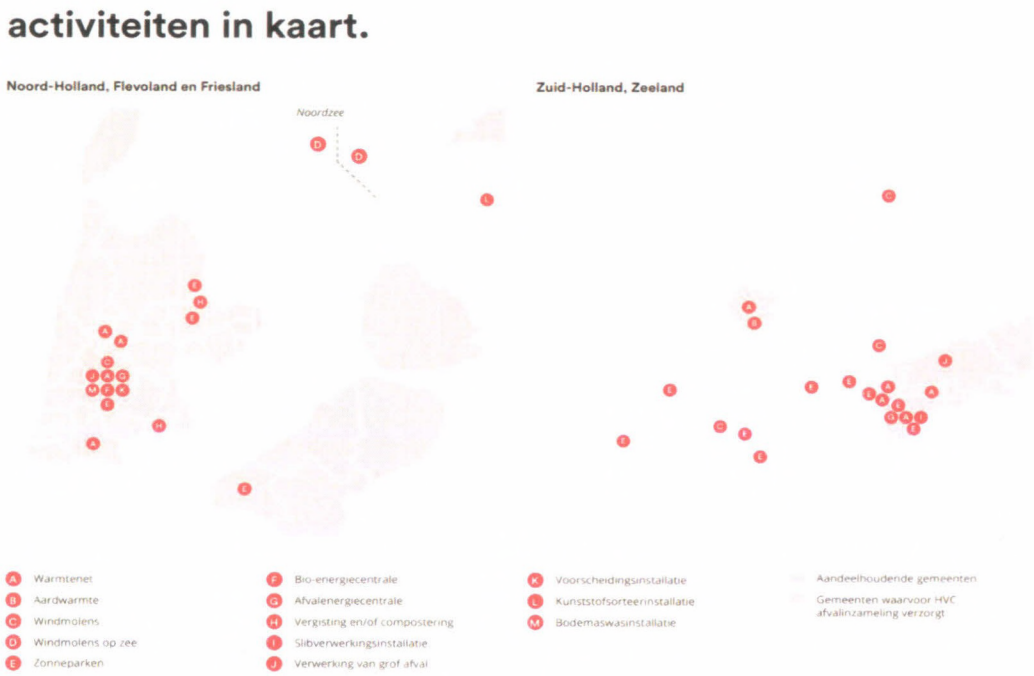
Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende dienst een opdracht tot het inzamelen en/of verwerken van (huishoudelijk) afval aan een derde in beginsel Europees moet aanbesteden in overeenstemming met de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Dit is – voor zover relevant – anders indien wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24b Aw 2012 (de zogenaamde quasi-inbesteding). Quasi-inbesteden is mogelijk als (in dit geval) HVC het merendeel van haar activiteiten verricht (ten minste 80%) voor haar publieke aandeelhouders.

Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan.

Op basis van algemene informatie is duidelijk dat HVC voor meer dan 20% actief is op ofwel de commerciële markt ofwel voor publieke partijen die geen aandeelhouder zijn van HVC.

Zie:

– Jaarverslag HVC 2020, p. 11:

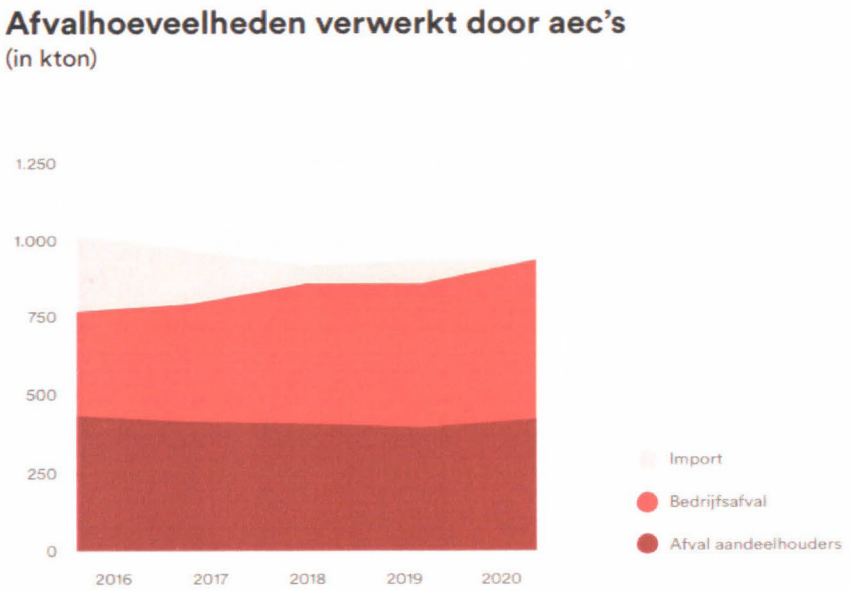


– Jaarverslag HVC 2020, p. 18:

"*Onze AEC's hebben een goed jaar gedraaid. Het aanbod van brandbaar bedrijfsafval was weliswaar lager dan geprognotiseerd maar dat werd grotendeels gecompenseerd door een*

toegenomen aanbod aan huishoudelijk restafval. (...) Ook voor de komende jaren streeft HVC naar vollast van de AEC's op basis van zoveel mogelijk Nederlands huishoudelijk en bedrijfsafval."

– Jaarverslag HVC 2020, p. 47:



Op basis van een eigen berekening constateert AVR dat HVC niet 80% van haar activiteiten verricht voor aandeelhouders, maar slechts 45%.

Verwerkingscapaciteit (aandeelhouders & niet-aandeelhouders)	913.000 ton[1]
Hoeveelheid huishoudelijk afval aandeelhoudende gemeenten	411.000 ton[2]
Hoeveelheid bedrijfsafval	502.000 ton[3]
Aandeel omzet uit verwerken brandbaar huishoudelijk restafval aandeelhoudende gemeenten	45%

Op basis van het bovenstaande kan AVR niet anders, dan concluderen dat niet wordt voldaan aan het merendeelcriterium en de aandeelhouders van HVC dus geen beroep toekomt op de quasi-inhouse uitzondering.

Conclusie en sommatie

Voor AVR is duidelijk dat de overeenkomsten met HVC onrechtmatig zijn gesloten. Dit geldt ook voor nieuwe overeenkomsten – zoals met de Avalex-gemeenten in 2022 – indien HVC in de toekomst

[1] Jaarverslag HVC 2020, p. 13.
[2] Jaarverslag HVC 2020, p. 47.
[3] Jaarverslag HVC 2020, p. 47.

haar strategie niet aanpast. Voor de huidige situatie meent AVR in ieder geval dat HVC haar activiteiten voor andere partijen dan haar aandeelhouders zal moeten terugschroeven en daaraan ook geen nieuwe activiteiten zal mogen toevoegen, althans niet zolang zij ook wil kunnen profiteren van de quasi-inhouse uitzondering. Dit heeft ook tot gevolg dat bijvoorbeeld HVC niet zal mogen meedoen aan aanbestedingen, omdat zij daarmee nu al haar (veel) grotere aandeel dan 20% alleen nog maar verder en onrechtmatig zal uitbreiden.

Ik verzoek en voor zover nodig sommeer u uiterlijk **1 augustus 2021** gemotiveerd op het bovenstaande te reageren. Cliënt behoudt zich het recht voor zonder verdere aankondiging maatregelen te treffen indien uw reactie niet adequaat is.

Het lijkt AVR juist u erop te wijzen dat wij ook contact zullen zoeken met uw deelnemende aanbestedende diensten om ook met hen hierover in gesprek te gaan. AVR is ook alert in komende aanbestedingen op deelname door HVC, en zal daarnaast ook monitoren hoe de positie van HVC op andere markten is. AVR behoudt zich het recht voor daarop nog terug te komen.

Met vriendelijke groet,

P.F.C. Heemskerk

AVR.

Postbus 1120 • 3180 AC Rozenburg

PostNL €9,05

Afz. 3197 KK 10

NEDERLAND
23.07.2021
NetSet MS 130070

Frankeermachine & (Digitale) Postzegel

R NL Aangetekend

Brief: D-A-1
Pakket: B-P-3

3SRRDT8631024