

-lees-

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team Handel - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: C/09/609524 / KG ZA 21-283

Vonnis in kort geding van 14 juni 2021

in de zaak van

GAZPROM MARKETING & TRADING RETAIL LIMITED te Londen, mede kantoorhoudende te 's-Hertogenbosch, eiseres,
advocaten mrs. J.P. van Beers en H.P. Wiersema te 's-Hertogenbosch,

tegen:

1. **ERASMUS UNIVERSITAIR MEDISCH CENTRUM ROTTERDAM** te Rotterdam,
2. **ACADEMISCH ZIEKENHUIS LEIDEN**, handelende onder de naam **LEIDS UNIVERSITAIR MEDISCH CENTRUM** te Leiden,
3. **UNIVERSITEIT LEIDEN** te Leiden,
4. **MEDIPARK B.V.** te Leiden,
5. **NETHERLANDS CENTER FOR THE CLINICAL ADVANCEMENT OF STEM CELL & GENE THERAPIES B.V.** te Leiden,
6. **STICHTING CURIUM, ACADEMISCH CENTRUM KINDER- EN JEUGDPSYCHIATRIE** te Oegstgeest,
7. **STICHTING ALRIJNE ZORGGROEP** te Leiden,
8. **STICHTING HAAGLANDEN MEDISCH CENTRUM** te Den Haag,
9. **STICHTING GROENE HART ZIEKENHUIS** te Gouda,
10. **STICHTING UNIVERSITAIR SPORTCENTRUM UNIVERSITEIT LEIDEN** te Leiden,

gedaagden,

advocaat mr. E-J. van der Doe te Breda,

waarin is tussengekomen:

AXPO SOLUTIONS AG,

advocaten mrs. B.J.M. van Oorschot en S. van den Akker te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Gazprom', 'het consortium' en 'Axpo'.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties;
- de door het consortium overgelegde conclusie van antwoord;
- de incidentele conclusie tot tussenkomst dan wel voeging;
- de conclusie in de hoofdzaak van Axpo;

- de op 31 mei 2021 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door Gazprom en Axpo pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2. Het incident tot tussenkomst dan wel voeging

2.1. Axpo heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen Gazprom en het consortium dan wel zich te mogen voegen aan de zijde van het consortium. Ter zitting hebben Gazprom en het consortium verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. Axpo is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de tussenkomst aan een voortvarende afdoening van dit kort geding in de weg staat. Hierdoor ontstaat er ook geen strijd met de goede procesorde in het algemeen.

3. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

3.1. Het Consortium heeft een Europese aanbesteding georganiseerd voor de levering van aardgas 2024-2026 (met 1 optiejaar).

3.2. In het aanbestedingsdocument staat onder meer, voor zover hier relevant, vermeld:

- dat alle leden van het consortium, te weten de tien gedaagde partijen (ook genoemd deelnemers), Wattanders hebben gemachtigd om namens hen een collectieve aanbesteding te organiseren, waarbij Wattanders tijdens de aanbesteding als penvoerder zal optreden;
- dat er per deelnemer een individuele overeenkomst zal worden gesloten voor de levering van aardgas ten behoeve van het consortium;
- dat de deelnemers voornemens zijn de inkoop van aardgas voor de leveringsperiode gezamenlijk gestalte te geven om op deze wijze te kunnen profiteren van elkaar kennis en kunde en de aanbesteding op efficiënte wijze vorm te kunnen geven;
- dat de aanbesteding geen perceelindeling kent, omdat de gevraagde dienstverlening voor alle inschrijvers, die op de zakelijke markt voor de levering van aardgas in Nederland actief zijn, uitvoerbaar is;
- dat gunning plaatsvindt op basis van het gunningcriterium laagste prijs;
- een indicatie van het contractvolume en het aantal aansluitingen per deelnemer;
- in eis 4.2 betreffende Technische en/of beroepsbekwaamheid *“De Inschrijver dient over voldoende technische vakbekwaamheid te beschikken en dient een verifieerbare referentie bij te voegen van tenminste één soortgelijke referentieopdracht. Onder soortgelijke opdracht wordt een opdracht verstaan met een ‘Multisite’ karakter (mix van telemetrie- en profielaansluitingen) waarbij aardgas wordt geleverd aan minimaal 10 aansluitingen. De referentie heeft betrekking op de correcte facturatie van aardgas in tenminste twee aaneengesloten kalenderjaren vanaf 2017. Onder correcte facturatie wordt verstaan het tijdig en volledig factureren van alle aansluitingen per kalenderjaar. (...)”*;
- de wijze van facturatie voor *“telemetrieaansluitingen (incl. G2C-aansluitingen met maandopname)”* en voor *“Profielaansluitingen (exclusief G2c-aansluitingen met maandopname)”* (artikel 6.12 van het Programma van Eisen betreffende Facturatie).

3.3. In de Nota van Inlichtingen is opgenomen als vraag 9: "*Leverancier is nog onvoldoende lang op de Nederlandse markt aanwezig om een multisafe referentie te kunnen overleggen vanaf 2017. Gaat aanbestedende dienst ermee akkoord dat een referentie van 10 aansluitingen vanaf levering 2020 (1 leveringsjaar) wordt gebruikt?*" Het antwoord daarop luidt: "*Dat is akkoord*".

3.4. Zowel Gazprom als Axpo heeft op de aanbesteding ingeschreven.

3.5. Bij brief van 5 maart 2021 is aan Gazprom meegedeeld dat haar inschrijving niet kan worden aangemerkt als de inschrijving met de laagste prijs, dat Gazprom is geëindigd op de tweede plaats en dat het Consortium voornemens is om de opdracht te gunnen aan Axpo.

3.6. Gazprom heeft bij het Consortium bezwaren geuit tegen het gunningsvoornemen. Die bezwaren leiden er volgens Gazprom toe dat de opdracht niet aan Axpo gegund kan worden. Het consortium heeft die bezwaren verworpen en heeft aangegeven geen aanleiding te zien om de voorgenomen gunningsbeslissing in te trekken.

4. Het geschil

4.1. Gazprom vordert, zakelijk weergegeven:

- het consortium te verbieden de opdracht te gunnen aan Axpo;
- het consortium te gebieden het gunningsvoornemen in te trekken;
- het consortium te verbieden, zo zij nog willen gunnen, de opdracht te gunnen aan een ander dan Gazprom;

althans een zodanige voorziening te treffen als de voorzieningenrechter in goede justitie meent te behoren, waaronder heraanbesteding;

met veroordeling van het consortium in de proceskosten en in de nakosten een en ander op de wijze zoals in de dagvaarding vermeld.

4.2. Daartoe voert Gazprom – samengevat – het volgende aan. Axpo beschikt niet over een leveringsvergunning. Dat is in strijd met de Gaswet. Het consortium kan de opdracht daarom niet gunnen aan Axpo want de overeenkomst tussen hen is dan nietig dan wel vernietigbaar. Axpo voldoet voorts niet aan de geschiktheidseis zoals opgenomen in artikel 4.2 van het aanbestedingsdocument. Nu AXPO niet over een leveringsvergunning beschikt, kan zij dus ook niet aan profielaansluitingen (G1A en G2A aansluitingen) hebben geleverd. AXPO kent als oprichtingsdatum 4 juli 2020 en kan dus niet voldoen aan de gehanteerde referentieperiode van minimaal 1 jaar vanaf 2020 en toestaan dat (deels) buitenlandse referentieopdrachten worden ingediend is niet toegestaan. De inschrijving van AXPO had daarom als ongeldig terzijde moeten worden gelegd.

4.3. Het consortium en Axpo voeren verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken. Het consortium en Axpo vragen daarbij om Gazprom in de proceskosten te veroordelen, op de wijze zoals vermeld in de door hen overgelegde conclusies.

5. De beoordeling van het geschil

Leveringsvergunning nodig?

5.1. Vaststaat dat Axpo niet beschikt over een leveringsvergunning. Volgens Gazprom moet Axpo daarom, gezien het verbod van artikel 43, eerste lid, van de Gaswet, worden uitgesloten van de aanbesteding. Het consortium en Axpo weerspreken dit. Zij stellen dat het

gas wordt geleverd in het kader van een overeenkomst als bedoeld in artikel 52c van de Gaswet, zodat op grond van artikel 43 lid 2 sub c het verbod van artikel 43, eerste lid, van de Gaswet niet geldt.

5.2. De voorzieningenrechter volgt het consortium en Axpo in dat verweer. Het Consortium en Axpo hebben gemotiveerd toegelicht dat en waarom aan de in artikel 52c van de Gaswet onder a, b en c genoemde vereisten is voldaan. Gazprom heeft dat ook niet weersproken, maar zij stelt zich op het standpunt dat het bij "een groep afnemers" als bedoeld in de aanhef van artikel 52c van de Gaswet uitsluitend gaat over de groep "sites" die worden vertegenwoordigd door de individuele deelnemers in het consortium als hoofdafnemer, die (door)leveren aan die sites/kleinverbruikers. De individuele deelnemers in het consortium zelf kwalificeren volgens Gazprom niet als zodanig. Voor die uitleg ziet de voorzieningenrechter echter geen aanknopingspunt. De leden van het consortium hebben tezamen de aanbesteding georganiseerd met als doel te komen tot een overeenkomst voor de levering aan hen van aardgas. De leden van het consortium zijn dus (een groep) afnemers. De omstandigheid dat ieder lid een of meer aansluitingen heeft en dus in die zin soms ook "doorlevert" doet daar niet aan af. Uit niets blijkt dat en waarom het begrip "een groep afnemers" uitsluitend zou zien op de laatste partij in de keten die gas ontvangt.

5.3. Deze uitleg past ook bij het doel van deze bepalingen, zoals vermeld in Kamerstukken II 2004/05, 30027, nr. 17, p. 2-3, te weten "de vergunningseis heeft tot doel de individuele kleinverbruiker te beschermen tegen malafide aanbieders. Een dergelijke bescherming heeft een grote partij als de partijen die dergelijke multi-site contracten sluiten, niet nodig".

5.4. Aan het standpunt van Gazprom dat uit de aanbestedingsstukken niet blijkt dat het de bedoeling was om toepassing te geven aan de uitzondering gaat de voorzieningenrechter voorbij. Niet valt in te zien waarom in de aanbestedingsstukken had moeten worden geëxpliciteerd dat en waarom er geen leveringsvergunning nodig is voor de uitgevraagde opdracht, indien dat volgt uit de wet. Indien dit voor Gazprom niet duidelijk was, had zij hier een vraag over moeten stellen, maar daar heeft zij kennelijk geen aanleiding voor gezien.

Voldaan aan geschiktheidseis?

5.5. Volgens Gazprom voldoet Axpo niet aan eis 4.2, zoals hiervoor onder 3.2 geciteerd. Gazprom stelt dat deze eis zo moet worden uitgelegd dat het moet gaan om een referentieopdracht waarbij aardgas is geleverd aan zowel telemetrie- als profielaansluitingen, maar waarbij onder profielaansluitingen enkel G1A en G2A moet worden begrepen en niet ook G2C aansluitingen. Aangezien een leverancier voor G1A en G2A aansluitingen een leveringsvergunning nodig heeft, en Axpo die niet heeft, kan zij volgens Gazprom niet aan deze eis voldoen.

5.6. De voorzieningenrechter volgt Gazprom daar niet in. Gazprom heeft niet weersproken dat G2C aansluitingen normaal gesproken tot de profielaansluitingen worden gerekend, zoals het Consortium heeft gesteld. In deze aanbesteding is daar enkel *voor wat betreft de wijze van facturatie* expliciet een uitzondering op gemaakt, in die zin dat telemetrieaansluitingen inclusief G2C-aansluitingen en profielaansluitingen exclusief G2C-aansluitingen moeten *worden gefactureerd*. Dat deze eis ten aanzien van de facturatie met zich brengt dat onder profielaansluitingen zoals bedoeld in de referentie-eis geen G2C aansluitingen vallen, kan niet worden gevolgd. Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver heeft dit niet uit de aanbestedingsstukken kunnen afleiden.

5.7. Gazprom heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat deze eis zo moet worden begrepen dat inschrijvers minimaal gedurende de referentieperiode actief moeten zijn geweest op de Nederlandse markt en dat het moet gaan om een referentie waarbij alle aansluitingen in Nederland zijn gelegen. Het consortium en Axpo hebben deze uitleg gemotiveerd weersproken. Dit volgt volgens hen én niet uit de aanbestedingsstukken, maar bovendien staat volgens hen het Europese aanbestedingsrecht niet toe dat een dergelijke eis wordt gesteld. Een beoordeling van dit geschilpunt kan echter achterwege blijven, nu het Consortium heeft verklaard dat Axpo een referentie heeft ingediend van een "multisite-klant" in Nederland die beschikt over een mix van tien telemetrie- en profielaansluitingen waaraan zij sinds 2017 gas levert, waarmee zij voldoet aan de gestelde geschiktheidseis. Daarbij heeft het consortium volledigheidshalve opgemerkt dat Axpo niet pas op 4 juli 2020 is opgericht, maar al sinds langere tijd actief is op de Nederlandse energiemarkt. Op 4 juli 2020 is enkel een Nederlandse vestiging ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Axpo heeft hier ter zitting aan toegevoegd dat ook alle aansluitingen van deze referentieopdracht in Nederland zijn gelegen. De voorzieningenrechter ziet geen aanknopingspunt om aan te nemen dat deze verklaringen onjuist zijn. Aangezien Gazprom haar standpunt enkel naar voren gebracht ter onderbouwing van haar stelling dat de inschrijving van Axpo als ongeldig terzijde moet worden gelegd, gaat de voorzieningenrechter hieraan voorbij.

5.8. Overigens heeft Axpo ook verklaard dat zij niet degene is die vraag 9 (zoals weergegeven onder 3.3) heeft gesteld (uit welke vraag volgens Gazprom volgt dat Axpo ook uitging van de door Gazprom gestelde lezing). Dat daargelaten moet aan Gazprom worden toegegeven dat het beter zou zijn geweest als het Consortium bij de beantwoording van deze vraag een bij een inschrijver kennelijk levend misverstand zou hebben rechtgezet. Het nalaten dat te doen heeft echter geen gevolgen voor de beoordeling.

Conclusie

5.9. Voor toewijzing van het gevorderde is gelet op al het vorenstaande geen plaats. Gazprom zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van het consortium en Axpo op de wijze zoals hierna vermeld. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

6. De beslissing

De voorzieningenrechter:

6.1. wijst het gevorderde af;

6.2. veroordeelt Gazprom om de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van zowel het consortium als Axpo begroot op € 1.683,--, waarvan € 1.016,-- aan salaris advocaat en € 667,-- aan griffierecht te voldoen i) aan Axpo binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en ii) aan het consortium binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis;

6.3. bepaalt dat het consortium en Axpo bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd zijn;

6.4. verklaart deze proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Vetter en in het openbaar uitgesproken op 14 juni 2021.
ts

