

- [Home](#)
- [>Uitspraken en registers](#)
- [>Uitspraken](#)
- [>Zoeken in uitspraken](#)

**LJN: BQ0942, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.181.171/01
en 200.081.345/01**

Datum 12-04-2011
uitspraak:
Datum 12-04-2011
publicatie:
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: aanbestedingsrecht, artikel 6 Wira, gunningsbeslissing, relevante redenen, uitsluiting, terzijdelegging, voornemen te gunnen.

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE
Sector handel

Arrest van de eerste civiele kamer d.d. 12 april 2011 in de zaken

Zaaknummers : 200.081.171/01 en 200.081.345/01
Rolnummer rechtbank : KG ZA 10-1432

in de zaken

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties),
zetelend te 's-Gravenhage,
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. M. van Rijn, advocaat te 's-Gravenhage,

tegen

KPN B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. W.H. van Baren, advocaat te Amsterdam;
(zaaknummer: 200.081.171/01, verder zaak I),

en:

TELE2 NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Diemen,
appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: Tele2,
advocaat: mr. D.P. Kuipers, advocaat te 's-Gravenhage,

tegen

KPN B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: KPN,
advocaat: mr. W.H. van Baren, voornoemd,
(zaaknummer 200.081.345/01, verder zaak II).

De gedingen

In zaak I is de Staat bij spoedappeldagvaarding van 24 januari 2011 in hoger beroep gekomen van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage, sector civiel recht, tussen KPN en de gevoegde partijen de Staat en Tele2 gewezen vonnis van 11 januari 2011 (LJN: BP0315). In deze spoedappeldagvaarding heeft de Staat elf grieven aangevoerd. In zaak II is Tele2 bij dagvaarding in spoedappel van eveneens 24 januari 2011 in hoger beroep gekomen van voornoemd vonnis en zij heeft daarin negen grieven aangevoerd. Tele2 heeft vervolgens nog een herstelexploot doen uitbrengen.

KPN heeft in beide zaken een memorie van antwoord tevens houdende incidenteel beroep genomen, daarin de grieven van de Staat en Tele2 bestreden en zelf twee grieven naar voren gebracht tegen het bestreden vonnis. In zaak I heeft de Staat bij memorie van antwoord in incidenteel appel de incidentele grieven bestreden. In zaak II heeft Tele2 hetzelfde gedaan.

Op 11 maart 2011 hebben in beide zaken pleidooien voor het hof plaats gevonden, waarbij partijen hun stellingen hebben laten toelichten door hun advocaten, zulks aan de hand van aan het hof overgelegde notities. Daarbij heeft KPN in beide zaken nog een productie ingebracht. Van het verhandelde ter terechtzitting is proces-verbaal opgemaakt. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd op de beschikbare procesdossiers.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak – kort samengevat – om het volgende.

(i) De Staat heeft in 2010 de openbare aanbestedingsprocedure Overheidstelecom 2010, Cluster Vast (hierna: OT2010, dan wel de opdracht) in gang gezet. Bij dit cluster gaat het om overeenkomsten voor telefoniediensten over het vaste net van de deelnemende overheden. OT2010 heeft grotendeels betrekking op de gereguleerde zakelijke markt. Als gunningscriterium wordt gehanteerd de economisch meest voordelige inschrijving. De inschrijvingstermijn sloot op 30 juli 2010 om 12.00 uur. Op de aanbesteding is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten 2005 (Bao) van toepassing.

(ii) Het Beschrijvend Document vermeldt, voor zover hier van belang:

“4. Invloed veranderende wet- en Regelgeving

.....

4.1 Algemeen

De OPTA heeft aan Aanbieders van telecommunicatiediensten regulering opgelegd. De mogelijkheid bestaat dat in de toekomst regelgeving in een breder verband ontstaat die van invloed is op de scope van de OT-2010 Aanbestedingen.

(...)

4.2 Toekomstige ontwikkelingen

Zoals bekend stelt de OPTA regelmatig nieuwe regelingen vast onder andere om de mededinging op de telecommunicatiediensten en een goede kwaliteit van telecommunicatiedienstverlening te blijven waarborgen. Door het continue toezicht van de OPTA, kunnen regelingen ook tijdens de looptijd van de OT2010-overeenkomsten geïntroduceerd worden. Als een regeling van kracht wordt die van toepassing is op de diensten die onderdeel zijn van de Overeenkomst, dient de Opdrachtnemer deze regelingen toe te passen op haar diensten voor zover deze verplichtend zijn, of dient de Opdrachtnemer in voorkomende gevallen andere Aanbieders in staat te stellen haar diensten zodanig aan te passen dat deze andere Aanbieders deze diensten in lijn met de nieuwe regelingen kan aanbieden.”

(iii) KPN en Tele2 waren ‘zittende leveranciers’ op basis van raamovereenkomsten gesloten in het kader van OT2006, de voorganger van OT2010.

(iv) Met het oog op de aanbesteding zijn onder andere de tarieven voor zogenaamde ‘WLR-nummerblokken’ van substantiële betekenis. ‘WLR’ staat voor ‘Wholesale Line Rental’. In het Besluit marktanalyse vaste telefonie van 19 december 2008 (hierna: VT-besluit) is KPN onder meer een ‘Wholesale Line Rental’-verplichting opgelegd, dat is de wholesale-dienst waarmee KPN de aansluitingen op haar telefoonnetwerk beschikbaar stelt aan haar concurrenten. De verplichting houdt kort samengevat in dat KPN ten opzichte van derden gelijke voorwaarden moet toepassen als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen en haar partnerondernemingen. Deze verplichting heeft mede betrekking op het proces van informatieverstrekking.

(v) Tele2 heeft op 29 juli 2010 (om 14.46 uur) ingeschreven op de aanbesteding; KPN deed dat op 30 juli 2010 (om 11.34 uur).

(vi) Bij brief van 27 augustus 2010 heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: het Ministerie) aan KPN bericht dat zij voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen, omdat haar inschrijving als de economisch meest voordelige is beoordeeld om reden dat de inschrijving voldoet aan de eisen van het Beschrijvend Document en de hoogste scores behaalde op zowel prijs als kwaliteit. Tele2 heeft daarop de Staat in kort geding gedagvaard om op 15 oktober 2010 voor de voorzieningenrechter te verschijnen. De behandeling ter zitting heeft niet plaatsgevonden.

(vii) Bij brief van 14 september 2010 heeft Tele2 aan de OPTA een verzoek om handhaving gedaan inzake een beweerde overtreding van de verplichtingen uit het VT-besluit door KPN in het kader van de onderhavige aanbesteding. Het verzoek strekte onder meer tot het opleggen van een dwangsom terzake van de door KPN gedane bieding die tot de voorlopige gunning heeft geleid.

(viii) Bij besluit van 13 oktober 2010 heeft de OPTA naar aanleiding van het verzoek

een overtreding geconstateerd van de non-discriminatieverplichting die met betrekking tot het proces van informatieverstrekking aan KPN is opgelegd. Het verzoek tot het opleggen van een dwangsom is daarbij afgewezen, aangezien de overtreding (gestart op 27 juli 2010) reeds (op 24 september 2010) beëindigd is. Een definitief oordeel over de vraag of de aanbidding van KPN in het kader van OT2010 voldoet aan gedragsregel 5 heeft de OPTA niet uitgesproken.

(ix) Vervolgens heeft het Ministerie KPN bij brief van 14 oktober 2010 de wens bericht bij haar besluitvorming over de opdracht voornoemd besluit van de OPTA te kunnen betrekken, alsmede dat daarom besloten is de gunningbeslissing in te trekken.

(x) Bij brief van 4 november 2010 heeft het Ministerie KPN meegedeeld dat haar inschrijving op OT2010 terzijde wordt gelegd en dat het Ministerie om de navolgende redenen voornemens is de opdracht te gunnen aan Tele2. Onder aanhaling van paragrafen 4.1 en 4.2 van het Beschrijvend Document (zie hiervoor onder (ii)) acht het Ministerie duidelijk dat met regelgeving mede wordt bedoeld op besluiten van OPTA ter waarborging van de mededinging op de telecommunicatiemarkt. Voorts vermeldt het Ministerie in zijn brief van 4 november 2010:

“In de Beschrijvende Documenten van de vier clusters is op verschillende plaatsen het belang benadrukt van marktwerking en gezonde concurrentie, alsmede van dienstverlening tegen marktconforme prijzen.

Bij het naleven van de besluiten van de OPTA mag het ervoor gehouden worden dat de gezonde concurrentie is gewaarborgd. Omgekeerd geldt dat wij er van moeten uitgaan dat dit niet het geval is bij schending van één of meer van de in die besluiten opgenomen verplichtingen. Daarom is in het Beschrijvend Document de eis opgenomen dat het uitdrukkelijk de plicht is van de Inschrijver om aan de vigerende regelgeving te voldoen. Deze verplichting geldt dus uitdrukkelijk naast de eveneens in het Beschrijvend Document opgenomen verplichting dat de inschrijving aan de vigerende regelgeving moet doen.

In haar besluit van 13 oktober 2010 heeft OPTA een overtreding door KPN vastgesteld van de non-discriminatieverplichting met betrekking tot het proces van informatieverstrekking die aan KPN is opgelegd uit hoofde van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie (hierna: VT-besluit). De door OPTA vastgestelde overtreding bestaat er in dat KPN de tarieven en voorwaarden van een gereguleerde wholesaledienst (WLR-actietarieven) voor vaste telefonie niet op gelijke wijze bekend heeft gemaakt aan interne en externe afnemers. OPTA heeft verder vastgesteld dat deze overtreding is gestart op 27 juli 2010 en is beëindigd op 24 september 2010. OPTA is tot deze vaststellingen gekomen met inachtneming van de bezwaren van KPN als verwoord in haar Zienswijze op het concept-besluit van OPTA.

Deze schending heeft als consequentie dat KPN niet voldoet aan de in het Beschrijvend Document opgenomen duidelijke eis dat zij uitdrukkelijk de plicht heeft om te voldoen aan de vigerende regelgeving. Het niet voldoen aan deze eis brengt met zich dat KPN niet in aanmerking komt voor gunning van de opdracht voor Cluster Vast, zodat wij de inschrijving van KPN op Cluster Vast terzijde dienen te leggen.”

(x) KPN heeft tegen het hiervoor onder (viii) genoemde besluit van de OPTA op 17 november 2010 bezwaar gemaakt en bij de voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) een voorlopige voorziening gevraagd strekkende tot schorsing van het besluit.

(xi) Op 20 december 2010 heeft de voorzitter van het CBb de door KPN gevraagde

voorziening afgewezen.

(xii) Op 22 december 2010 heeft OPTA een concept-besluit vastgesteld waarin de overige onderdelen (strijd met gedragsregels ND-1, ND-3 en ND-5) van het handhavingverzoek van Tele2 aan de orde komen, met als dictum dat het handhavingsverzoek van Tele2 wordt afgewezen. Zowel KPN als Tele2 heeft daarop haar zienswijze gegeven.

2. Na vermindering van eis heeft KPN bij de voorzieningenrechter van de rechtbank gevorderd de Staat te bevelen het besluit om thans (voorlopig) aan Tele2 te gunnen in te trekken, alsmede om primair te bepalen dat het Cluster Vast van OT2010 aan geen ander dan aan KPN gegund mag worden, dan wel subsidiair de gunningbeslissing aan te houden totdat onherroepelijk zal zijn beslist, hetzij door OPTA op bezwaar, hetzij op het tegen een onverhoopt negatief uitvallende beslissing op bezwaar van de OPTA door KPN bij het CBb in te stellen beroep. KPN acht de beslissing van de Staat om de inschrijving van KPN (alsnog) terzijde te leggen en diens voornemen om de opdracht aan Tele2 te gunnen onrechtmatig. Zij acht de door de OPTA vastgestelde overtreding van de aan KPN opgelegde non-discriminatieverplichting ter zake van informatieverstrekking niet van invloed op de mededinging/concurrentie in het kader van de onderhavige aanbesteding. Het terzijdeleggen van de inschrijving van KPN wegens het niet voldoen aan de in hoofdstuk 4 van het Beschrijvend Document beschreven eis betreffende de "vigerende regelgeving" vormt het stellen van een nieuwe uitsluitingsgrond, waartegen het gesloten stelsel van het aanbestedingsrecht zich verzet. De Staat en Tele2 – de laatste heeft zich in de procedure gevoegd – hebben de vorderingen van KPN gemotiveerd bestreden.

3. De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis de Staat bevolen zijn besluit om de opdracht thans (voorlopig) aan Tele2 te gunnen in te trekken, met compensatie van de proceskosten. De beslissing berust – kort samengevat – op de volgende overwegingen.

De voorzieningenrechter heeft met betrekking tot het besluit van 13 oktober 2010 gewezen op het beginsel van formele rechtskracht. Voor zover dat besluit onjuistheden zou bevatten gaat de voorzieningenrechter daaraan voorbij. Hij volgt niet de opvatting van de Staat en van Tele2 dat KPN niet heeft voldaan aan de in paragraaf 4.1 van het Beschrijvend Document gestelde als uitsluitingsgrond op te vatten eis om als inschrijver te voldoen aan de vigerende regelgeving. De uitsluitingsgronden zijn limitatief vermeld in paragraaf 8.2 van bedoeld document en de eis om te voldoen aan de thans vigerende regelgeving is daarin niet opgenomen. Voor zover het Ministerie beoogde om die eis als uitsluitingsgrond toe te passen had dit in laatstgenoemde paragraaf uitdrukkelijk opgenomen moeten worden, waarbij de voorzieningenrechter in het midden laat de vraag of het gesloten stelsel van uitsluitingsgronden daaraan in de weg staat. KPN behoefde dus in ieder geval niet te begrijpen dat deze eis door het Ministerie zou (kunnen) worden gehanteerd als uitsluitingsgrond. Die eis mag dan ook niet als zodanig worden toegepast. De verweren van de Staat c.q. van Tele2 verwerpt de voorzieningenrechter. Aan het ter zitting van de voorzieningenrechter gedane beroep op de door KPN ingevulde en ondertekende "Eigen verklaring omstandigheden", zoals bedoeld in paragraaf 8.2.2, onder a, van het Beschrijvend Document, gaat de voorzieningenrechter voorbij. Er is geen sprake van het niet indienen van zo'n verklaring en het niet nakomen van een in die verklaring op zich genomen verplichting leidt niet tot uitsluiting, maar mogelijk tot schadeplichtigheid jegens de aanbestedende dienst c.q. de opdrachtgever. De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat KPN ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding.

Hij acht niet uitgesloten dat door KPN in een cruciale fase van de aanbesteding de eerlijke concurrentie is verstoord en de afzonderlijke (kandidaat) inschrijvers ongelijke kansen hadden, zodat ten tijde van de inschrijvingen geen "level playing field" aanwezig was. Dit brengt mee dat de opdracht aan de hand van de huidige inschrijvingen ook niet rechtmatig aan KPN kan worden gegund. Het staat het Ministerie vrij over te gaan tot heraanbesteding, maar een daarop gerichte vordering is niet bij de voorzieningenrechter ingesteld. Ook kan de beslissing over heraanbesteding worden uitgesteld, maar een verplichting daartoe is er niet. Er is geen grond voor een rechterlijk bevel om de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure af te wachten, aldus de voorzieningenrechter.

Zaak I

4. Met grief 1 keert de Staat zich tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de Staat zich bij de uitsluiting van KPN en de terzijdelegging van haar inschrijving enkel op het OPTA-besluit heeft gebaseerd en dat op grond daarvan de Staat (en Tele2) kennelijk een uitsluitingsgrond lezen in paragraaf 4.1 van het Beschrijvend document waarin de eis is gesteld om als inschrijver te voldoen aan vigerende regelgeving. De Staat beroept zich op de brief van 4 november 2010 aan KPN. Ten overvloede beroept de Staat er zich er mede op dat de inschrijving van KPN ook als zijnde 'onregelmatig' in de zin van de richtlijn en het Bao terzijde is gelegd. Daarvan is volgens de Staat sprake als een inschrijving tot stand is gekomen buiten vrije concurrentie om. Grief 2 is gericht tegen de uitleg van de voorzieningenrechter ten aanzien van de in paragraaf 4.1 opgenomen eis dat de inschrijver moet voldoen aan de vigerende regelgeving, zulks in samenhang met de tekst van paragraaf 8.1 van het Beschrijvend Document. De Staat stelt dat er geen specifieke bepaling in de aanbestedingsdocumenten nodig is om tot uitsluiting van (de inschrijving) van KPN over te gaan. KPN heeft in strijd gehandeld met de non-discriminatieverplichting, die aan KPN is opgelegd om het level-playingfield te waarborgen en deze verplichting geldt bij uitstek ook in aanbestedingen als de onderhavige. Niettemin vormen volgens de Staat ook de paragrafen 4.1 en 4.2 een voldoende (transparante) basis voor het terzijde leggen van de inschrijving van KPN. Grief 3 bestrijdt de overweging dat KPN niet hoefde te begrijpen dat voornoemde eis zou (kunnen) worden gehanteerd als uitsluitingsgrond, onder welke omstandigheid die eis dan ook niet 'als zodanig' mag worden toegepast. Van het creëren van een nieuwe – niet (vooraf) kenbare – uitsluitingsgrond is geen sprake. Grief 4 komt op tegen de te beperkte uitleg van het arrest Michaniki van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 16 december 2008. De Staat vindt in het arrest steun voor de gedachte dat het een individuele aanbestedende dienst vrijstaat om aanvullende uitsluitingsmaatregelen vast te stellen die beogen te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van transparantie in acht worden genomen, mits dergelijke maatregelen proportioneel zijn. De terzijdelegging van de inschrijving van KPN voldoet daaraan, volgens de Staat. Grief 5 bestrijdt de verwerping van het verweer van de Staat dat KPN haar rechten heeft verwerkt om te mogen klagen over (eventuele) onduidelijkheden in het Beschrijvend Document en grief 6 de overweging terzake een inconsistentie in de standpunten van de Staat (en Tele2), aangezien de uitsluiting van KPN slechts ziet op de onderhavige aanbesteding. Grief 7 klaagt over de overweging betreffende de mogelijke uitsluiting indien geen 'Eigen verklaring omstandigheden' zou zijn ingediend en dat het niet-nakomen slechts tot schadeplichtigheid zou kunnen leiden. Grief 8 komt op tegen de conclusie dat KPN ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding. Grief 9 betoogt dat het er op grond van het OPTA-besluit voor gehouden moet worden dat door de handelwijze van KPN het gelijkheidsbeginsel in het aanbestedingsrecht is geschonden. Met grief 10 bestrijdt de Staat de overweging

dat thans niet rechtmatig kan worden gegund. Tenslotte laakt grief 11 de compensatie van proceskosten.

Zaak II

5. Grief I van Tele2 klaagt erover dat het bestreden vonnis in strijd is met fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, alsmede met de tekst c.q. de uitleg van het Beschrijvend Document. Deze beginselen houden in dat een aanbieder die de concurrentie tijdens de aanbesteding verstoort van die aanbesteding dient te worden uitgesloten. KPN is terecht uitgesloten, althans haar inschrijving is terecht terzijde gelegd. Grief II komt op tegen overweging 4.4 van de voorzieningenrechter. Tele2 meent dat het Beschrijvend Document geen onduidelijkheden bevat, maar een duidelijk onderscheid maakt tussen vigerende regelgeving ten tijde van de aanbesteding en mogelijke toekomstige ontwikkelingen. KPN had kunnen verwachten dat een overtreding van de regelgeving die nu juist het "level playing field" moet waarborgen gevolgen zou hebben voor haar deelname aan de aanbesteding. Tele2 stelt dat het gesloten stelsel van (limitatieve) uitsluitingsgronden niet in de weg staat aan de bevoegdheid om daarnaast aanvullende eisen te stellen. Op grond van het algemene aanbestedingsrechtelijke beginsel dat een inschrijver, die de mededinging tijdens een openbare aanbestedingsprocedure verstoort, dient te worden uitgesloten, was de Staat daartoe gehouden. Dit vormt volgens Tele2 ook een proportionele reactie, omdat de OPTA heeft vastgesteld dat KPN de concurrentie tijdens de aanbestedingsprocedure ernstig heeft verstoord. Grief III bestrijdt overweging 4.5, omdat daarin miskend wordt dat de waarborging van het "level playing field" en het voorkomen van concurrentievervalsing tijdens een aanbestedingsprocedure, behoren tot de kern van het aanbestedingsrecht, hetgeen bij alle inschrijvers bekend mag worden verondersteld. Tele2 beroept zich op de letterlijke tekst van paragraaf 4.1 in samenhang met de Eigen verklaring omstandigheden die KPN heeft moeten invullen. Zij beroept zich ook op de omstandigheid dat KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht is aangewezen met daarbij horende verplichtingen. Bovendien moet gekeken worden naar wat andere inschrijvers, waaronder Tele2, in de aanbestedingsprocedure mochten verwachten. Grief IV, grief V en grief VI van Tele2 bestrijken dezelfde kwesties als waartegen grief 5, grief 6 en grief 7 van de Staat zich richten. Grief VII klaagt erover dat de voorzieningenrechter in het midden heeft gelaten of de omstandigheid dat in een zeer laat stadium op paragraaf 8.2.2 met betrekking tot de Eigen Verklaring een beroep is gedaan, aan honorering van dit verweer in de weg staat. KPN had duidelijk kunnen zijn dat de Staat de beslissing tot uitsluiting, althans terzijdelegging ook zou (kunnen) baseren op paragraaf 8.2.2. De Staat zou daarmee ook het gelijkheidsbeginsel hebben gehandhaafd. Grief VIII van Tele2 richt zich tegen het oordeel dat KPN ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding, omdat ook daardoor het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Grief IX komt tenslotte op tegen het oordeel dat de beslissing om (voorlopig) aan Tele2 te gunnen moet worden ingetrokken en voorts dat dit niet betekent dat aan geen ander dan KPN mag worden gegund, hetgeen er op neer komt dat op basis van de voorliggende inschrijvingen niet rechtmatig kan worden gegund, maar dat heraanbesteding wel vrij staat.

Zaken I en II

6. In incidenteel beroep komt KPN met grief 1 op tegen de overwegingen dat nog niet aan haar mag worden gegund en dat er ten tijde van de inschrijving geen "level playing field" was, zodat de opdracht aan de hand van de huidige inschrijvingen ook niet aan KPN kan worden gegund. Met grief 2 komt zij op tegen de overweging dat

thans niet rechtmatig aan KPN kan worden gegund, dat een aantal gevraagde voorzieningen niet kan worden toegewezen en dat de proceskosten moeten worden gecompenseerd. KPN stelt zich op het standpunt dat het eventueel verstoord zijn van de mededinging door KPN niet kan leiden tot een uitsluiting van KPN. Zij acht de mededinging niet verstoord, wat blijkt uit de vaststelling door de OPTA op 22 december 2010. KPN bepleit alsnog toewijzing van de door haar gevraagde voorzieningen.

In zaken I en II

7.1 De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

7.2 In de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira) is geregeld dat op het moment waarop de betrokken inschrijvers door de aanbestedende dienst in kennis gesteld worden van de gunningsbeslissing, zij ook alle relevante informatie ontvangen om een doeltreffend beroep te kunnen instellen. Een samenvattende beschrijving van de relevante redenen is daartoe onvoldoende. De gunningsbeslissing dient transparant te worden gemotiveerd. In artikel 6 van de Wira is dit aldus tot uitdrukking gebracht dat de mededeling van een gunningsbeslissing aan iedere inschrijver of gegadigde de relevante redenen bevat voor die beslissing. Dit brengt mee dat het een aanbestedende dienst in beginsel niet geoorloofd is om na de in artikel 6 bedoelde mededeling (alsnog) te komen met (een) andere (relevante) reden(en) voor de gunningsbeslissing. Een reden om niet aan dit beginsel de hand te houden is niet aangevoerd.

7.3 Het hof zal dus slechts acht slaan op de in de brief van 4 november 2010 verwoorde redenen voor de gunningsbeslissing, te weten hetgeen in de eerste alinea van paragraaf 4.1 is bepaald, in combinatie met het bepaalde in paragraaf 4.2, van hoofdstuk 4. 'Invloed veranderende wet- en Regelgeving' van het Beschrijvend Document. In deze paragrafen zijn aanwijzingen te lezen dat voor aanbieders van telecommunicatiediensten regels gelden die (in breder verband) kunnen wijzigen en dat deze regels zullen moeten worden toegepast door inschrijvers c.q. (toekomstige) opdrachtnemers in geval van toekomstige wet- en regelgeving. De gekozen formulering biedt geen enkel aanknopingspunt om daarin (een) verplichting(en) te lezen die, indien deze niet in acht is/zijn genomen tijdens de aanbesteding, leidt/leiden tot uitsluiting van gunning van de opdracht (terzijdelegging van de inschrijving). Het hof onderschrijft de overwegingen van de voorzieningenrechter dienaangaande in zijn rechtsoverwegingen 4.4 en 4.5 van het bestreden vonnis. (De in deze brief ten overvloede genoemde omstandigheden bieden evenmin aanknopingspunten om daaraan bedoelde uitsluiting of terzijdelegging te verbinden.) Uit het transparantiebeginsel vloeit voort dat, nu het Beschrijvend Document geen enkele duidelijkheid geeft over de wijze waarop de aanbestedende dienst zal beoordelen of de inschrijver aan de in de paragrafen 4.1 en 4.2 opgenomen verplichtingen voldoet en de sanctie van uitsluiting (terzijdelegging) niet met zoveel woorden in het Beschrijvend Document is voorzien, KPN als inschrijver niet geacht kan worden te hebben moeten begrijpen dat deze omstandigheid (enkel) die sanctie zou (kunnen) teweegbrengen. Mede in aanmerking genomen hetgeen in rechtsoverweging 7.2 is vermeld, zal het hof zich niet begeven in een beschouwing over wat een in het aanbestedingsrecht passende reactie zou zijn geweest op de door OPTA vastgestelde schending. Het standpunt dat in zijn algemeenheid uitsluiting zou moeten volgen als uitvloeisel van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht acht het hof onjuist. Daarbij laat het hof in het midden of in een

aanbestedingsbestek aanvullende uitsluitingsgronden mogen worden geformuleerd aangezien dat in de onderhavige zaak niet van belang is.

7.4 Ten overvloede merkt het hof op dat een en ander onverlet laat de sanctiemogelijkheden die de OPTA onder de gegeven omstandigheden ter beschikking staan en de in dat kader geboden rechtsbescherming.

7.5 De slotsom is dat de inschrijving van KPN ten onrechte terzijde is gelegd en dat het daarop berustende voornemen van de Staat om de opdracht aan Tele2 te gunnen niet in rechte in stand kan blijven.

7.6 De door de Staat aangevoerde grieven 1 tot en met 8 falen op grond van het vorenoverwogene. Grief 9 van de Staat miskent dat, wat er van zij of door de handelwijze van KPN (volgens de OPTA discriminatoire bekendmaking) in een cruciale fase van de aanbesteding sprake is geweest van verstoring van de eerlijke concurrentie en van ongelijke kansen voor de afzonderlijke (kandidaat) inschrijvers en of dit een schending betreft van een van de pijlers van het aanbestedingsrecht, de sanctie daarop in het onderhavige geval niet de uitsluiting (de terzijdelegging) kan zijn.

7.7 De door Tele2 aangevoerde grieven I tot en met IX, eerste onderdeel, falen eveneens op grond van het vorenoverwogene. In dit verband overweegt het hof nog dat de omstandigheid dat KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht moet worden aangemerkt, dit niet anders maakt.

7.8 KPN verbindt aan de hiervoor in rechtsoverweging 7.6 bedoelde slotsom de gevolgtrekking dat haar vordering wat betreft het primaire onderdeel moet worden toegewezen. Het hof volgt dit slechts in zoverre dat, indien de Staat in het kader van OT2010 de onderhavige overheidsopdracht wil gunnen, hij dat niet aan een ander zal (kunnen) doen dan aan KPN. In zoverre slagen de in het incidentele beroep in beide zaken naar voren gebrachte grieven van KPN. Het hof laat in het midden of de Staat in het onderhavige geval tot heraanbesteding mag overgaan, omdat partijen daarover geen standpunt hebben ingenomen en dit geen onderdeel vormt van de rechtsstrijd. Het in grief 10 van de Staat tot uitdrukking gebrachte standpunt dat er geen enkele grond is om niet tot gunning aan Tele2 te mogen overgaan verwerpt het hof op grond van het vorenoverwogene. Evenzo verwerpt het hof het in grief IX op de overige onderdelen door Tele2 naar voren gebrachte.

8. Het bestreden vonnis dient te worden bekrachtigd en deels aangevuld.

9. De Staat c.q. Tele2 zullen als in het ongelijk gestelde partij veroordeeld worden in de proceskosten van het geding in het (principaal en incidenteel) hoger beroep, waaronder begrepen de (nog te maken) nakosten. Ingevolge artikel 237, derde lid, Rv blijft de vaststelling van de proceskosten door het hof in dit arrest beperkt tot de vóór de uitspraak gemaakte kosten.

Beslissing

Het hof:

in de zaak met zaaknummer 200.081.171/01 (zaak I) en met zaaknummer 200.081.345/01 (zaak II)

- bekrachtigt het bestreden vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 januari 2011; en voegt in het dictum na het eerste aandachtstreepje het navolgende tussen:
- bepaalt dat indien de Staat het Cluster Vast in het kader van OT2010 wil gunnen, hij dat niet aan een ander zal doen dan aan KPN;
- wijst het in hoger beroep meer of anders door KPN gevorderde af;

in de zaak met zaaknummer 200.081.171/01 (zaak I)

- veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in (principaal en incidenteel) hoger beroep aan de zijde van KPN tot op heden vastgesteld op € 649,-- aan verschotten en € 4.023,-- aan salaris van de advocaat, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- verklaart dit arrest ten aanzien van voornoemde proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in de zaak met zaaknummer 200.081.345/01 (zaak II)

- veroordeelt Tele2 in de kosten van het geding in (principaal en incidenteel) hoger beroep aan de zijde van KPN tot op heden vastgesteld op € 649,-- aan verschotten en € 4.023,-- aan salaris van de advocaat, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- verklaart dit arrest ten aanzien van voornoemde proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.V. van den Berg, J. Kramer en S.M. Evers en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 april 2011 in aanwezigheid van de griffier.
