

**LJN: BP0315,Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage ,
380595 / KG ZA 10-1432**

Datum uitspraak: 11-01-2011

Datum publicatie: 11-01-2011

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Kort geding

Inhoudsindicatie: Kort geding; aanbesteding inkoop van telecommunicatiediensten over het vaste net. De Staat heeft KPN uitgesloten van de aanbesteding en haar inschrijving terzijde gelegd (enkel) omdat de OPTA - naar aanleiding van een hanhavingsverzoek van Tele2 - heeft vastgesteld dat KPN de haar opgelegde non-discriminatieverplichting ter zake van het proces van informatieverstrekking heeft geschonden. Daarmee heeft KPN - volgens de Staat - de in de aanbestedingstukken opgelegde plicht om te voldoen aan de vigerende regelgeving geschonden. De Staat is thans voornemens om de opdracht te gunnen aan Tele2. Het eerder geuite voornemen om aan KPN te gunnen is ingetrokken. De voorzieningenrechter stelt voorop dat het beginsel van formele rechtskracht meebrengt dat in een civielrechtelijke procedure moet worden uitgegaan van de juistheid van het besluit van de OPTA. De voorzieningenrechter oordeelt dat KPN ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding. Op grond van de aanbestedingstukken (het "Beschrijvend Document") behoefde KPN niet te begrijpen dat de eis betreffende het voldoen aan de "vigerende regelgeving" zou (kunnen) worden gehanteerd als uitsluitingsgrond. In feite hanteert de Staat een nieuwe - niet (vooraf) kenbare - uitsluitingsgrond, waartegen het aanbestedingsrecht zich verzet. Verder is er geen sprake van rechtsverwerking van de zijde van KPN. Het beroep van de Staat op de door KPN ingevulde en ondertekende "Eigen verklaring omstandigheden", waarbij KPN heeft toegezegd zich te onthouden van elk gedrag dat schadelijk is of kan zijn voor de vrije of eerlijke mededinging in de aanbestedingsprocedure wordt verworpen. Nu KPN ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding, moet het besluit van de Staat om de opdracht (voorlopig) te gunnen aan Tele2 worden ingetrokken. Dat betekent echter nog niet dat de opdracht aan geen ander dan KPN mag worden gegund. Op grond van het besluit van de OPTA kan niet worden uitgesloten dat in een cruciale fase van de aanbestedingsprocedure sprake is geweest van verstoring van de eerlijke concurrentie en van ongelijke kansen voor de afzonderlijke (kandidaat)inschrijvers. Onder die omstandigheden moet het ervoor worden gehouden dat ten tijde van de inschrijvingen geen "level playing field" aanwezig was, zodat de opdracht aan de hand van de huidige inschrijvingen ook niet aan KPN kan worden gegund. Het komt er dus op neer dat op basis van de voorliggende inschrijvingen thans niet rechtmatig kan worden gegund. Het staat de Staat vrij om tot heraanbesteding van dezelfde opdracht over te gaan. Een daarop gerichte vordering is echter niet ingesteld. De Staat kan er ook voor kiezen om de beslissing over heraanbesteding uit te stellen totdat de OPTA en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hebben beslist op bezwaar respectievelijk in beroep.

Uitspraak

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: 380595 / KG ZA 10-1432

Vonnis in kort geding van 11 januari 2011

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KPN B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
eiseres,
advocaat mr. P.V. Eijsvoogel te Amsterdam,

tegen:

DE STAAT DER NEDERLANDEN
(Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties),
zetelend te 's-Gravenhage,
gedaagde,
advocaat mr. H.M. Fahner te 's-Gravenhage,

en tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TELE2 NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Diemen,
gevoegde partij,
advocaat mr. D.P. Kuipers.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als "KPN", "de Staat" en "Tele2".

1. Het incident tot voeging

Tele2 heeft verzocht zich te mogen voegen aan de zijde van de Staat. Ter zitting van 24 december 2010 hebben KPN en de Staat verklaard geen bezwaar te hebben tegen de voeging. Tele2 is vervolgens toegelaten als gevoegde partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat het verzoek tot voeging aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen in de weg staat.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 24 december 2010 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. Op 4 juni 2010 is het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna "het Ministerie") een Europese openbare aanbestedingsprocedure gestart onder de naam "OT2010, Cluster Vast". De betreffende opdracht richt zich op in- en uitgaand verkeer via gangbare koppelvlakken voor telefonieverbindingen met het openbare netwerk op vaste locaties en de verwerving van gangbare diensten, ofwel (kort gezegd) de inkoop van telecommunicatiediensten over het vaste net. 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.

2.2. Met het oog op de aanbesteding zijn onder andere de tarieven voor zogenaamde "WLR-nummerblokken" van substantiële betekenis, waarbij "WLR" staat voor ("Wholesale Line Rental").

2.3. Het Beschrijvend Document vermeldt, voor zover hier van belang:

"(.....)

4 INVLOED VERANDERENDE WET- EN REGELGEVING

4.1 Algemeen

De OPTA (voorzieningenrechter: de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit) 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.

Het is uitdrukkelijk de plicht van de Inschrijver om te voldoen aan de vigerende regelgeving. De Inschrijvingen dienen te voldoen aan de regelgeving die op het moment van inschrijven van kracht is. Indien dit niet het geval is dan wordt de betreffende Inschrijving als niet geldig beschouwd. Eventuele wijzigingen na dat moment worden alleen voor zover verplichtend voorgeschreven, verwerkt in de Inschrijvingen dan wel contracten (zie ook hoofdstuk 4.2).

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 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.

(.....)

8. SELECTIE EN GUNNING

8.1 Inleiding

De tijdig ontvangen Inschrijvingen worden eerst beoordeeld op een aantal selectiecriteria. De selectiecriteria bestaan uit vormvereisten, uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Deze zijn in dit hoofdstuk beschreven. In paragraaf 8.2.1, 8.2.2 en 8.3.2 staan de eisen beschreven waaraan een Inschrijver in ieder geval moet voldoen om voor verdere beoordeling in aanmerking te komen. Het risico van ontbreken van informatie of antwoorden berust bij de Inschrijver. Dit betekent dat Inschrijvers die in de selectiefase niet voldoen aan één of meer van deze minimum eisen of selectiecriteria, niet verder beoordeeld worden en de Inschrijving voor de rest van de procedure ter zijde wordt gelegd.

8.2 Selectiefase

In de selectiefase wordt de Inschrijver beoordeeld.

(.....)

8.2.2. Minimumeisen (uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen)

Hieronder staan de minimum selectie-eisen voor de Inschrijver beschreven. De Inschrijver dient alle gegevens volledig en juist aan te leveren.(.....)

a) Verklaring art. 45 Bao

De Inschrijver dient de in Bijlage E, Formulier II: "Eigen Verklaring omstandigheden" in te vullen en te ondertekenen. (.....)

(.....)?

2.4. 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).

2.5. Bij haar inschrijving heeft KPN gevoegd een door haar ingevulde en ondertekende "Eigen verklaring omstandigheden", zoals bedoeld onder 8.2.2 onder a in het Beschrijvend Document. Deze verklaring houdt onder meer het volgende in:

"Inschrijver is verplicht:

(.....)

- zich in het algemeen te onthouden van elk gedrag dat schadelijk is of kan zijn voor de vrije of eerlijke mededinging in de aanbestedingsprocedure."

2.6. Bij brief van 27 augustus 2010 heeft het Ministerie aan KPN bericht voornemens te zijn de opdracht aan KPN te gunnen, aangezien haar inschrijving als de economisch meest voordelige inschrijving is beoordeeld. Tele2 heeft daarop de Staat in kort geding gedagvaard om op 15 oktober 2010 voor deze rechtbank te verschijnen. De behandeling ter zitting heeft niet plaatsgevonden.

2.7. Op 14 september 2010 heeft Tele2 aan de OPTA een verzoek om handhaving gedaan inzake een beweerdelijke overtreding door KPN van haar verplichtingen uit hoofde van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie in het kader van de onderhavige aanbesteding. Daarop heeft (het college van) de OPTA op 13 oktober 2010 een besluit genomen (hierna te noemen "het Besluit"), dat voor zover hier van belang het volgende inhoudt:

"(.....)

4 Feiten en omstandigheden

(.....)

22. KPN's retailafdeling heeft omstreeks 20 juli 2010 en in ieder geval na half juli 2010 aan KPN wholesale verzocht om een verlaging van de WLR-tarieven met het oog op het doen van een aanbieding in het kader van de aanbesteding OT2010.

(.....)

23. Op 27 juli 2010 is het tariefvoorstel (.....) in de Pricing Board W&O behandeld en goedgekeurd. De Pricing Board W&O heeft daarop een positief besluit genomen met betrekking tot de invoering van de WLR-actietarieven voor nummerblokken per 1 oktober 2010 waarbij een korting van 60% op de nummerblokken wordt gegeven.

(.....)

27. Op 28 juli 2010 zijn de WLR-actietarieven voor nummerblokken per 1 oktober 2010, alsmede een ongeadresseerde brief hierover op de website van KPN wholesale geplaatst. (.....) Externe afnemers van WLR zijn niet voor 30 juli 2010 op de hoogte gesteld van de plaatsing en de vindplaats van deze informatie op de website. (.....)

(.....)

31. Op 30 juli 2010 om 11.00 uur zijn de markt en OPTA op de voor KPN gebruikelijke wijze per e-mail nieuwsbrief op de hoogte gesteld van - onder meer - de aanpassingen van de WLR-tarieven, alsmede de introductie van de WLR-actietarieven voor nummerblokken per 1 oktober. Deze informatie vermeldt - onder meer - het volgende: "Meer informatie over hoe deze actie wordt ingevuld volgt eind augustus 2010"

(.....)

5 Juridisch Kader

37 In dictumpunt xlvii van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie is aan KPN specifiek voor WLR een non-discriminatieverplichting opgelegd. De formulering luidt als volgt:

KPN dient op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 van de Tw (voorzieningenrechter: Telecommunicatiewet) de genoemde vormen van toegang onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN ten opzichte van derden gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen.

38. In dictumpunt xlviii van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie is onder andere opgenomen dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op:

- het proces van informatieverstrekking.

39. In randnummer 876 van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie staat het proces van informatieverstrekking nader beschreven. De formulering luidt als volgt:

- het proces van informatieverstrekking: hiermee doelt het college op gelijke behandeling van interne en externe afnemers met betrekking tot tijdige bekendmaking van (wijzigingen) in tarieven (waaronder mede begrepen eenmalige tarieven, actietarieven en kortingen) en alle voorwaarden (waaronder mede begrepen locaties waar de dienst beschikbaar is, dienstbeschrijving, order- en leveringsvoorwaarden).

6 Overwegingen

(.....)

44. De verplichting tot non-discriminatie heeft tot doel te verzekeren dat KPN en andere marktdeelnemers over een gelijke positie kunnen beschikken. De verplichting strekt er (onder meer) toe te voorkomen dat marktpartijen ten opzichte van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor vaste telefonie door een achterstand in informatiepositie in een slechtere concurrentiepositie komen te verkeren. Daarnaast beoogt de non-discriminatieverplichting te voorkomen dat KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor vaste telefonie door het niet of niet tijdig verstrekken van informatie over de voorwaarden waaronder toegang wordt verleend zich een concurrentievoordeel verwerft. De non-discriminatieverplichting beoogt daarmee concurrentievervalsing op (meer in het bijzonder) downstream-markten te voorkomen. De vraag of KPN zich aan de verplichting tot non-discriminatie heeft gehouden moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

(.....)

Bekendmaking

46. Het plaatsen van de tarieven en een deel van de voorwaarden op de website van KPN op 28 juli 2010 beschouwt het college niet als bekendmaken van tarieven en voorwaarden. Bij bekendmaken dient het te gaan om een actieve handeling waarbij externe afnemers actief moeten worden gewezen op de informatie. Daarvan was derhalve eerst later sprake (zie randnummer 47).

Tijdige bekendmaking

47. Het college is van oordeel dat aan externe afnemers de tarieven en voorwaarden van de WLR-actietarieven voor nummerblokken niet tijdig bekend zijn gemaakt:

- De WLR-actietarieven zijn door KPN wholesale op verzoek van KPN retail vastgesteld. De aanleiding voor dit verzoek van KPN retail was de aanbesteding inzake OT2010. KPN wholesale was van deze aanleiding op de hoogte.
- Op 27 juli 2010 heeft KPN retail kennisgenomen van de tarieven en voorwaarden van de WLR-actietarieven voor nummerblokken en daarvan kunnen gebruikmaken en ook daadwerkelijk gebruik gemaakt bij het toetsen van het bid inzake OT2010 aan gedragsregel 5
- Het bod voor OT2010 moest uiterlijk op 30 juli 2010 (om 12.00 uur) zijn ingediend.
- KPN heeft per e-mailnieuwsbrief op 30 juli 2010 (om 11.00 uur) de tarieven en een deel van de voorwaarden van de WLR-actietarieven voor nummerblokken aan externe afnemers bekendgemaakt; en
- Op 24 september 2010 zijn de volledige voorwaarden van de WLR-actietarieven voor nummerblokken door KPN aan externe afnemers bekendgemaakt.
- Het college is van oordeel dat tijdige bekendmaking in ieder geval minimaal gelijktijdige bekendmaking betekent.

Aangezien KPN reeds op 27 juli 2010 over alle voorwaarden beschikte van de WLR-actietarieven voor nummerblokken en externe afnemers pas op 24 september 2010 is geen sprake van (gelijk)tijdige bekendmaking.

Bekendmaking op gelijke wijze

48. Het college is van oordeel dat KPN retail op niet op gelijke wijze is geïnformeerd over de voorwaarden en tarieven van de WLR-actietarieven voor nummerblokken dan aan externe afnemers is bekendgemaakt.

- KPN is op 27 juli 2010 in één keer volledig geïnformeerd over de tarieven en alle voorwaarden van de WLR-actietarieven voor nummerblokken.
- Aan externe afnemers is in de periode van 30 juli 2010 tot en met 24 september 2010 op verschillende momenten en in delen deze informatie bekendgemaakt. Op 30 juli 2010 zijn de tarieven en een deel van de voorwaarden bekendgemaakt. Op 24 september 2010 zijn alle voorwaarden bekendgemaakt.

Bekendmaking van alle voorwaarden

49. Het college is van oordeel dat KPN aan externe afnemers eerst op 24 september 2010 de tarieven en alle voorwaarden van de WLR-actietarieven voor nummerblokken heeft bekendgemaakt.

- Eén van de nader bekendgemaakte voorwaarde op 24 september 2010 betrof de mogelijkheid en financiële consequenties van het opzeggen van een nummerblok binnen de contracttermijn van 36 maanden. Dit betreft de nadere voorwaarde dat bij tussentijdse opzegging gedurende de resterende looptijd van het contract voor dat nummerblok niet behoeft te worden doorbetaald.
- Dit betreft een belangrijke commerciële voorwaarde voor externe afnemers om met zijn installed base gebruik te maken van de WLR-actietarieven voor nummerblokken.
- KPN heeft deze nadere voorwaarde niet op 30 juli 2010 bekendgemaakt.
- Het college is van oordeel dat het belang van deze commerciële voorwaarde wordt bevestigd door (.....) in haar begeleidende brief bij hun order van 28 september 2010.

Conclusie

50. Op basis van bovenstaande overwegingen (in randnummers 45 t/m 49) concludeert het college

dat KPN bij de introductie van de WLR-actietarieven voor nummerblokken sinds 27 juli 2010 in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting met betrekking tot het proces van informatieverstrekking, zoals aan KPN opgelegd in het marktanalysebesluit Vaste Telefoonie (dictumpunt xlviii).

51. De door het college vastgestelde overtreding is op 24 september 2010 beëindigd. Op dat moment is immers pas een einde gekomen aan de ongelijke behandeling van interne en externe afnemers.

Nadelen concurrentie

52. Het college is van oordeel dat de overtreding van KPN tot gevolg heeft gehad dat de mededinging is verstoord en in het bijzonder de mededinging ten aanzien van de gebundelde vraag naar vaste telefoniediensten in het kader van de aanbesteding OT2010 (Cluster Vaste Telefoonie), waartoe door de Staat der Nederlanden, mede ten behoeve van een groot aantal andere overheidsorganen, een openbare aanbesteding is gehouden. Deze aanbesteding vertegenwoordigt een totale omzetwaarde van circa 15-20 miljoen Euro per jaar, voor een 3 tot (optioneel) 7-jarige overeenkomst.

53. Op basis van een business case van 100% inkoop WLR-diensten bij KPN vertegenwoordigt de verlaging van de WLR-tarieven voor nummerblokken met 60% een inkoopwaarde van circa 2 miljoen Euro per jaar. Het college is van oordeel dat de overtreding van KPN ertoe heeft geleid dat concurrenten van KPN de mogelijkheid is ontnomen in het kader van de aanbesteding OT2010 bij het samenstellen van hun bieding gebruik te maken van de WLR-actietarieven voor nummerblokken.

54. Daarnaast heeft de overtreding van KPN ertoe geleid dat concurrenten van KPN in het kader van de aanbesteding OT2010 bij het samenstellen van hun bid bovendien geen kennis hadden over het feit dat KPN bij de samenstelling van haar bid wel de mogelijkheid had om gebruik te maken van de WLR-actietarieven voor nummerblokken. Ten gevolge daarvan hebben concurrenten bij het samenstellen van hun biedingen geen inzicht gehad in de mogelijkheid voor KPN om met betrekking tot het onderdeel aansluitingen en faciliteiten haar prijzen substantieel lager te kunnen zetten in het bod.

6.3 Conclusie ten aanzien van handhavingsverzoek Tele2

55. Het college heeft hiervoor een overtreding van de non-discriminatieverplichting met betrekking tot het proces van informatieverstrekking geconstateerd. Het college is gelet op artikel 15.2, tweede lid, Tw jo. Artikel 5:32, eerste lid, Awb bevoegd met het oog op de beëindiging van een overtreding als de onderhavige een last onder dwangsom op te leggen. Het opleggen van een last onder dwangsom is niet aan de orde indien de overtreding is beëindigd. Nu de overtreding in ieder geval op 24 september 2010 is beëindigd, is voor het opleggen van een last onder dwangsom terzake van deze overtreding, zoals door Tele2 verzocht, geen plaats.

(.....)"

2.8. Op 14 oktober 2010 heeft het Ministerie het volgende bericht aan KPN:

"Bij brief van 27 augustus 2010 hebben wij u geïnformeerd over onze gunningsbeslissing in de aanbestedingsprocedure Overheidstelecommunicatie 2010, cluster Vast.

Bij onze besluitvorming over dit perceel, wensen wij te kunnen betrekken het vandaag ontvangen besluit d.d. 13 oktober 2010 van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het handhavingsverzoek van Tele2 Nederland B.V. aangaande de beweerdelijke overtreding door Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen van de op grond van het marktanalysebesluit Vaste Telefoonie op haar rustende verplichtingen. Daarom is besloten de gunningsbeslissing in te trekken.

Wij hopen u zo spoedig mogelijk te informeren over de uitkomst van onze nadere besluitvorming in dit cluster."

2.9. Bij brief van 4 november 2010 heeft het Ministerie, onder meer, het volgende bericht aan KPN:

"(.....)

Met deze brief informeren wij KPN over de uitkomst van onze besluitvorming. Onze beslissing behelst dat de inschrijving van KPN op Cluster Vast terzijde wordt gelegd en dat wij voornemens zijn de opdracht voor Cluster Vast te gunnen aan Tele2 Nederland B.V., zulks om de navolgende redenen.

(.....)

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 ervan 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.

Uitsluitend ten overvloede wijzen wij nog op het volgende. Als gezegd moeten wij er vanuit gaan dat de gezonde concurrentie niet is gewaarborgd bij schending van een door OPTA opgelegde verplichting. In dit geval laat zich bovendien niet uitsluiten dat de schending door KPN van de non-discriminatieverplichting heeft geleid tot verstoring van de concurrentie. Hierbij is relevant dat KPN heeft erkend dat zij in haar interne proces voorafgaand aan de inschrijving op Cluster Vast berekeningen heeft uitgevoerd met de WLR-kortingsregeling. Uit het besluit van OPTA kan worden opgemaakt dat dit op 28 juli 2010 heeft plaatsgevonden en daarmee voordat deze kortingsregeling aan andere (externe) wholesaleafnemers bekend was gemaakt. Dat betekent ook dat KPN op het moment dat zij haar inschrijving indiende wist van de WLR-kortingsregeling, terwijl andere marktpartijen dat op zijn vroegst konden weten één uur voordat de inschrijvingstermijn sloot (en dan alleen nog als zij toevallig de website van KPN zouden bezoeken). Niet alleen is daarmee andere inschrijvers de mogelijkheid ontnomen om de WLR-kortingsregeling in hun inschrijvingen mee te nemen, terwijl KPN wel de mogelijkheid had dat te doen, wat de andere inschrijvers niet konden weten. Bovendien had KPN Retail de wetenschap dat haar concurrenten de WLR-kortingsregeling niet in hun inschrijving konden meenemen.

(.....)"

2.10. Op 17 november 2010 heeft KPN bij de OPTA een bezwaarschrift ingediend tegen het Besluit. Op diezelfde dag heeft KPN een verzoek om een voorlopige voorziening ingediend bij de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBb"), strekkende tot schorsing van het Besluit.

2.11. Op 20 december 2010 heeft de voorzieningenrechter van het CBb de door KPN gevraagde voorlopige voorziening afgewezen.

3. Het geschil

3.1. Na vermindering van eis vordert KPN:

I. de Staat te bevelen het besluit om thans (voorlopig) aan Tele2 te gunnen in te trekken;

II. primair:

te bepalen dat het Cluster Vast van OT2010 aan geen ander dan aan KPN gegund mag worden, dan

wel

subsidiar:

de gunningsbeslissing aan te houden totdat onherroepelijk zal zijn beslist, hetzij door de 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;

III. de Staat te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. Daartoe voert KPN samengevat het volgende aan.

De beslissingen van de Staat om de inschrijving van KPN (alsnog) terzijde te leggen en diens voornemen om de opdracht aan Tele2 te gunnen zijn onrechtmatig. De Staat veronderstelt ten onrechte dat indien de OPTA een overtreding van de Telecommunicatieregelgeving vaststelt, zoals in het Besluit, ook zonder meer sprake is van verstoring van de mededinging c.q. de eerlijke concurrentie waarmee de regels van het aanbestedingsrecht zijn geschonden. Dat is echter geen automatisme. Op zichzelf zou het handelen van KPN als (zeer) onhandig dan wel verdacht kunnen worden aangemerkt, maar in werkelijkheid is slechts sprake van een ongelukkige samenloop van omstandigheden. De door de OPTA vastgestelde overtreding van de aan KPN opgelegde non-discriminatieverplichting ter zake van informatieverstreking heeft geen invloed gehad op de mededinging/concurrentie in het kader van de onderhavige aanbesteding. Verder is van belang dat de Staat - blijkens zijn brief van 4 november 2010 - de inschrijving van KPN terzijde heeft gelegd omdat KPN niet voldoet aan de in hoofdstuk 4 van het Beschrijvend Document beschreven eis betreffende de "vigerende regelgeving". De uitsluitingsgronden zijn echter uitsluitend en limitatief opgenomen in paragraaf 8.2 van het Beschrijvend Document. De Staat beroept zich jegens KPN dus op een nieuwe uitsluitingsgrond, waartegen het gesloten stelsel van het aanbestedingsrecht zich verzet. Gelet op een en ander en nu KPN en haar inschrijving voor het overige aan alle eisen voldoen, moet de opdracht worden gegund aan KPN, als de partij met de economisch meest voordelige inschrijving.

Voor zover de primaire vorderingen niet toewijsbaar zijn, moet de beslissing om (voorlopig) te gunnen aan Tele2 worden ingetrokken en dient de gunningsbeslissing te worden aangehouden totdat de OPTA en - in het voorkomende geval - het CBb hebben beslist op het bezwaar respectievelijk in het beroep van KPN tegen het Besluit. In afwachting daarvan kunnen de huidige - in het kader van OT2006 gesloten - contracten met KPN en Tele2 worden voortgezet.

3.3. De Staat en Tele2 hebben de vorderingen van KPN gemotiveerd bestreden. Voor zover nodig zal hun verweer hierna worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Kern van het onderhavige aanbestedingsgeschil betreft de vraag of het Ministerie enkel op grond van het Besluit KPN heeft mogen uitsluiten van de aanbesteding en haar inschrijving terzijde heeft mogen leggen. De voorzieningenrechter overweegt daarover het volgende.

4.2. Vooropgesteld wordt dat het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel van formele rechtskracht meebrengt dat in deze civielrechtelijke procedure moet worden uitgegaan van de juistheid van het Besluit, zowel naar inhoud als wijze van totstandkoming. Speculaties over de afloop van de bezwaar- en eventuele beroepsprocedure moeten achterwege blijven. KPN heeft dit op de zitting ook erkend. Dit betekent dat, voor zover KPN zich heeft beroepen op onjuistheden in het Besluit, daaraan voorbij zal worden gegaan.

4.3. De uitsluiting van KPN en de terzijdelegging van haar inschrijving baseert de Staat - blijkens het schrijven van het Ministerie van 4 november 2010 - enkel op het Besluit. Op grond daarvan staat volgens de Staat en Tele2 vast dat KPN niet heeft voldaan aan de in paragraaf 4.1 van het Beschrijvend Document gestelde eis om als inschrijver te voldoen aan de vigerende regelgeving. De Staat en Tele2 lezen daarin dus kennelijk een uitsluitingsgrond.

4.4. De voorzieningenrechter kan de Staat en Tele2 daarin echter niet volgen en wel om de navolgende redenen.

Vooropgesteld wordt dat onduidelijkheden in het Beschrijvend Document geheel voor rekening van de Staat komen. Bezien in de context van het gehele hoofdstuk 4 kan de in de tweede alinea van paragraaf 4.1 opgenomen eis aan de inschrijver betreffende het voldoen aan de vigerende regelgeving niet worden aangemerkt als een uitsluitingsgrond. Gelet op (i) de titel van hoofdstuk 4, te weten: "Invloed veranderende wet- en regelgeving", (ii) de eerste alinea van paragraaf 4.1 en (iii) de inhoud van paragraaf 4.2, moest c.q. mocht ervan worden uitgegaan dat met "vigerende regelgeving" wordt bedoeld de regelgeving na (eventuele) wijzigingen en/of aanvullingen in de toekomst. Aangenomen moet worden dat het betreffende hoofdstuk is opgenomen in het Beschrijvend Document teneinde de opdrachtnemer te waarschuwen voor eventuele (financieel nadelige)

consequenties indien in de toekomst niet wordt voldaan aan gewijzigde/aanvullende regelgeving. Voorts is van belang dat inschrijvende partijen, op grond van de indeling van het Beschrijvend Document en de tekst van paragraaf 8.1 ervan, mochten aannemen dat alle toepasselijke criteria waaraan zij dienden te voldoen om voor verdere beoordeling in aanmerking te komen, ofwel de "uitsluitingsgronden", limitatief werden vermeld en besproken in paragraaf 8.2 van het Beschrijvend Document. De eis om te voldoen aan de thans vigerende regelgeving is daarin niet opgenomen. Voorzover het Ministerie beoogde om die eis als uitsluitingsgrond toe te passen, had het op zijn weg gelegen om die uitdrukkelijk op te nemen in paragraaf 8.2, waarbij overigens in het midden wordt gelaten de vraag of het gesloten stelsel van uitsluitingsgronden daaraan in de weg zou hebben gestaan.

4.5. Op grond van het voorgaande behoefde KPN dus in ieder geval niet te begrijpen dat de eis betreffende de "vigerende regelgeving" door het Ministerie zou (kunnen) worden gehanteerd als uitsluitingsgrond. Onder die omstandigheid mag die eis dan ook niet als zodanig worden toegepast. Door dat toch te doen gebruikt het Ministerie in feite een nieuwe - niet (vooraf) kenbare - uitsluitingsgrond, waartegen het aanbestedingsrecht zich verzet. De voorzieningenrechter kan het beroep van de Staat in dit verband op de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 16 december 2008 in de zaak Michaniki niet volgen. Uit die beslissing volgt hooguit dat een lidstaat - onder voorwaarden - andere uitsluitingsmaatregelen mag vaststellen dan de in richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 zijn opgenomen (zie r.o. 49). Als de Staat bij de omzetting van de Europese richtlijn in nationale wetgeving deze mogelijkheid echter niet heeft benut, kan hij zich in zoverre niet (ook niet als aanbestedende dienst) tegenover een particulier op die richtlijn beroepen.

4.6. Uit het voorgaande vloeit voort dat het verweer van de Staat dat KPN haar rechten heeft verwerkt om te mogen klagen over (eventuele) onduidelijkheden in het Beschrijvend Document wordt verworpen. KPN heeft het Beschrijvend Document immers uitgelegd zoals zij het mocht begrijpen. Voor vragen en/of klachten harerzijds bestond dus geen noodzaak.

4.7. Overigens lijken de standpunten van zowel de Staat als Tele2 niet geheel consistent. Zij stellen namelijk dat de enkele, door OPTA vastgestelde, schending van de non-discrimatieverplichting automatisch meebrengt dat KPN niet voldoet aan de eis dat moet worden voldaan aan de vigerende regeling. Daaruit lijkt te volgen dat KPN ook bij toekomstige aanbestedingen niet meer in aanmerking zou kunnen komen voor een (overheids)opdracht waarbij een dergelijke eis wordt gesteld. Daarnaast gevraagd op de zitting hebben zij deze consequentie echter niet bevestigd.

4.8. Voor wat betreft de uitsluiting van KPN hebben de Staat en Tele2 zich op de zitting nog beroepen op de door KPN ingevulde en ondertekende "Eigen verklaring omstandigheden" zoals bedoeld in paragraaf 8.2.2. onder a. van het Beschrijvend Document, waarin KPN heeft toegezegd zich te onthouden van elk gedrag dat schadelijk is of kan zijn voor de vrije of eerlijke mededinging in de aanbestedingsprocedure. Deze toezegging is KPN niet nagekomen nu zij volgens de OPTA de op haar rustende non-discrimatieverplichting heeft geschonden, zo stellen de Staat en Tele2.

4.9. Aan dat verweer gaat de voorzieningenrechter ook voorbij. KPN had alleen kunnen worden uitgesloten indien zij geen door haar ingevulde en ondertekende "Eigen Verklaring omstandigheden" zou hebben ingediend. Daarvan is blijkbaar geen sprake. Het niet-nakomen door KPN van een in die verklaring op zich genomen verplichting leidt niet tot uitsluiting, maar zou mogelijk kunnen leiden tot schadeplechtigheid jegens de aanbestedende dienst c.q. de opdrachtgever. De voorzieningenrechter laat dan nog in het midden of de omstandigheid dat voor het eerst in een zeer laat stadium op deze verklaring een beroep is gedaan, in de weg staat aan honorering van dit verweer (zie Pijnacker Hordijk e.a., vierde druk, pag. 531).

4.10. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat KPN ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding. Dit brengt mee dat het besluit van de Staat om de opdracht (voorlopig) te gunnen aan Tele2 moet worden ingetrokken. Dat betekent echter nog niet dat de opdracht aan geen ander dan KPN mag worden gegund. Daarvoor is het volgende van belang.

4.11. Als gevolg van de handelwijze van KPN, zoals vastgesteld in het Besluit, kan niet worden uitgesloten dat 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. In dit verband kan kortheidshalve worden verwezen naar hetgeen het Ministerie "ten overvloede" heeft aangegeven in zijn brief van 4 november 2010. Onder die omstandigheden moet het ervoor worden gehouden dat ten tijde van de inschrijvingen geen "level playing field" aanwezig was, zodat de opdracht aan de hand van de huidige inschrijvingen ook niet aan KPN kan worden gegund.

4.12. Het komt er dus op neer dat op basis van de voorliggende inschrijvingen thans niet rechtmatig kan worden gegund. Het staat het Ministerie vrij over te gaan tot heraanbesteding van dezelfde opdracht, opdat alle (potentiële) marktpartijen alsnog op basis van gelijkheid in kunnen schrijven. Een daarop gerichte vordering is echter niet ingesteld. Het Ministerie kan er ook voor kiezen de beslissing over heraanbesteding uit te stellen totdat de OPTA en het CBb hebben beslist op bezwaar respectievelijk in beroep. Het Ministerie is daartoe echter niet verplicht, zeker niet nu de voorzieningenrechter van het CBb het verzoek tot schorsing van het Besluit heeft afgewezen. Gelet op hetgeen onder 4.2 is overwogen, bestaat er hoe dan ook geen grond voor een rechterlijk bevel om de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure af te wachten. Een en ander betekent dat zal worden beslist zoals hieronder in het dictum is vermeld.

4.13. Nu partijen over en weer op hoofdpunten in het ongelijk worden gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de gebruikelijke wijze.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- beveelt de Staat zijn besluit om de opdracht thans (voorlopig) aan Tele2 te gunnen in te trekken;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.A. Koppen en in het openbaar uitgesproken op 11 januari 2011.
