

vonnis

RECHTBANK LIMBURG

Burgerlijk recht

Zittingsplaats Maastricht

zaaknummer / rolnummer: C/03/219183 / KG ZA 16-151

Vonnis in kort geding van 27 mei 2016

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
NEW ENERGY SYSTEMS B.V.,
gevestigd te Schimmert, gemeente Nuth,
eiseres,
advocaat mr. S.C. Brackmann,

tegen

openbaar lichaam
STADSREGIO PARKSTAD LIMBURG,
gevestigd te Heerlen,
gedaagde,
advocaat mr. P.H.L.M. Kuypers en mr. M. Turk.

Partijen zullen hierna NES en Parkstad genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 11 april 2016 met producties,
 - de akte aanvulling gronden met producties,
 - de akte overlegging producties van NES, met producties,
 - de conclusie van antwoord, met 6 producties,
 - de mondelinge behandeling van 19 mei 2016
 - de pleitnota van NES,
 - de pleitnota van Parkstad.

- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Parkstad is een Gemeenschappelijke Regeling, waarin de colleges van Brunssum, Heerlen, Kerkrade, Landgraaf, Nuth, Onderbanken, Simpelveld en Voerendaal samenwerken op onder meer de terreinen economie, wonen, en infrastructuur. Sinds 2013 is gekozen voor een samenwerkingsconstructie waarbij beleid en uitvoering gescheiden zijn.

C/03/219183 / KG ZA 16-151

2

2.2. Op 22 februari 2016 heeft Parkstad een Europese openbare aanbesteding in de markt gezet "Services Provider PV Installaties Parkstad Limburg 2016" (hierna: Zonnepanelen Parkstad). Met dit project wil Parkstad in een eerste tranche 3625 huishoudens zonnepanelen (PV-installaties) aanbieden. Afhankelijk van het verloop van de eerste tranche kan een tweede tranche van nog eens 3625 huishoudens worden uitgevoerd. De aanbesteding betreft aanleg (ontwerp, levering, installatie en opleveren van zonnepanelen) en service (beheer, opbouw database, onderhoud en facturering), waarbij de serviceprovider het debiteurenrisico draagt. De Gemeenschappelijke Regeling is de aanbestedende dienst. Met de afzonderlijke gemeentes zal een overeenkomst worden aangegaan. Er is geen verdeling in percelen. Er wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving.

2.3. De voorgenomen datum van inschrijving op de opdracht was 12 april 2016, maar deze is aangehouden in verband met de huidige kort gedingprocedure. De aanbesteding bevindt zich in de fase van publicatie van de nota van inlichtingen. Tot op heden is een viertal nota's van inlichtingen gepubliceerd, de laatste op 17 mei 2016. Na vonnis in dit kort geding is er gelegenheid voor een vijfde inlichtingenronde, waarvan de nota wordt gepubliceerd uiterlijk op 16 juni 2016.

2.4. NES heeft haar belangstelling voor deze opdracht kenbaar gemaakt en heeft deelgenomen aan de inlichtingenrondes. NES heeft vragen gesteld die naar haar mening onvoldoende zijn beantwoord.

3. Het geschil

3.1. NES vordert Parkstad te gebieden de aanbestedingsprocedure Zonnepanelen Parkstad te staken en gestaakt te houden, of een andere maatregel te treffen die redelijk is en recht doet aan de belangen van NES, een en ander op straffe van een dwangsom, met veroordeling van Parkstad in de (na)kosten van het geding met rente.

3.2. NES legt aan de vordering ten grondslag de omstandigheid dat in de aanbestedingsleidraad dermate wezenlijke fouten zijn begaan dat voortzetting van de procedure naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. NES stelt spoedeisend belang bij en recht op de gevraagde maatregel te hebben.

3.3. NES stelt dat een groot aantal wezenlijke fouten worden gemaakt, althans dat Parkstad onvoldoende antwoord geeft op de vragen van NES, althans de antwoorden onvoldoende motiveert. Dit alles moet leiden tot de conclusie dat de aanbesteding gestaakt moet worden. Ter kort gedingzitting worden, gezien de vierde nota van inlichtingen, de volgende punten gehandhaafd.

- Het beoogde doel van verduurzaming van de openbare verlichting wordt met deze opdracht niet bereikt.
- De financieringsstructuur is niet duidelijk en strijdig met wet- en regelgeving. De gemeentes geven kredieten tegen gunstige tarieven. Dit is in strijd met de regelgeving omtrent consumentenkrediet. De gemeenten beschikken niet over een vergunning in de zin van de Wet financieel toezicht (Wft). Onduidelijk is of ook de serviceprovider een

C/03/219183 / KG ZA 16-151

3

vergunning nodig heeft in het kader van de financieringsstructuur die is gekozen. Er is sprake van schending van de mededinging door de deelnemende gemeenten, omdat zij tegen gunstiger tarieven kunnen (door)lenen dan reguliere marktpartijen. De opdrachtnemer draagt daarbij evenwel het gehele debiteurenrisico. Terwijl de huishoudens, die tot die van geringe financiële draagkracht gerekend moeten worden, niet worden getoetst op draagkracht. Onduidelijk is hoe de verhouding zal zijn tussen kleine (4-14 zonnepanelen) en grote projecten (20 of meer zonnepanelen). Per eenheid zijn de kleine opdrachten bij de huishoudens mogelijk verliesgevend, althans er wordt slechts een zeer geringe marge gerealiseerd. De prijsontwikkeling, met name de energiebelasting, bepaalt de terugverdientijd. Deze ontwikkeling is onzeker en wordt door Parkstad te rooskleurig voorgespiegeld. Dat alles is disproportioneel.

- De opdracht is geclusterd en niet opgedeeld in percelen. De gegeven motivering is onvoldoende. De opdracht is niet toegankelijk voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf. De voorbeeldberekeningen inzake benodigd personeel van Parkstad deugen niet
- De eis van 24/7 service is disproportioneel. Uit veiligheidsoverwegingen voor ontwerp en bouw van zonnepanelen installaties is dit technisch niet noodzakelijk.
- Onduidelijk is hoe het plan van aanpak wordt beoordeeld, voor zover het niet de modelprojecten betreft. Het noemen van verschillende aspecten is onvoldoende, omdat niet duidelijk is welke norm zal worden aangelegd.
- De aanbesteding is toegeschreven op Volta Limburg B.V. (hierna: Volta), de opdrachtnemer van vergelijkbare aanbestede projecten in de gemeente Eijsden-Margraten en – nota bene – de gemeente Landgraaf. Er zijn daarnaast veel te hechte relaties tussen (ex-)medewerkers van Volta, Essent Zuid-Limburg en de leden van het ambtelijk voorbereidingsteam. NES heeft informatie dat Volta al op de hoogte was van ins- en outsvan de opdracht, voordat deze was gepubliceerd

3.4. Parkstad voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

De spoedeisendheid

4.1. De spoedeisend vloeit voort uit de aard van het geding.

Het doel van de aanbesteding

4.2. De voorzieningenrechter is van oordeel dat NES in haar aanvullende akte inzake de gronden uitgaat van een onjuiste lezing van de door Parkstad geformuleerde doelstelling inzake CO2 neutraliteit. De door NES geciteerde zinsneden kunnen niet anders worden geïnterpreteerd dan dat door de gezamenlijke zonnepanelen in dit project uiteindelijk naast het eigen gebruik per huishouden in hoeveelheden kilo-watt-uur zoveel energie wordt opgewekt als dat de openbare straatverlichting verbruikt. Daarmee dragen burgers bij aan een algemene schone/duurzame energievoorziening. Niet omdat zij direct aan de gemeentes

C/03/219183 / KG ZA 16-151

4

leveren, maar omdat zij energie leveren, op een wijze die de voorzieningenrechter als algemeen bekend veronderstelt, aan het net (de energiemeter draait terug), waardoor minder niet-duurzame CO2 producerende fossiele bronnen (kolen, gas) nodig zijn

De financieringsstructuur van de opdracht

4.3. Met Parkstad is de voorzieningenrechter van oordeel dat NES met haar stellingen over de wijze van financiering van het project door het verstrekken van leningen onder gunstige voorwaarden aan de deelnemende huishoudens, geen doel kunnen treffen. Niet alleen omdat het aantrekken van kapitaal voor het project geen onderdeel uitmaakt van de opdracht en ook overigens bij de acht deelnemende gemeentes ligt, en Parkstad als aanbestedende dienst geen rol heeft, en ook niet omdat het verschaffen van financiering aan de deelnemende huishoudens onder gunstige voorwaarden, zodat ook minder draagkrachtige burgers kunnen deelnemen, geen onderdeel uitmaakt van de opdracht. Ook dit laatste aspect ligt in handen van de acht deelnemende gemeentes en Parkstad als aanbestedende dienst is daarbij niet betrokken. Informatie omtrent de financieringsstructuur (funding en de voorwaarden waaronder huishoudens kunnen deelnemen) zijn wel relevant in het kader van het feit dat het debiteurenrisico wordt neergelegd bij de uitvoerder van de opdracht.

Het debiteurenrisico

4.4. NES stelt dat de eenheidsprijs per zonnepaneel de aanschaf van weinig (4 stuks) zonnepanelen aantrekkelijk maakt en de aanschaf van grotere hoeveelheden (20 stuks) minder aantrekkelijk. Burgers met een grote panelenbehoefte zullen dus minder geneigd zijn deel te nemen, omdat zij op de markt een betere prijs zullen realiseren. NES stelt dat de marges voor de opdrachtnemer juist op de kleine hoeveelheden panelen gering zullen zijn. Dit gegeven in combinatie met het feit dat dit zonnepanelenproject juist voor huishoudens met geringe financiële draagkracht, die niet BKR getoetst zullen worden, aantrekkelijk is, maakt de risico's disproportioneel.

4.5. Parkstad heeft in de vierde nota van inlichtingen de aanbestedingsleidraad aangevuld: door het niet verdelen in percelen, zodat er sprake is van een opdrachtnemer, kan het risico op wanbetaling gespreid worden. Parkstad geeft aan dat het om ongeveer 12% van de markt gaat. Parkstad stelt ook dat door de gunstige leningvoorwaarden al in het eerste jaar de deelnemende huishoudens lagere kosten hebben voor energie dan voorheen, zodat de draagkracht van de huishoudens juist toeneemt. De aanbestedingsleidraad geeft voorts uitdrukkelijk aan in § 3.2.2 "Debiteurenrisico" dat een risico-opslag onderdeel kan uitmaken van de aangeboden prijs.

4.6. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het in zijn geheel neerleggen van het debiteurenrisico bij de inschrijver op voorhand niet in strijd is met de proportionaliteit en ook niet ongebruikelijk bij projecten met een omvang als deze opdracht. De door Parkstad gegeven motivering is door NES in essentie niet weersproken: juist de door NES naar voren gebrachte argumentatie over de relatie tussen de prijs per paneel, de te realiseren marge en het risico op wanbetaling betreffen in de kern waarom er wordt aanbesteed, de potentiële inschrijver die technisch in staat is de gevraagde opdracht uit te voeren, zal op basis van de voorhanden informatie een afweging moeten maken of hij een zodanige prijs-kwaliteit verhouding kan garanderen dat dit project voor hem commercieel aantrekkelijk is of niet.

C/03/219183 / KG 7A 16-151

5

Dat NES dit project als risicovol inschat, wat daar ook van zij, maakt met dat de eisen die worden gesteld disproportioneel zijn

Verdeling in percelen

4.7. Parkstad wijst erop dat het aan de aanbestedende dienst is om te bepalen hoe de opdracht wordt ingericht, zolang op basis van objectieve criteria de keuze wordt gemaakt met welke inschrijver men in zee gaat.

Parkstad geeft aan dat de opdracht Zonnepanelen Parkstad onderdeel uitmaakt van de doelstelling "Energie neutraal 2040" van de acht samenstellende gemeenten. Parkstad wijst erop dat de opdracht zo is opgezet dat de burger wordt ontzorgd: advisering, ontwerp, installatie, onderhoud en begeleiding van het financiële traject worden door deze opdracht uit handen genomen van de consument. Parkstad stelt dat dit in overeenstemming is met de opvatting in de solar-branch. Er is geen sprake van een onnodige samenvoeging van ongelijksoortige opdrachten. Er is voldoende economische en technische samenhang tussen aanleg en service. Er is minder kans op fricties, de kwaliteit ligt in één hand. Door de opdracht op deze wijze aan te besteden en uit te voeren wordt een effectieve en kostenbesparende samenwerking bewerkstelligt. Regie en uitvoering liggen elk in een hand, namelijk die van de Gemeenschappelijke Regeling en de opdrachtnemer. Parkstad stelt in dat verband dat 11, of als combinaties worden meegeteld 17 marktpartijen in staat zijn de opdracht uit te voeren. Het opsplitsen van de opdracht in bijvoorbeeld een perceel per gemeente strookt niet met het streven naar effectieve en kostenbesparende samenwerking en het streven naar een gelijk prijs- en kwaliteitsniveau voor heel Parkstad.

4.8. De voorzieningenrechter is van oordeel dat gelet op de eisen van § 3.3. van de Gids Proportionaliteit, Parkstad in de aanbestedingsstukken, waaronder begrepen de verduidelijkingen en aanpassingen die met de vierde nota van Inlichtingen zijn aangebracht, en gehoord de toelichting ter zitting voldoende inzichtelijk heeft gemaakt ("comply or explain" ter zake artikel 1.5 lid 1 aanhef en sub a, b en c Aw2012) dat clustering (samenvoegen) van aanleg en service – ongelijksoortige volgtijdige opdrachten – in één opdracht bijdraagt aan het beoogde doel van ontzorgen van de burger en aan het beoogde doel van een effectieve en kostenbesparende samenwerking.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Parkstad ook voldoende inzichtelijk gemaakt dat zij de opdracht niet regionaal (per samenstellende gemeente) opsplijt in percelen. Parkstad heeft voldoende duidelijk gemaakt dat verdeling in percelen niet gewenst is, omdat één aanspreekpunt, zowel voor de opdrachtnemer, als voor de acht samenstellende gemeentes, ongewenste situaties en ongelijkheid voorkomt. NES heeft in dat verband de stelling dat 11 tot 17 marktpartijen in staat zijn de opdracht uit te voeren niet weersproken. De voorzieningenrechter laat daarbij overigens in het midden of NES als potentiële inschrijver en onbetwist een van de grotere marktpartijen, ontvangen kan worden inzake het opkomen voor de belangen van andere marktpartijen, zoals die in het midden- en kleinbedrijf.

24/7 service

4.9. Parkstad wijst erop dat het aan de aanbestedende dienst is om te bepalen hoe de opdracht wordt ingericht als het om de inhoud en de omvang gaat, zolang op basis van objectieve criteria de keuze wordt gemaakt met welke inschrijver men in zee gaat

C/03/219183 / KG ZA 16-151

6

Parkstad stelt dat de eis van een 24/7 service noodzakelijk en proportioneel is. Een 24-uurs service is in vergelijkbare branches – electriciteits- en verwarmingsinstallaties, boilers, airconditioning e.d., heel gebruikelijk. Als het om zonnepanelen installaties gaat is een 24/7 service van belang, omdat het aantal zonuren per seizoen verschilt en calamiteiten zich dus voor een groot deel buiten kantoor tijden kunnen voordoen. Parkstad stelt dat NCS veiligheid te eng opvat en slechts op het functioneren van de installatie betreft, terwijl ook externe oorzaken – brand, storm, vandalisme, diefstal – een gevaar kunnen opleveren en onmiddellijke deskundige actie vragen. Parkstad stelt tot slot dat geen extra investeringen noodzakelijk zijn om aan de eis te voldoen.

4.10. Artikel 1:10 lid 1 en lid 2 aanhef en sub f Aw2012 is bepaald dat de eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijver en inschrijving worden gesteld in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. De aanbestedende dienst dient, volgens de Gids Proportionaliteit (§ 3.1.), een antwoord te geven op de vragen (1) Wat wil ik hebben? (2) Wie heb ik daarvoor nodig? (3) Wat zijn de eventuele risico's die moeten worden afgedekt?

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de eis dat er een 24 uur op 7 dagen serviceorganisatie wordt verlangd mede moet worden gezien in het licht van de overige eisen die aan het verhelpen van storingen worden gesteld. Uit § 3.2.1. "Eisen aan Inschrijver", zoals gewijzigd bij nota van inlichtingen, blijkt dat veiligheidsrelevante storingen als storm- en brandschade, vandalisme en diefstal binnen acht uur opgelost moeten zijn en dat storingen die in verband staan met het deugdelijk functioneren van de installatie binnen zes dagen opgelost dienen te zijn. Daarnaast wordt ook verlangd van de inschrijver dat er een fysiek infooppunt moet zijn, dat tijdens kantooruren is geopend.

Niet kan worden volgehouden dat in het licht van de doelstelling ontzorgen van de burger en de omvang van de opdracht van bijna 51.000 zonnepanelen in de eerste tranche en (uiteindelijk) zo'n 7.250 huishoudens en dus meer dan 100.000 zonnepanelen (vgl. § 2.15 van de Aanbestedingsleidraad), sprake is van onredelijke eisen in het kader van veiligheid in de brede zin van het woord. Evenmin is onredelijk om buiten reguliere kantooruren een service te eisen, gelet op het feit dat de daglichtlengte, en dus de tijden waarop de installatie in werking is, door de seizoen heen wisselt. Zo is eenvoudig na te gaan dat op de langste dag van het jaar het bijna 9 uur langer licht is dan op de kortste dag van het jaar en dat het aantal effectieve zonuren afhankelijk is van de ligging van het dak.

Met NES is de voorzieningenrechter het wel eens dat de spreekwoordelijke "telefoon naast het bed", zoals door Parkstad is geopperd, niet reëel is, omdat er allerlei voorzieningen moeten zijn – materiaal, vervoer, personeel e.d. – en kosten moeten worden gemaakt – onder andere salariskosten. Ook overigens dient de aanbestedende dienst zich te onthouden voor te schrijven hoe een inschrijver aan een gestelde eis moet voldoen, als geen nadere voorwaarden zijn gesteld. Uit die telefoon-opmerking mag naar het oordeel van de voorzieningenrechter echter wel worden opgemaakt dat de 24/7 service in verhouding moet staan tot de opdracht en de kans op calamiteiten. Uit het ontbreken van verdere specificaties en de mogelijkheid van het inschrijven met onderaannemers is kennelijk bedoeld dat eenvoudig is te voldoen aan de eis, zonder het optuigen van een eigen 24/7 servicedienst.

Beoordeling plan van aanpak

4.11. Parkstad heeft in de vierde nota van inlichtingen de paragraaf 4.4.1. "Kwaliteit: Plan van Aanpak. (Max 60 punten)" uitgebreid met een toelichting op de waardering en puntentoedeling door de beoordelingscommissie.

C/03/219183 / KG ZA 16-151

7

4.12. De voorzieningenrechter is van oordeel dat NES niet kan worden gevolgd in de stelling dat een norm voor de onderdelen van de vijf gunningscriteria ontbreekt. Het aantal te behalen punten per aspect is benoemd en er is aangegeven dat de beoordeling zich concentreert op de meerwaarde die de inschrijver weet te realiseren. De puntenverdeling per aspect per subcriterium geeft het relatieve gewicht van dat aspect. De normaal oplettende geïnformeerde inschrijver behoort in een dergelijk geval te begrijpen dat meerwaarde wordt gegenereerd door nieuwe, innovatieve, slimme methoden van aanpak. De beoordelingscommissie zal in dat geval de "oplossingen" van de verschillende inschrijvers met elkaar moeten vergelijken. Uit het feit dat de aanbestedende dienst de aspecten per subcriterium niet nader benoemt of invult zoals het door NES voorgestelde "waaruit blijkt dat", behoort de normaal oplettende geïnformeerde inschrijver te begrijpen dat men zich ten opzichte van andere inschrijvers kan onderscheiden op "het hoe" en op het "resultaat".

4.13. Voor zover NES met haar stelling bedoelt dat niet duidelijk is hoe de werkwijze van de beoordelingscommissie zal zijn, acht de voorzieningenrechter de stelling dat er gevaar is voor ongelijke behandeling en willekeur niet ondenkbaar. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Parkstad de aanbestedingsleidraad op dit punt zou kunnen verduidelijken, nu op dit punt elk inzicht ontbreekt. Een en ander heeft evenwel niet tot gevolg dat de aanbesteding om die reden gestaakt zou moeten worden, omdat sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging of handelen in strijd met de aanbestedingsregels, gelet op de fase waarin de aanbesteding zich bevindt en gelet op de toezegging dat er na het vonnis in deze zaak nog gelegenheid is tot het maken van opmerkingen en het stellen van vragen, zodat een vijfde en laatste nota van inlichtingen kan worden gepubliceerd.

Toeschrijving naar Volta

4.14. De voorzieningenrechter is van oordeel dat een toeschrijving van de aanbesteding op Volta niet aannemelijk is gemaakt. In de aanbestedingsdocumenten wordt op geen enkele wijze gerefereerd aan Volta. Niet is gebleken en het is niet aannemelijk geworden dat sprake is van het ontbreken van een level-playingfield voor de 11 tot 17 potentiële inschrijvers, onder wie NES en Volta.

Dat bij de publieks- en bedrijfspresentaties rondom het project gebruik is gemaakt van voorbeelden en verwijzingen naar bestaande projecten die door Volta worden uitgevoerd, maakt dit niet anders. Die documenten maken geen deel uit van de aanbestedingsstukken.

4.15. Voor zover de stelling van NES zo begrepen moet worden dat Volta als huidige opdrachtnemer van een aanbesteding van de gemeente Landgraaf inzake zonnepanelen-installaties op andere wijze bevoordeeld is, is daartoe onvoldoende gesteld en onderhouden. Hetgeen door de heer Debelje ter kort gedingzitting daaromtrent naar voren is gebracht, moet gelet op de door hem beschreven omstandigheden waaronder hij met een medewerker van Volta, tevens raadslid in een van de deelnemende gemeenten, heeft gesproken vooralsnog niet voor geloofwaardig worden gehouden. Voorts is niets gebleken of aannemelijk geworden van de gesuggereerde korte lijntjes tussen (ex-)medewerkers van Volta o.q. Essent Limburg B.V. en het projectteam. Voor zover NES heeft aangeboden deze punten te bewijzen, merkt de voorzieningenrechter op dat de aard van de kort gedingprocedure zich verzet tegen nadere bewijsvoering op deze punten.

C/03/219183 / KG ZA 16-151

8

Conclusie

4.16. Op grond van het bovenstaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat geen sprake is van redenen om te moeten oordelen dat de aanbesteding in strijd met de wet- en regelgeving is vormgegeven en in de markt is gezet. De vordering kan niet worden toegewezen.

Proceskosten

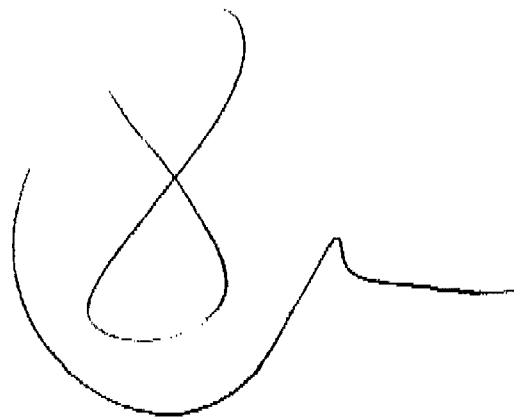
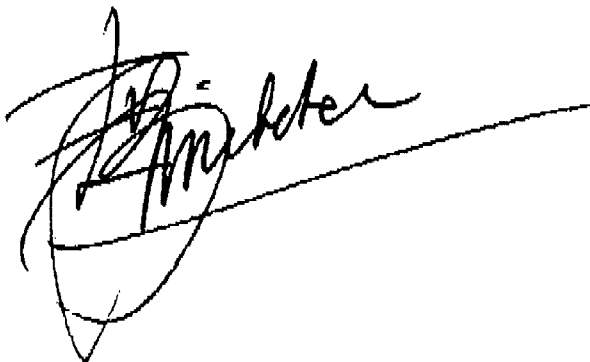
4.17. NES zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding. Deze aan de zijde van Parkstad worden begroot op € 1.435,00 (€ 619,00 griffierecht en € 816,00 salaris advocaat). Rente en nakosten zullen worden toegewezen, zoals bepaald in het dictum.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. wijst de vordering af,
- 5.2. veroordeelt NES in de kosten van het geding aan de zijde van Parkstad begroot op € 1.435,00, vermeerderd met de nakosten ad € 131,00 als geen betekening van dit vonnis plaatsvindt, en met € 199,00, indien het vonnis wordt betekend, vermeerderd met de wettelijke rente, als bedoeld in artikel 6:119 BW, vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele betaling.
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.J. Otto en in het openbaar uitgesproken.



type: EvB
coll: