

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/653392 / KG ZA 23-154

Vonnis in kort geding van 12 mei 2023

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
RENEWI NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Maarheeze,
eiseres,
advocaten mr. W.J.W. Engelhart en mr. J.S.C. Krijbolder te Utrecht,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
DE GEMEENTE ROTTERDAM,
zetelend te Rotterdam,
gedaagde,
advocaat mr. J.A. de Rooij te Rotterdam.

waarin is tussengekomen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PEUTE PAPIERRECYCLING B.V.
gevestigd te Dordrecht,
tussenkomen partij,
advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam,

Partijen worden hierna Renewi, de Gemeente en Peute genoemd.

1. De procedure

1.1. Het dossier bestaat uit de volgende stukken:

- de dagvaarding van 24 februari 2023, met producties 1 tot en met 14
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging van Peute.

1.2. Op vrijdag 21 april 2023 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. Peute heeft voorafgaand aan de mondelinge behandeling een incidentele conclusie ingediend. Daarin vordert zij primair om tussen te komen in dit kort geding en subsidiair om zich te voegen aan de zijde van de Gemeente. Tijdens de mondelinge behandeling hebben Renewi en de Gemeente verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst/voeging. Omdat Peute in de aanbestedingsprocedure waar het in deze zaak om gaat voorlopig als winnaar uit de bus is gekomen, kan zij – mogelijk – nadelige gevolgen ondervinden van een beslissing in dit kort geding. Daarmee heeft zij voldoende belang bij de gevorderde tussenkomst en

heeft de voorzieningenrechter deze toegestaan. Deze beslissing is reeds tot uitdrukking gebracht in de kop van dit vonnis.

1.3. De mondelinge behandeling is vervolgens inhoudelijk voortgezet waarbij de advocaten van Renewi, de Gemeente en Peute een pleitnota hebben overgelegd en voorgedragen.

2. De feiten

2.1. De Gemeente heeft een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor de Concessie Verwerking oud papier en karton. Renewi en Peute hebben hierop een inschrijving ingediend. De opdracht is opgedeeld in twee percelen.

2.2. De opdracht heeft als doel het contracteren van een leverancier voor het verwerken (in ontvangst nemen, op- en overslaan, bewerken/sorteren en transporteren) van oud papier en karton (hierna: OPK), zodat het gereed is om gerecycled te worden.

2.3. De initiële looptijd van de te sluiten concessieovereenkomst bedraagt twee jaar en kan eenmaal verlengd worden met nog eens twee jaar.

2.4. De aanbestedingsdocumentatie bestaat onder anders uit een Beschrijvend Document, het Programma van Eisen (hierna: PvE), en twee Nota's van Inlichtingen (hierna: NvI 1 en NvI 2).

2.5. In het Beschrijvend Document is onder meer vermeld:

De Aanbestedende Dienst beoordeelt de Inschrijvingen aan de hand van de minimumeisen en gunningscriteria. In de volgende paragrafen zijn alle minimumeisen en gunningscriteria omschreven, evenals de totstandkoming van de score(s) en de rangschikking van de Inschrijvers.

6.1 Minimumeisen

Om in aanmerking te komen voor beoordeling dient uw Inschrijving te voldoen aan de volgende minimumeisen:

1. Compleetheid van uw Inschrijving
U dient alle vragen op het Aanbestedingsplatform te beantwoorden en de gevraagde documenten in te dienen. Als het Uniform Europees Aanbestedingsdocument of een bewijsstuk één of meer gebreken bevat, krijgt u de gelegenheid om het gebrek binnen maximaal twee (2) werkdagen te herstellen, gerekend vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe. De Aanbestedende Dienst verzendt dit bericht via het Aanbestedingsplatform. Als het gevraagde niet binnen de daartoe gestelde termijn is ontvangen of het gebrek niet is hersteld, komt de Inschrijver niet in aanmerking voor verdere deelname aan de procedure.
2. Overeenstemming eisen en voorwaarden
Uw Inschrijving dient in overeenstemming te zijn met alle vermelde eisen en voorwaarden die zijn opgenomen in dit Beschrijvend Document, inclusief alle bijbehorende Bijlagen.

Een Inschrijving die niet voldoet aan één of meer bovenstaande minimumeisen, komt niet voor gunning in aanmerking. Door indiening van de Inschrijving verklaart de Inschrijver aan de gestelde eisen en voorwaarden te voldoen.

2.6. De kop van het PvE luidt:

‘U dient onvoorwaardelijk en ondubbelzinnig akkoord te gaan met alle in dit document omschreven eisen. Gedurende de looptijd van de Overeenkomst dient u aan deze eisen te voldoen. Door in te schrijven conformeert u zich aan alle omschreven eisen.’

2.7. In het PvE is verder, voor zover relevant, vermeld:

3.1 Opdrachtnemer garandeert de afname van het OPK van de gemeente voor de volledige duur van het contract, inclusief eventuele verlengingen.

4.2 Opdrachtnemer dient bereid te zijn om in aanvulling op genoemde tijden ook open te zijn op bepaalde weekend- en feestdagen, welke in overleg met Opdrachtgever en Opdrachtnemer zullen worden afgestemd. Openingstijden op zaterdag dienen van 07:00 t/m 11:30 te zijn en op zondag van 11:00 t/m 14:00.

4.20 De afzetlocatie waar opdrachtgever het OPK aanlevert bevindt zich binnen een maximale afstand. Voor perceel 1 (noord) bevindt de afzetlocatie zich binnen een afstand van 15 km van het Kleinpolderplein 5 te Rotterdam.

Voor perceel 2 (zuid) bevindt de afzetlocatie zich binnen een afstand van 15 km van Laagjes 22 te Rotterdam.

2.8. Op 7 februari 2023 zijn beide percelen van de opdracht voorlopig gegund aan Peute.

2.9. Naar aanleiding van de voorlopige gunningsbeslissing heeft Renewi op 9 februari 2023 in een brief aan de Gemeente gevraagd toe te lichten op welke wijze Peute voldoet aan de in het PvE genoemde afstandseis, gelet op de vestigingsplaats van Peute in Dordrecht.

2.10. Op 13 februari 2023 heeft de Gemeente hierop als volgt gereageerd:

‘(...) In uw bezwaar geeft u aan dat u betwijfelt of Peute kan voldoen aan de afstandseis, zoals opgenomen in eis 4.20 van het PVE. (...) Peute heeft echter aangegeven als afzetlocatie Doklaan 22 te gebruiken en die bevindt zich voor perceel 1 op 6,9 km van het Kleinpolderplein en voor perceel 2 op 4,9 km van de Laagjes 22. Peute voldoet daardoor wel aan de afstandseis, zoals opgenomen in eis 4.20.’

2.11. Op 15 februari 2023 schrijft Renewi aan de Gemeente dat zij er onvoldoende van overtuigd is dat de Doklaan 22 beschikt over de benodigde vergunningen en voldoet aan alle eisen uit de aanbestedingsdocumentatie. Renewi heeft daarover een aantal vragen aan de Gemeente gesteld.

2.12. De reactie van de Gemeente van 16 februari 2023 luidt:

‘Bij deze ontvangt u onze antwoorden op uw vragen:

Vraag 1: Beschikt de locatie Doklaan 22 over de benodigde vergunningen om de verplichtingen die voortvloeien uit de sluiten overeenkomst volledig na te kunnen komen? Kunt u daarvan bewijs aanleveren?

Antwoord vraag 1: De activiteiten (als inrichting type B) vallen onder het Activiteitenbesluit milieubeheer. Een omgevingsvergunning (milieu) is dus niet vereist. Op de doklaan 22 “rust” nog wel een omgevingsvergunning en deze zal zsm moet worden ingetrokken voordat de melding mbt het

Activiteitenbesluit milieubeheer kan worden ingediend. Op het moment dat de vergunde activiteiten zijn vervallen (vergunning is ingetrokken), is sprake van een nieuwe inrichting. Bovenstaande is kort door de bocht het antwoord op alle subvragen die zijn gesteld bij vraag 1.

Vraag 2: Voldoet Peute papierrecycling B.V. en de eigenaar van de afzetlocatie Van Leeuwen RecyclingGroep en mogelijk andere betrokken bedrijven aan certificering ISO9001 en ISO14001? (...)

Antwoord vraag 2: Peute is de inschrijver en voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen, conform paragraaf 5.2.2 van het Beschrijvend Document.

Ik ga ervan uit dat wij hiermee uw vragen beantwoord hebben. Mocht u desondanks nog nadere vragen hebben, dan zien wij deze met belangstelling tegemoet.'

3. Het geschil

3.1. Renewi vordert, samengevat weergegeven:

- I. de Gemeente te verbieden de opdracht definitief te gunnen aan Peute;
- II. de Gemeente te gebieden de voorgenomen gunningsbeslissingen ten gunste van Peute in te trekken en ingetrokken te houden;
- III. A. Primair: de Gemeente te gebieden de inschrijving van Peute uit te sluiten van deelname aan de aanbesteding, althans de inschrijving van Peute als ongeldig terzijde te leggen en, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, waarbij Renewi in beide percelen als winnaar van de opdracht wordt aangewezen, zulks binnen een termijn van twee weken na datum vonnis;

B. Subsidiair: de Gemeente te gebieden om de aanbesteding te staken en gestaakt te houden en, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, tot heraanbesteding over te gaan;
- IV. het onder I en II gevorderde op te leggen op straffe van verbeurte van een eenmalige en in geval van overtreding van het betreffende gebod direct opeisbare dwangsom van € 250.000,- ineens, te vermeerderen met een bedrag van € 5.000,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt;
- V. de Gemeente te veroordelen in de kosten van de procedure, waaronder nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten.

3.2. Renewi legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de inschrijving van Peute niet aan de eisen voldoet en daarom moet terzijde had moeten worden gelegd, althans niet als winnaar had mogen worden aangemerkt. Renewi heeft begrepen dat Peute gebruik gaat maken van een afzetlocatie die niet van Peute zelf is, maar van Van Leeuwen Recycling Groep B.V. (hierna: Van Leeuwen). Van Leeuwen wordt waarschijnlijk door Peute ingeschakeld als derde om een deel van de werkzaamheden te verrichten en moet daarom aan dezelfde eisen voldoen als Peute. Van Leeuwen beschikt niet over de in de aanbestedingsdocumentatie genoemde certificeringen. Op grond daarvan moet de

inschrijving van Peute terzijde worden gelegd. Voor zover de aanbestedingsstukken zo moeten worden gelezen dat Van Leeuwen niet zelf over de ISO-certificeringen hoeft te beschikken, is sprake van multi-interpretabele eisen en moet de opdracht opnieuw worden aanbesteed.

3.3. Daarnaast is de afzetlocatie die Peute wil gaan gebruiken ongeschikt om de opdracht uit te voeren. Van Leeuwen beschikt over een aantal vergunningen waaruit eisen voortvloeien die een beperking zijn op de uitvoering van de opdracht van de Gemeente. In de eerste plaats heeft Van Leeuwen geen toestemming om op zondag geopend te zijn, terwijl uit de PvE en de NvI's volgt dat dat wekelijkse openstelling van de afzetlocatie op zondag een eis is. Ten tweede is de afzetlocatie aan de Doklaan 22 niet geschikt voor de open overslag van de benodigde hoeveelheid OPK. Uit het Beschrijvend Document (paragraaf 2.3) volgt dat op jaarbasis 12.250 ton moet kunnen worden op- en overgeslagen, terwijl voor Van Leeuwen een maximumopslag van 40m³ (10 ton) geldt. In de derde plaats geldt op basis van de Omgevingsvergunning van Van Leeuwen een maximaal geluidsniveau. Met het aantal benodigde vervoersbewegingen voor de aan- en afvoer van OPK wordt dat niveau al snel overschreden. Ook het niet voldoen aan deze eisen leidt ertoe dat de inschrijving van Peute ongeldig is, aldus Renewi.

3.4. De Gemeente voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vordering.

3.5. Peute vordert in de tussenkomenst Renewi niet-ontvankelijk te verklaren althans de vordering van Renewi af te wijzen en de Gemeente te veroordelen de gunningsbeslissing in stand te houden en de opdracht definitief aan Peute te gunnen indien en voor zover de Gemeente nog tot gunning over wil gaan, een en ander met veroordeling van Renewi en/of de Gemeente in de kosten van de procedure.

3.6. De Gemeente en Peute hebben allebei verzocht om de grondslagen die Renewi pas voor het eerst in haar pleidooi heeft aangevoerd buiten beschouwing te laten en de (blijkbaar) daarbij behorende producties 15 tot en met 24 uit te sluiten.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Aanvullende producties en grondslagen

4.1. Op woensdagmiddag 19 april 2023 heeft Renewi zonder inhoudelijke toelichting een omvangrijk pakket aan aanvullende producties (15 tot en met 24) overgelegd. Op de zitting heeft Renewi in aanvulling op de dagvaarding en met verwijzing naar de aanvullende producties, aanvullende grondslagen genoemd die volgens haar moeten leiden tot toewijzing van de vordering. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de Gemeente en Peute zich, gelet op de late indiening, de omvang van de producties en het, tot het moment van het pleidooi van Renewi ontbreken van enige toelichting daarop, onvoldoende hebben kunnen verweren tegen de bij pleidooi aangevulde grondslagen en de bijbehorende producties. Deze grondslagen en bedoelde producties zijn in strijd met de goede procesorde en worden daarom buiten beschouwing respectievelijk buiten het dossier gelaten.

ISO-certificering

4.2. Het eerste bezwaar van Renewi tegen de inschrijving van Peute richt zich op de certificeringseis. Een inschrijver moet volgens de aanbestedingsstukken aan een aantal kwaliteitsnormen voldoen. Deze staan in paragraaf 5.2.2 van het Beschrijvend Document. Niet ter discussie staat dat Peute zelf over deze certificeringen beschikt. Renewi heeft haar betoog op dit punt opgehangen aan de aanname dat Van Leeuwen onderdelen van de opdracht van de Gemeente voor Peute zal gaan uitvoeren en dat Van Leeuwen daarom ook over de benodigde certificeringen dient te beschikken. Dit betoog houdt geen stand. Anders dan Renewi stelt, volgt uit het Beschrijvend Document niet dat een ander dan de Inschrijver moet voldoen aan de genoemde kwaliteitsnormen. Uit paragraaf 4.2.1 van het Beschrijvend Document volgt slechts dat een derde die bij uitvoering van de opdracht door de inschrijver wordt ingeschakeld, moet voldoen aan alle eisen van de aanbestedingsprocedure over de door de derde uit te voeren onderdelen van de Opdracht (onderstreping voorzieningenrechter). Deze bepaling kan niet anders worden uitgelegd dan dat een ingeschakelde derde alleen moet voldoen aan uitvoeringseisen ten aanzien van specifieke werkzaamheden als die derde deze daadwerkelijk gaat verrichten. Dat Renewi de bepaling anders uitlegt, brengt nog niet met zich dat sprake is van een multi-interpretabele eis. Bovendien hebben Peute en de Gemeente te kennen gegeven dat Peute alle werkzaamheden zelf uit gaat voeren en daartoe slechts een loods van Van Leeuwen gaat huren. De voorzieningenrechter heeft geen reden om hieraan te twifelen. Dat betekent dat Van Leeuwen niet een derde is als bedoeld in paragraaf 4.2.1 van het Beschrijvend Document.

4.3. Aan Renewi kan worden toegegeven dat de Gemeente niet scheutig is geweest in haar beantwoording van de vragen van Renewi over de uitvoering van de opdracht door Peute op een locatie die niet van Peute zelf is. De mededeling van de Gemeente in de brief van 16 februari 2023 'Peute is de inschrijver en voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen, conform paragraaf 5.2.2 van het Beschrijvend Document' is echter feitelijk niet onjuist. Er is bovendien geen grond om te oordelen dat de Gemeente meer details had moeten verschaffen. Een kort door de bocht motivering van de Gemeente doet aan de geldigheid van de inschrijving van Peute niet af.

Geschiktheid afzetlocatie

4.4. Renewi heeft drie redenen genoemd op grond waarvan de afzetlocatie die Peute beoogt te gebruiken niet geschikt is om aan de eisen die Gemeente heeft gesteld, te voldoen. Het gaat dan om de zondagsopenstelling, de maximale op- en overslagcapaciteit en de hoeveelheid vervoersbewegingen die benodigd zijn om het aanbod aan OPK te verwerken.

4.5. De eis van de zondagsopenstelling volgt uit het PvE. Daarin is uitdrukkelijk vermeld dat aan de eisen in het PvE voldaan moet worden tijdens de looptijd van de overeenkomst. Daarmee is de eis, zo betoogt Peute terecht, een uitvoeringseis en geen minimumeis.

4.6. Uit het PvE volgt niet direct dat een inschrijver een minimum aantal vervoersbewegingen moet kunnen doen of een bepaalde hoeveelheid OPK op een willekeurig moment moet kunnen op- of overslaan. Indirect kan, zoals Renewi heeft gedaan, op basis van de in het Beschrijvend Document genoemde inschatting van de totale hoeveelheid OPK, een inschatting worden gemaakt van de benodigde hoeveelheid

vervoersbewegingen en de benodigde opslagcapaciteit. Ook deze 'eisen' zijn echter naar hun aard uitvoeringseisen. Het niet voldoen aan uitvoeringseisen kan pas bij uitvoering worden beoordeeld en kan daarom in beginsel niet leiden tot uitsluiting/terzijdelegging van de inschrijving. Dit is slechts anders als bij de inschrijving al evident is dat aan de eisen niet voldaan kan worden.

4.7. Dat Peute niet aan de uitvoeringseisen kan voldoen, stelt Renewi en wordt betwist door zowel de Gemeente als Peute. De redenering van de Renewi borduurt voort op haar, naar het zich laat aanzien onjuiste, aanname dat Peute gebruik gaat maken van diensten van Van Leeuwen en daardoor gebonden is aan (aanvullende) vergunningseisen die ook gelden voor Van Leeuwen. Peute en de Gemeente hebben gesteld dat Peute onder eigen beheer en verantwoordelijkheid gebruik gaat maken van een loods die weliswaar in eigendom toebehoort aan Van Leeuwen maar gehuurd wordt. Peute en de Gemeente gaan er van uit dat de onderneming die Peute in die loods gaat drijven een zelfstandige inrichting is (type B) die van rechtswege onder de werking van het Activiteitenbesluit Milieubeheer valt. Het Activiteitenbesluit Milieubeheer kent geen verbod op openstelling op zondag. Daarnaast is er geen aanleiding om te veronderstellen dat Peute de geluidsnorm uit het Activiteitenbesluit of de maximale opslagcapaciteit voor OPK (10.000 ton op een willekeurig moment) zal overschrijden. Renewi heeft geen concrete feiten of omstandigheden gesteld en onderbouwd waaruit moet worden afgeleid dat dit anders zal zijn. Voor zover de bestuursrechtelijke vergunningssituatie op enig moment anders blijkt te liggen dan Peute zich nu voorstelt, is dat een kwestie tussen de gemeente Rotterdam (als bestuursorgaan, niet als partij in deze procedure) en Peute en bovendien een kwestie die pas later, bij uitvoering van de opdracht, aan de orde kan komen. De geldigheid van de inschrijving van Peute wordt hierdoor niet aangetast.

Conclusie in de hoofdzaak

4.8. De conclusie uit het voorgaande is dat er geen grond is (voorlopig) te oordelen dat de inschrijving van Peute als ongeldig moet worden aangemerkt en/of terzijde moet worden gelegd. Evenmin is sprake van onduidelijke aanbestedingsstukken als gevolg waarvan heraanbesteding zou moeten plaatsvinden. De vorderingen van Renewi worden afgewezen.

4.9. Renewi wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de Gemeente, tot op heden begroot op € 676,- aan griffierecht en € 1.079,- aan salaris advocaat.

Conclusie in de tussenkomst

4.10. Met toewijzing van de vordering in de hoofdzaak wordt Peute materieel in het gelijk gesteld. Bij expliciete toewijzing van de vordering heeft zij echter geen belang meer. Er is geen reden om de Gemeente te gebieden om, voor zover zij nog wenst te gunnen, dit te doen op basis van het huidige gunningsvoornemen. Uit het verweer van de Gemeente blijkt immers dat zij nog steeds uitvoering wil geven aan de gunningsbeslissing. Renewi wordt als de materieel in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van Peute, tot op heden begroot op € 676,- aan griffierecht en € 1.079,- aan salaris advocaat.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

Ten aanzien van de vordering in de hoofdzaak en de vordering in de tussenkomst:

- 5.1. wijst de vorderingen van Renewi af,
- 5.2. veroordeelt Renewi in de kosten van de procedure, tot op heden aan de zijde van de Gemeente begroot op € 1.755,- en aan de zijde van Peute eveneens begroot op € 1.755,-, en verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.3. wijst de overige vorderingen van Peute af.

Dit vonnis is gewezen door mr. P. de Bruin en in het openbaar uitgesproken op 12 mei 2023. ^{3144/2009}