

ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110

Instantie	Rechtbank 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	24-10-2012
Datum publicatie	24-10-2012
Zaaknummer	222864 / HA ZA 10-2803
Formele relaties	Hoger beroep: ECLI:NL:GHSHE:2017:2127
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Korte samenvatting: Contradictoir. Afwijzing van vorderingen die strekken tot nietigheid, dan wel onmiddellijke heraanbesteding van al langlopende contracten voor verwerking van GFT afval tussen Attero-Zuid en een groot aantal Brabantse gemeenten. De rechtbank oordeelt dat niet is komen vast te staan dat op enig moment een einde is gekomen aan de "in-house" uitzondering die geldt voor het openbaar aanbesteden van overheidsopdrachten. De vordering die is gegrond op het standpunt dat er sprake zou zijn van staatssteun, omdat Attero-Zuid hoge, niet marktconforme tarieven in rekening heeft gebracht, wordt afgewezen omdat Shanks dit standpunt onvoldoende heeft onderbouwd.
Wetsverwijzingen	Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden 8
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JAAN 2012/181 JAAN 2013/12 JAF 2012/180 met annotatie van Van der Meijden

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK 'S-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 222864 / HA ZA 10-2803

Vonnis van 24 oktober 2012

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
SHANKS NEDERLAND B.V., gevestigd te Rotterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ORGAWORLD B.V., gevestigd te 's-Hertogenbosch,
eiseressen,
advocaat mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht,

tegen

A1. de publiekrechtelijke rechtspersonen op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen:

1. SAMENWERKINGSVERBAND REGIO EINDHOVEN, gevestigd te Eindhoven,
2. REGIONAAL MILIEUBEDRIJF BRABANT NOORD-OOST, gevestigd te Cuijk,
3. REGIONAAL OVERLEG MIDDEN-BRABANT, gevestigd te Tilburg,
4. STADSGEWEST 'S-HERTOGENBOSCH, gevestigd te 's-Hertogenbosch,
5. REGIO WEST-BRABANT, gevestigd te Bergen op Zoom,

A2. de gemeenten:

6. GEMEENTE REUSEL-DE MIERDEN,
7. GEMEENTE BLADEL,
8. GEMEENTE OIRSCHOT,
9. GEMEENTE BEST,
10. GEMEENTE EERSEL,
11. GEMEENTE VELDHOVEN,
12. GEMEENTE BERGEIJK,
13. GEMEENTE SON EN BREUGEL,
14. GEMEENTE WAALRE,
15. GEMEENTE VALKENSWAARD,
16. GEMEENTE NUENEN GERWEN EN NEDERWETTEN,
17. GEMEENTE GELDROP-MIERLO,
18. GEMEENTE HEEZE-LEENDE,
19. GEMEENTE CRANENDONCK,
20. GEMEENTE LAARBEEK,
21. GEMEENTE HELMOND,
22. GEMEENTE SOMEREN,
23. GEMEENTE GEMERT-BAKEL,
24. GEMEENTE DEURNE,
25. GEMEENTE ASTEN,
26. GEMEENTE LITH,
27. GEMEENTE MAASDONK,
28. GEMEENTE LANDERD,
29. GEMEENTE BOEKEL,
30. GEMEENTE GRAVE,
31. GEMEENTE MILL EN SINT HUBERT,
32. GEMEENTE CUIJK,
33. GEMEENTE SINT ANTHONIS,
34. GEMEENTE BOXMEER,
35. GEMEENTE DONGEN,
36. GEMEENTE GILZE EN RIJEN,
37. GEMEENTE GOIRLE,
38. GEMEENTE HILVARENBEEK,
39. GEMEENTE LOON OP ZAND,
40. GEMEENTE OISTERWIJK,

41. GEMEENTE TILBURG,
42. GEMEENTE WAALWIJK,
43. GEMEENTE S-HERTOGENBOSCH,
44. GEMEENTE SCHIJNDEL,
45. GEMEENTE HEUSDEN,
46. GEMEENTE MAASDRIEL,
47. GEMEENTE HAAREN,
48. GEMEENTE VUGHT,
49. GEMEENTE SINT-MICHIELSGESTEL,
50. GEMEENTE BOXTEL,
51. GEMEENTE AALBURG,
52. GEMEENTE ALPHEN-CHAAM,
53. GEMEENTE BAARLE-NASSAU,
54. GEMEENTE BERGEN OP ZOOM,
55. GEMEENTE BREDA,
56. GEMEENTE DRIMMELEN,
57. GEMEENTE ETTEN-LEUR,
58. GEMEENTE GEERTRUIDENBERG,
59. GEMEENTE HALDERBERGE,
60. GEMEENTE MOERDIJK,
61. GEMEENTE OOSTERHOUT,
62. GEMEENTE ROOSENDAAL,
63. GEMEENTE RUCPHEN,
64. GEMEENTE STEENBERGEN,
65. GEMEENTE THOLEN,
66. GEMEENTE WERKENDAM,
67. GEMEENTE WOENSDRICHT,
68. GEMEENTE WOUDRICHEM,
69. GEMEENTE ZUNDERT

alle gevestigd in de gemeente die hun naam draagt;
gedaagden sub A1 (1 t/m 5) en A2 (6 t/m 69),
advocaat mr. B.J.M.P. Cremers te Breda,

B. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

70. ATTERO-ZUID B.V., gevestigd te Haelen;
gedaagde,
advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.

Eisers zullen hierna ook genoemd worden: Shanks (enkelvoud).

Gedaagden zullen ook genoemd worden:

- gedaagden sub A1 (1 t/m 5): de Regios ,
- gedaagden sub A2 (6 t/m 69): de Gemeenten
- gedaagden sub A1 en A2 gezamenlijk: de Overheden
- gedaagde sub B (70): Attero-Zuid.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding,
- de akte overlegging producties van Shanks
- de conclusies van antwoord van de Overheden en van Attero-Zuid,
- de conclusie van repliek,
- de conclusies van dupliek van de Overheden en van Attero-Zuid,
- de akte wijziging van de eis (vervangende eerdere wijzigingen van de eis),
- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

1.2. Tegen de laatste wijziging/herformulering van de eis hebben gedaagden zich niet verzet; de rechtbank zal op die gewijzigde eis recht doen.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. De Gemeenten zijn op grond van de Wet milieubeheer gehouden het in hun gemeenten vrijkomende afval in te zamelen en zij dienen dat op milieutechnisch verantwoorde wijze te doen verwerken. Teneinde dat doelmatig te doen, werken zij - al dan niet middels een gezamenlijke reinigingsdienst - samen in regionale samenwerkingsverbanden (onder meer in de Regios, gedaagden sub A1 onder 1 t/m 5) die gemeenschappelijke regelingen en/of plusregios en dus openbare lichamen zijn in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Aan die Regios zijn overigens ook taken op andere beleidsterreinen opgedragen.

2.2. Ten pleidooie werd duidelijk dat daartoe - materieel gesproken - ieder van de (rechtsvoorgangers van de) Regios ten behoeve van de deelnemende gemeenten in 1996 een overeenkomst heeft gesloten met Attero-Zuid (toen nog geheten N.V. Sturing Afvalverwijdering Noord-Brabant, kortweg: Afvalsturing).

NB: Enigszins verwarrend heeft Shanks als specimen van deze vier overeenkomsten die van SRE (gedaagde sub 1) overgelegd (DV, prod. 8), in welke overeenkomst, anders dan in de andere drie, een NV RAZOB tussenschakel was tussen de gemeenten als aanbieders van het afval en Afvalsturing. Ten pleidooie werd ook duidelijk dat later RAZOB ook in de Eindhovense constellatie er tussenuit is gevallen, zodat thans ook in de regio Eindhoven de situatie is zoals hier en elders in dit vonnis wordt beschreven.

In die overeenkomsten (vgl. art. 2 van het specimen, prod. 8 Shanks) verplichtten de aanbieders (de Regios voor de deelnemende gemeenten) zich tot aanbidding van al hun GFT-afval aan Afvalsturing. De aanbiedende gemeenten zouden daarvoor aan Afvalsturing een tarief van f 110,00 (alle prijzen in dit vonnis zijn excl. BTW) per ton betalen (art. 6). Afvalsturing zou vervolgens zorg dragen voor verdere verwerking van het aldus verzamelde afval bij derden-afvalverwerkers, met wie zij overeenkomsten zou

sluiten.

Met betrekking tot haar looptijd hield de overeenkomst in:

Artikel 12 Duur van de overeenkomst

1. Deze overeenkomst treedt in werking op 1 januari 1995 en heeft een looptijd gelijk aan de periode dat Afvalsturing contractuele verplichtingen ten opzichte van verwerker(s) heeft.

2. Tussentijdse beëindiging van onderhavige overeenkomst door aanbieder en/of SRE is slechts mogelijk indien bijzondere redenen aanbieder hiertoe nopen en aanbieder alle hiermee samenhangende door Afvalsturing te lijden schade, vast te stellen door een onafhankelijke derde, aan Afvalsturing vergoedt.

De akten waarin deze overeenkomsten waren neergelegd, waren getiteld: Dienstverlenings-overeenkomst inzake het aanbieden en verwerken van GFT-afval. De overeenkomsten zullen hierna, gelijk partijen in hun stukken doen, aangeduid worden als de Dienstverleningsovereenkomst (enkelvoud).

2.3. Partijen zijn het over eens dat in de Dienstverleningsovereenkomst Afvalsturing tegen betaling door de deelnemende gemeenten (Attero-Zuid factureert rechtstreeks aan de deze gemeenten) een dienst verricht (het afvoeren en verwerken van afval).

2.4. Ten tijde van het sluiten van de Dienstverleningsovereenkomst werden de aandelen in Afvalsturing exclusief gehouden door:

-de Provincie Noord Brabant 200 aandelen;

-de verschillende gemeenten (al dan niet via de Regios) 1.800 aandelen.

In 2001 hebben de Provincie en de gemeenten hun aandelenbezit in Afvalsturing (kennelijk destijds omgezet in of gefuseerd tot Essent Milieu Zuid B.V., later Attero-Zuid) verkocht aan een vennootschap PMG Milieu Services B.V. (hierna: PMG Milieu). Weer later kwamen de aandelen van Afvalsturing in handen van een holding-vennootschap uit de Attero-groep, wat nog steeds het geval is. Ten pleidooie verklaarde de heer [X] van Attero-Zuid desgevraagd dat aandeelhouders van zowel PMG Milieu als later die van de Attero-holding waren: een aantal provincies, waaronder Noord Brabant, en een groot aantal over het gehele land verspreide gemeenten, waaronder de in de Regios samenwerkende en in de Dienstverleningsovereenkomst deelnemende gemeenten. Toen op deze wijze Afvalsturing deel is gaan uitmaken van de Attero-groep, heeft haar aandeelhouster (de Attero-holding) de naam van Afvalsturing gewijzigd in Attero-Zuid B.V.. Attero-Zuid of Afvalsturing zal hierna waar de duidelijkheid dat dient Attero-Zuid/Afvalsturing worden genoemd.

2.5. Op de Dienstverleningsovereenkomst zijn tussen de Regios en Attero-Zuid/Afvalsturing drie addenda overeengekomen (prod. 8 Shanks, achter de Dienstverleningsovereenkomst):

Addendum 1 van 23 november 2001 waarin:

Artikel 1: vaststelling van een Tarievenmodel GFT (bijlage bij dat addendum);

Artikel 2: een regeling van de belangenbehartiging door de participerende gemeenten bij Attero-Zuid/Afvalsturing ;

Artikel 3: de vaststelling dat de Dienstverleningsovereenkomst wegens verplichtingen van Attero-Zuid/Afvalsturing jegens haar afnemer(s) in ieder geval tot 2012 zou doorlopen, zoals nader gespecificeerd op pagina 4 van het Tarievenmodel GFT.

Addendum 2 van 26 november 2009 (partijnaam Attero-Zuid destijds Essent Milieu Zuid B.V.), waarin een aanpassing van het in addendum 1 vastgelegde tarievenmodel.

Addendum 3 van 23 juli 2010 waarin:

Artikel B: de vaststelling dat Attero-Zuid/Afvalsturing contractuele verplichtingen ten opzichte van verwerker(s) heeft tot tenminste 1 februari 2017;

Artikel D: de nadere vaststelling van een (verlaagd) tarief van 55,- per ton GFT vanaf 1 januari 2010 en van 45,- per ton GFT vanaf 1 juni 2012.

2.6. Ten pleidooie heeft de heer [X] namens Attero-Zuid bevestigd wat de Overheden reeds stelden, te weten: in mei 2010 is de overeenkomst tussen Attero-Zuid/Afvalsturing en de afnemer [Y] verlengd tot 1 februari 2017; op grond van die verlenging is vervolgens artikel B van Addendum 3 tot stand gekomen.

3. Het geschil

3.1. Shanks heeft bij repliek haar vorderingen voor zover gericht tegen het Regionaal Overleg Midden-Brabant (gedaagde sub A1 onder 3) en de Gemeenten Lith, Maasdriel en Tholen (gedaagden sub A2 onder 26, 46 en 65) ingetrokken. Tegen de overige gedaagden vordert zij na de laatste eisenwijziging ten pleidooie en bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, zakelijk en sterk verkort weergegeven het volgende:

Primair

1. de Dienstverleningsovereenkomst, inclusief de drie Addenda te vernietigen;
2. de Overheden te gebieden zo spoedig mogelijk een Europese (her)aanbesteding te organiseren van de aan Attero-Zuid thans opgedragen afvalverwerkingsdiensten;
3. de Overheden te veroordelen om een voorschot op schadevergoeding te betalen van 5 miljoen;
4. de veroordeling van de Overheden tot verdere schadevergoeding op te maken bij staat;

Subsidiar

1. Addendum 3 van de Dienstverleningsovereenkomst te vernietigen;
2. de Regios sub A1 onder 1, 2, 4 en 5 en de Gemeenten sub A2 onder 35 t/m 42 te gebieden de Dienstverleningsovereenkomst inclusief Addenda 1 en 2 met onmiddellijke ingang op te zeggen;
3. de Regios sub A1 onder 1, 2, 4 en 5 en de Gemeenten sub A2 onder 35 t/m 42 te gebieden om verdere uitvoering te geven aan de Dienstverleningsovereenkomst inclusief Addenda 1 en 2;
4. Attero te veroordelen om het onder 3 bedoelde bevel te gehangen en gedogen;
5. de Overheden te gebieden zo spoedig mogelijk een Europese (her)aanbesteding te organiseren van de aan Attero-Zuid thans opgedragen afvalverwerkingsdiensten;
6. de Overheden te veroordelen om een voorschot op schadevergoeding te betalen van 5 miljoen;
7. de veroordeling van de Overheden tot verdere schadevergoeding op te maken bij staat;

Meer subsidiar

1. de Regios sub A1 onder 1, 2, 4 en 5 en de Gemeenten sub A2 onder 35 t/m 42 te gebieden de Dienstverleningsovereenkomst inclusief Addenda 1 en 2 met onmiddellijke ingang op te zeggen, en
2. de Regios sub A1 onder 1, 2, 4 en 5 en de Gemeenten sub A2 onder 35 t/m 42 te verbieden om verdere uitvoering te geven aan de Dienstverleningsovereenkomst inclusief Addenda 1 en 2;
3. Attero te veroordelen om het onder 2 bedoelde verbod te gehangen en gedogen;
4. een Europese aanbesteding te organiseren van de aan Attero-Zuid thans opgedragen afvalverwerkingsdiensten;
5. de Overheden te veroordelen om een voorschot op schadevergoeding te betalen van 5 miljoen;
6. de veroordeling van de Overheden tot verdere schadevergoeding op te maken bij staat;

Meest subsidiar

de Dienstverleningsovereenkomst, inclusief de drie Addenda nietig te verklaren, althans de Overheden te verbieden om verdere uitvoering te geven aan de Dienstverleningsovereenkomst inclusief de Addenda

totdat de Europese Commissie op de hoogte is gebracht van de aan Attero verleende overheidssteun en heeft beoordeeld of de steunmaatregelen in overeenstemming zijn met art. 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU);

in alle gevallen met hoofdelijke veroordeling van gedaagden tot betaling van 6.422,00 aan buitengerechtelijke kosten en tot vergoeding van de proceskosten inclusief nakosten.

3.2. Shanks heeft - sterk samengevat - het volgende aan haar vorderingen ten grondslag gelegd.

3.2.1. Vanaf 18 december 2001 zijn de aandelen van de publieke partij Afvalsturing overgenomen door een marktpartij, te weten PMG Milieu. Op dat tijdstip is de identiteit van de opdrachtnemer van de Dienstverleningsovereenkomst wezenlijk gewijzigd en kon niet langer beroep meer worden gedaan op de inhouse-uitzondering (CvR, 3.3) voor het verplicht Europees aanbesteden dergelijke opdrachten. Vanaf dat tijdstip werd de opdracht aan Afvalsturing dus aanbestedingsplichtig (PN 2.7). De Overheden hadden op dat moment de Dienstverleningsovereenkomst, ook als die in 1996 rechtmatig was aangegaan, dienen te beëindigen en de aldus ontstane onrechtmatige toestand op te heffen (CvR, 3.6, 3.7 en 3.8).

3.2.2. De afspraken die de Overheden en Attero-Zuid in 2010 middels addendum 3 hebben gemaakt, zijn volgens het criterium zoals geformuleerd in het Pressetext-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) te kwalificeren als een wezenlijke wijziging van de (voorwaarden van de) Dienstverleningsovereenkomst en daarmee als een geheel nieuwe overeenkomst (CvR, 3.11). Om die reden valt de gehele Dienstverleningsovereenkomst inclusief addenda onder de werking van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira) (PN 3.4) Shanks vordert op grond van artikel 8 van deze wet primair de vernietiging van de gehele Dienstverleningsovereenkomst inclusief addenda en subsidiair vernietiging van alleen addendum 3.

3.2.3. Door in 2001 geen einde te maken aan de aanbestedingsplichtig geworden opdracht, handelden de Overheden vanaf dat moment onrechtmatig (CvR 3.8; PN 2.8 en 2.12). Om deze reden vordert Shanks (meer) subsidiair dat de relevante Overheden wordt geboden de Dienstverleningsovereenkomst en addenda 1 en 2, op te zeggen (CvR 3.45). Attero moet daarbij geboden worden dit te gehangen en gedogen.

3.2.4. In geval dat de Dienstverleningsovereenkomst niet op 6 mei 2012 zou zijn geëindigd, dan is er kennelijk sprake van een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Dit is in strijd met de Unierechtsorde, onrechtmatig tegenover Shanks en daarbij een zelfstandige vernietigingsgrond (DV 4.33.e.v.).

3.2.5. Zo de Dienstverleningsovereenkomst ondanks deze bezwaren in stand zou moeten blijven, dan komt zij neer op een overeenkomst die aan Attero staatssteun verleent (CvR, Hfst. V, 5.1 e.v.) en is zij derhalve nietig, zodat Shanks vordert dat de rechtbank deze nietig verklaart. Weliswaar is de beslissing over de vraag of er sprake is van staatssteun voorbehouden aan de Europese Commissie, maar als zonder meer vast staat dat daarvan sprake is, dient de rechtbank de verdere uitvoering daarvan te staken (CvR, 5.12 en PN 5.29 en 5.1) totdat de Europese Commissie een definitief oordeel hierover heeft gegeven, zoals subsidiair gevorderd.

3.2.6. Vast staat dat de Overheden een jegens Shanks onrechtmatige daad hebben gepleegd. Shanks is daardoor in de afgelopen 10 jaar omzet misgelopen en heeft winst gederfd, die zij schat op ten minste 15 miljoen. Ook in geval de Dienstverleningsovereenkomst niet alsnog zal worden beëindigd, lijdt Shanks over de komende vijf jaar een schade van ruwweg 5.6 miljoen. Shanks vordert dan ook een voorschot op deze schade en verwijzing naar de schadestaatprocedure. Omdat Shanks ten slotte pogingen heeft ondernomen tot voldoening buiten rechte, heeft zij recht op vergoeding van de kosten daarvan, begroot op 6.422,00.

3.3. De Overheden en Attero-Zuid hebben gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vorderingen van Shanks. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Partijen over en weer en ook gedaagden onderling hebben ten aanzien van het merendeel van de Overheden geen punt gemaakt van de vraag op welke wijze, dan wel: in welke hoedanigheid de Regios in de Dienstverleningsovereenkomst en addenda ten behoeve van de Gemeenten zijn opgetreden (middellijke of onmiddellijke vertegenwoordiging, bestuurlijke overdracht van bevoegdheden of anderszins). Zowel deze Regios als deze Gemeenten beschouwen zich wat dat betreft als partijen bij de rechtsverhouding met Afvalsturing. De rechtbank zal wat deze gedaagden betreft evenmin onderscheid maken bij de inhoudelijke bespreking van de vorderingen van Shanks. In geval de rechtbank toekomt aan de beoordeling van het verweer van de Overheden dat 27 van hen onterecht zijn gedagvaard omdat zij geen partij stellen te zijn bij de in dit geschil centraal staande rechtsverhouding(en), zal de rechtbank dit onderscheid wel maken. Eerst zal de rechtbank echter het materiële geschil bespreken.

Strijd met het Europees aanbestedingsrecht.

4.2. Shanks heeft op de aanbestedingsrechtelijke grondslag de vernietiging van de Dienstverleningsovereenkomst (en addenda) gevorderd, alsmede subsidiair de opzegging en het onmiddellijke stopzetten van de uitvoering daarvan. Voordat de rechtbank toekomt aan de vraag welke rechtsmiddelen Shanks ten dienste zouden staan om het door haar beoogde doel te bereiken, dient eerst vast komen te staan of de nu bestaande situatie materieel in strijd is met het Europese Aanbestedingsrecht. Daartoe overweegt de rechtbank als volgt.

4.3. Vooropgesteld wordt dat alle partijen, ook Shanks (PN 2.5), er in deze procedure van uitgaan dat zich ten tijde van het sluiten van de Dienstverleningsovereenkomst de (overigens door het HvJEU pas enkele jaren later ontwikkelde) uitzondering op de verplichting tot Europese aanbesteding voordeed die wordt aangeduid als: de in-house-uitzondering. In 1996 was in ieder geval voldaan aan de drie daarvoor cumulatief geldende criteria, te weten: (a) toezicht op de onderneming zoals dat op de eigen diensten, (b) activiteiten van de onderneming voor méér dan 90% voor de aanbestedende dienst en (c) geen deelname van privaat kapitaal.

4.4. Shanks heeft in dit kader erkend dat de Dienstverleningsovereenkomst in 1996 rechtmatig is aangegaan (PN 2.12) omdat deze viel onder de in-house-uitzondering. Zolang die situatie zich niet wijzigde, bleef deze overeenkomst dus rechtmatig. In dat licht bezien is het aan Shanks om voldoende gemotiveerd te stellen - en bij betwisting te bewijzen - dat hieraan op enig moment een einde is gekomen. Zij heeft daartoe bij repliek (CvR 3.3) volstaan met de stelling dat de positie van de publieke partij (bedoeld is: Afvalsturing) op 18 december 2001 is overgenomen door een marktpartij (bedoeld is: PMG Milieu) en dat vanaf dat moment geen beroep meer kan worden gedaan op de in-house uitzondering. Bij pleidooi heeft Shanks bovendien betoogd dat met de verkoop van de aandelen in Afvalsturing in 2001 niet langer voldaan is aan het hierboven genoemde toezichtcriterium en aan het merendeelcriterium (PN 2.7 tussen het laatste haakje). Over de vraag of er op enig moment sprake was van deelname van privaat kapitaal heeft Shanks geen stellingen ingenomen. Gedaagden hebben de stelling van Shanks dat er op enig moment een einde is gekomen aan de in-house-uitzondering niet erkend. Integendeel, de Overheden hebben dit betwist (CvD-O, punt 25) en Attero-Zuid heeft hierover gesteld dat zij via de holding-structuur nog steeds exclusief in handen is van overheden, waaronder de Gemeenten (en de Provincie Noord-Brabant). Tevens heeft Attero-Zuid gesteld slechts marginaal diensten te verlenen voor anderen dan de Overheden. Ten slotte volgt uit de vaststaande feiten dat de Gemeenten nog steeds (indirect) aandeelhouder zijn van Attero-Zuid.

4.5. Nog daargelaten de vraag of het pas bij pleidooi innemen van haar laatste stellingen aangaande het toezicht- en merendeelcriterium niet als ontijdig moet worden beschouwd, nu niet gebleken is dat gedaagden de rechtsstrijd op dit punt hebben aanvaard, acht de rechtbank de enkele stelling van Shanks dat met de aandelenoverdracht in 2001 niet langer voldaan werd aan deze criteria, in het licht van de vaststaande feiten en het daar tegenover door gedaagden aangevoerde, onvoldoende onderbouwd. Daarmee heeft Shanks in dit kader niet voldaan aan de op haar rustende stelplecht. Dit betekent dat niet is komen vast te staan dat de opdracht die middels de Dienstverleningsovereenkomst aan Attero-Zuid is verleend, aanbestedingsplichtig is geworden. De vorderingen van Shanks voor zover deze op die grondslag

zijn ingesteld, zijn dus niet toewijsbaar.

Strijd met het Europees staatssteunrecht.

4.6. Bij repliek en pleidooi heeft Shanks aanvullend en meest subsidiair geconcludeerd dat de Dienstverleningsovereenkomst (en addenda) op staatssteunrechtelijke grondslag nietig is/zijn, dan wel dat aan deze overeenkomst geen verdere uitvoering wordt gegeven totdat de Europese Commissie heeft beoordeeld of steunmaatregelen in overeenstemming zijn met de Europese staatssteunregels. Partijen hebben uitgebreid gedebatteerd over de vraag of de gestelde strijd met het staatssteunrecht kan of moet leiden tot de nietigheid van de Dienstverleningsovereenkomst en addenda. Ook hier geldt echter dat de rechtbank eerst zal beoordelen of in dit geding vast zal komen te staan of er sprake is van staatssteun, voordat zij toekomt aan de vraag welke rechtsmiddelen Shanks ten dienste zouden staan. De rechtbank verwerpt in het licht daarvan het standpunt van Shanks dat de rechtbank al bij twijfel over de vraag of er sprake is van staatssteun de verdere uitvoering van deze maatregel dient te blokkeren om daarmee te voldoen aan de standstill-bepaling zoals bedoeld in artikel 108 lid 3 van het VwEU. In overweging 36 van haar arrest van 11 maart 2011 heeft het HvJEU immers - onder meer - bepaald dat hiertoe slechts dient te worden overgegaan in geval dat vaststaat dat er sprake is van staatssteun (HvJEU 11 maart 2010, zaak C-1/90, Jur. 2010, Celf II).

4.7. In het kader van de vraag of er ten aanzien van Attero-Zuid sprake is van staatssteun gegeven door de Overheden dient de maatregel te voldoen aan elk van de in artikel 107 lid 1 VwEU genoemde voorwaarden. Gelet op de grondslag van haar vordering dient Shanks in deze procedure voldoende gemotiveerd te stellen - en bij betwisting te bewijzen - dat aan (elk van) deze voorwaarden is voldaan. In dit kader stelt de rechtbank voorop dat de Europese Commissie - na een namens Shanks ingediende klacht en nadat de Commissie daartoe informatie heeft ingewonnen bij de Nederlandse autoriteiten - in haar brief van 9 november 2011 voorlopig tot de conclusie is gekomen dat de maatregel (de rechtbank leest: de Dienstverleningsovereenkomst) geen staatssteun vormt in de zin van artikel 107 lid 1 VwEU, omdat de maatregel - kort gezegd - geen voordeel oplevert voor Attero-Zuid (en er dus geen sprake is van begunstiging van bepaalde ondernemingen, één van de in artikel 107 lid 1 VwEU genoemde cumulatieve vijf voorwaarden). De tarieven zoals gehanteerd in de Dienstverleningsovereenkomst lijken marktconform te zijn, aldus de Commissie (prod. 9 Overheden).

4.8. Tegen de achtergrond van dit voorlopige oordeel van de Commissie, die immers in Europeesrechtelijk verband bij uitstek geëquipeerd moet worden geacht en daarbij (exclusief) bevoegd is om zich een oordeel te vormen over de vraag of er sprake is van (onrechtmatige) staatssteun, heeft Shanks naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende gemotiveerd gesteld dat er sprake is van selectieve begunstiging in de zin van artikel 107 lid 1 VwEU omdat Attero middels de Dienstverleningsovereenkomst en addenda voor het verwerken van GFT-afval hogere dan marktconforme tarieven zou ontvangen. De rechtbank overweegt, mede gelet op hetgeen gedaagden op dit punt hebben gesteld, hiertoe als volgt.

4.9. Shanks heeft haar stelling dat er sprake zou zijn van selectieve begunstiging (in haar woorden: bevoordeling) - samengevat - onderbouwd met het argument dat de huidige tarieven uit de Dienstverleningsovereenkomst en addenda (55,- per ton GFT volgens Shanks) tenminste 25,- liggen boven het huidige markttarief van 30,- tot 35,- per ton, zoals gerapporteerd door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, prod. 37 Shanks, p. 7) en haar eigen verwerkingstarief van 28,50 per ton. Deze onderbouwing is naar het oordeel van de rechtbank echter onvoldoende om aan te nemen dat er sprake is (geweest) van begunstiging van Attero-Zuid en wel om de volgende redenen.

4.10. In de eerste plaats heeft Shanks, buiten de stelling dat Attero-Zuid eerder een (hoger) tarief van 84,- heeft gehanteerd, niets aangevoerd omtrent het al dan niet marktconform zijn van de tarieven van Attero-Zuid in (enige periode in) het verleden, doch slechts stellingen ingenomen omtrent het al dan niet marktconform zijn van het huidige tarief van Attero-Zuid. Dit betekent dat Shanks haar stellingen omtrent enige begunstiging van Attero-Zuid in het verleden, in ieder geval onvoldoende zijn onderbouwd.

4.11. Vervolgens verliest Shanks uit het oog dat het door haar genoemde tarief van Attero-Zuid van 55,- per ton een all-inclusive tarief is, dus inclusief op- en overslag. Volgens de eigen stellingen van Shanks (CvR 3.31) moet voor op- en overslag 9,- per ton worden gerekend en volgens het rapport van de NMa (prod. 37 Shanks, p. 7) is dit 11,- per ton. De rechtbank zal deze bedragen middelen tot 10,- per ton. Dit betekent echter wel dat voor de tariefsvergelijking moet worden uitgegaan van een tarief van (afgerond) 45,- euro per ton en niet van het door Shanks genoemde tarief van 55,- per ton. Vervolgens is niet in geschil dat Attero-Zuid uit hoofde van addendum 3 vanaf juni 2012 het tarief verlaagd heeft naar 45,- per ton inclusief op- en overslag, zodat ook volgens de stellingen van Shanks vanaf dat moment een tarief wordt gehanteerd dat zich bevindt binnen de NMA genoemde bandbreedte, te weten 35, per ton. Dit betekent dus ook dat hiermee de stellingen van Shanks omtrent het al dan niet marktconform zijn van de tarieven van Attero-Zuid vanaf juni 2012, onvoldoende zijn onderbouwd. De rechtbank heeft daarbij mede in aanmerking genomen dat Shanks ook heeft gesteld, namelijk bij de berekening van haar schade, dat haar eigen tarief niet de hierboven door haar gestelde 28,50 per ton, maar 32,50 per ton bedraagt (DV 4.40). Dit tarief ligt zeer dicht bij het door Shanks gestelde tarief van Attero-Zuid.

4.12. Voor zover het nog gaat om de gestelde begunstiging in de periode dat Attero-Zuid het (inclusief) tarief van 55,- hanteerde, oordeelt de rechtbank dat Shanks, ook na verweer op dit punt van Attero-Zuid en de Overheden, onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat het bij haar vergelijking daadwerkelijk ging om vergelijkbare diensten die voor dit tarief werden verricht (bijvoorbeeld met betrekking van de eisen gesteld werden op het gebied van duurzaamheid of mileubelasting). Dat de precieze inhoud van de tegenprestatie voor het vergelijken van de tarieven van belang is, blijkt ook wel uit de eigen stelling van Shanks (PN 5.15) dat zij voor bepaalde vormen van verwerking van GFT-afval (in haar voorbeeld: inclusief luiers en incontinentiemateriaal), ook bij recent aanbestede contracten, hogere tarieven rekent.

4.13. De rechtbank concludeert uit het voorgaande dus dat Shanks al met al onvoldoende feiten heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het door Attero-Zuid uit hoofde van de Dienstverleningsovereenkomst en addenda gehanteerde tarief, niet marktconform is (geweest) en er dus sprake is (geweest) van een begunstiging, laat staan selectieve begunstiging in de zin van artikel 107 lid 1 VwEU, dan wel dat (op enig moment) is voldaan aan de andere cumulatieve criteria van dit artikel. Shanks heeft ook betoogd dat de Dienstverleningsovereenkomst een voortdurende zekerheid van inkomsten genereert voor Attero-Zuid en zij alleen al daarmee staatssteun ontvangt. De rechtbank verwerpt ook dit standpunt. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, en zonder dat vaststaat dat Attero-Zuid op enig moment een hoger dan marktconform tarief in rekening heeft gebracht, is de enkele stelling dat de Dienstverleningsovereenkomst zorgde voor langdurige inkomsten voor Attero-Zuid onvoldoende om daaruit te concluderen dat de Dienstverleningsovereenkomst daarmee een staatssteunmaatregel is geweest. Dit zou dan immers gelden voor elke duurovereenkomst die een overheid zou sluiten met een private partij. Bovendien staat niet vast dat de Dienstverleningsovereenkomst een onbepaalde duur heeft zoals Shanks heeft bepleit: deze loopt vooralsnog tot 2017 en de Overheden hebben aan Attero al medegedeeld dat er na dit tijdstip zal (moeten) worden overgegaan tot een aanbesteding, zoals zij onbetwist hebben gesteld.

Samenvatting, buitengerechtelijke kosten en proceskosten.

4.14. Nu de vorderingen van Shanks zowel op de aanbestedingsrechtelijke als de staatssteunrechtelijke grondslag niet toewijsbaar zijn, zal de rechtbank alle (hoofd)vorderingen van Shanks onder primair t/m meest subsidiair, afwijzen. De vordering tot betaling van buitengerechtelijke kosten treft om die reden hetzelfde lot.

4.15. Shanks zal als de in het ongelijk gestelde partij afzonderlijk in de proceskosten van de Overheden en Attero-Zuid worden veroordeeld, nu deze gedaagden bij aparte advocaten hebben geprocedeerd. Voor het liquidatietarief zal de rechtbank aansluiten bij de hoogte van het door Shanks gevorderde voorschot. Shanks zal aldus de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Attero-Zuid worden veroordeeld. Deze kosten worden begroot op:

- griffierecht 3.490,00
- salaris advocaat 12.844,00 (4,0 punten × tarief 3.211,00)

Totaal 16.334,00

4.16. De Overheden hebben gemotiveerd gesteld voor de gedaagden tegen wie Shanks de vordering heeft ingetrokken, extra kosten te hebben gemaakt. Nu zij zich tot en met de conclusie van antwoord tegen deze vorderingen hebben moeten verdedigen en deze kosten dus nodeloos zijn gemaakt, zal de rechtbank de Overheden een half punt aan salaris advocaat toekennen volgens het toepasselijk liquidatietarief. Tussen de Overheden en Shanks is verder gedebatteerd over vraag of een ander deel van de Overheden al dan niet terecht in dit geschil is betrokken en de Overheden hebben aangevoerd ook om die reden extra (proces)kosten te hebben gemaakt (CvD16 en CvA 18 en 19). De rechtbank ziet hierin geen aanleiding om een extra of aparte vergoeding aan proceskosten voor dit deel van de Overheden vast te stellen. De vorderingen van Shanks falen op inhoudelijke gronden; het feit dat ook een ander - inhoudelijk te beoordelen - verweer van een aantal Overheden had kunnen slagen, brengt niet met zich dat dat deel van de Overheden recht heeft op een aparte of extra veroordeling in de proceskosten. Shanks zal aldus de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van de Overheden worden veroordeeld. Deze kosten worden begroot op:

- griffierecht 3.490,00
- salaris advocaat 14.449,50 (4,5 punten × tarief 3.211,00)

Totaal 17.939,50

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Shanks in de proceskosten, aan de zijde van de Overheden tot op heden begroot op 17.939,50,

5.3. veroordeelt Shanks in de proceskosten, aan de zijde van Attero-Zuid tot op heden begroot op 16.334,00,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling onder 5.2 uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.H.W. Rullmann, mr. H. Benek en mr. M. Rietveld en in het openbaar uitgesproken op 24 oktober 2012.