

ECLI:NL:RBUTR:2007:BB8610

Instantie	Rechtbank Utrecht
Datum uitspraak	21-11-2007
Datum publicatie	27-11-2007
Zaaknummer	208648/ HA ZA 06-382
Formele relaties	Veroordeling feit: ECLI:NL:HR:2003:AF2830
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Aanbesteding.
Wetsverwijzingen	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JAAN 2007/148

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK UTRECHT

Sector handels- en familierecht

zaaknummer / rolnummer: 208648 / HA ZA 06-382

Vonnis van 21 november 2007

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

EWYCKSGROEP B.V.,

gevestigd te Utrecht,

eiseres,

procureur mr. M.R. Ruygvoorn,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TWINNING HOLDING B.V.,

gevestigd te Vianen,

gedaagde,

procureur mr. H.C. van Olden,

2. de rechtspersoon naar publiek recht

DE STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN),

zetelend te 's-Gravenhage,

gedaagde,

procureur mr. J.M. van Noort.

Partijen zullen hierna Ewycksgroep, Twinning en de Staat worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- akte overlegging producties
- de conclusie van antwoord van de zijde van Twinning
- de conclusie van antwoord van de zijde van de Staat
- de conclusie van repliek van de zijde van Ewycksgroep
- de conclusie van dupliek aan de zijde van de Twinning
- de conclusie van dupliek aan de zijde van de Staat
- het pleidooi en de bij pleidooi overgelegde pleitnotities.

1.2. Tenslotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Twinning is in 1998 opgericht door het Ministerie van Economische Zaken (hierna te noemen: het Ministerie) om startende en groeiende ondernemingen in de ICT sector in Nederland te ondersteunen.

Het statutaire doel van Twinning is het zoveel mogelijk verbeteren van de vanuit economisch oogpunt voor Nederland niet optimaal werkende omstandigheden voor beginnende, in Nederland gevestigde ondernemers op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie (ICT), welke ondernemers voldoen aan de volgende profielschets []

2.2. Twinning opereerde volgens het Twinning concept waarbij telkens een van haar drie werkmaatschappijen, Twinning Centers BV, Twinning Startfonds BV en Twinning Groeifonds BV, een deelneming heeft in de onderneming die wordt ondersteund. Deze deelnemingen vormen de Twinning-portfolio. De Staat is enig aandeelhouder van Twinning Holding.

2.3. Op 31 augustus 1998 heeft de Minister van Economische Zaken aan de Staten Generaal de beleidsnotitie inzake het Twinning Concept gezonden.

In deze beleidsnotitie is onder meer het volgende opgenomen:

Het Twinning Concept omvat een coaching- en financieringsmechanisme voor startende en groeiende ondernemingen in de Informatie- en Communicatietechnologie (ICT). [] Het doel van het Twinning Concept is het creëren van een stimulerende omgeving voor genoemde bedrijven. Omdat de markt dit op het moment nog niet oppakt, ligt er voor de overheid een rol in de aanjaagfunctie die het Twinning Concept beoogt te vervullen. Wanneer het Twinning Concept eenmaal succesvol in de markt is gezet, is het de bedoeling dat het Twinning Concept op termijn (8 a 10 jaar) geheel door de markt zal worden gedragen. Twinning Holding en haar dochters zullen daarom marktconform gaan opereren. []

Het Twinning Concept bestaat uit de volgende elementen:

1. Het Twinning Netwerk, dat bestaat uit personen die hun sporen als ondernemer of als financier verdiend hebben en nog dagelijks verdienen in de ICT. []
2. De Twinning centers, die huisvesting en coaching aan ICT-starters zullen bieden.
3. De Twinningfondsen: zaaifondsen () van waaruit risicodragend wordt geïnvesteerd in startende ICT-bedrijven, en een co-investeringsfonds () dat risicodragend co-investeert in groeiende ICT-bedrijven. []

2.4. Begin 2003 heeft de raad van commissarissen van Twinning - met instemming van de Staatssecretaris van Economische Zaken - besloten de organisatie van Twinning geleidelijk te beëindigen en een externe beheerder te zoeken voor de deelnemingen van Twinning.

2.5. Bij brief van 13 mei 2003 heeft Ewycksgroep aan het Ministerie haar interesse aangegeven in het overnemen of beheren van de Twinning-portfolio.

2.6. Het Ministerie heeft op 20 mei 2003 aan Ewycksgroep onder meer geschreven:

Gaarne bevestig ik uw brief van 13 mei j.l. waarin u uw interesse kenbaar maakt voor Twinning en het portfoliomanagement. In antwoord daarop kan ik u mededelen dat besloten is een transparant proces in te gaan met als doel het portfoliomanagement van Twinning onder te brengen bij derden [] Voor dit proces zullen meerdere geïnteresseerde partijen worden benaderd.

2.7. Twinning heeft bij brief van 26 mei 2003 de Ewycksgroep uitgenodigd om indien zij interesse had in het beheer van de Twinning-portfolio dit kenbaar te maken en de vragen op de bij de brief gevoegde vragenlijst te beantwoorden. Aan de hand van de antwoorden van diverse partijen zou een eerste selectie worden gemaakt en tot een shortlist worden gekomen. Op 3 juli 2003 ontving Ewycksgroep bericht dat zij op de shortlist was geplaatst en is haar gevraagd een nader concreet voorstel te doen.

2.8. Op 11 augustus 2003 heeft Ewycksgroep een nader uitgewerkt voorstel gedaan. Vervolgens heeft zij op 4 september 2003 tijdens een presentatie/meeting met de raad van commissarissen en de directie van Twinning hier een mondelinge toelichting op gegeven.

2.9. Twinning heeft op 4 september 2003 er voor gekozen om het beheer van de Twinning-portfolio aan Sienna Holding Europe B.V. (hierna te noemen: Sienna) en niet aan de Ewycksgroep te willen geven. Deze keuze heeft Twinning aan het Ministerie geadviseerd die dit heeft overgenomen. Met Sienna is hiertoe een overeenkomst gesloten.

Ewycksgroep heeft op 11 september 2003 vernomen dat de keuze niet op haar maar op Sienna was gevallen.

2.10. Op verzoek van Ewycksgroep heeft een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden waarin door 5 getuigen is verklaard.

3. De vordering

3.1. Ewycksgroep vordert - samengevat - bij vonnis, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Twinning en de Staat onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Ewycksgroep bij het uitbesteden van de Twinning-portefeuille;
2. primair Twinning en de Staat te gebieden de gunning aan Sienna ongedaan te maken en gedaagden hoofdelijk te veroordelen aan Ewycksgroep te vergoeden de schade die zij heeft geleden wegens onrechtmatig handelen en subsidiair voor het geval de rechtbank de vordering tot ongedaanmaking van de gunning niet toewijsbaar acht tot het betalen van schadevergoeding, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
3. Twinning en de Staat te veroordelen in de kosten van het geding, die van de voorlopige getuigenverhoren daaronder begrepen.

3.2. Ewycksgroep heeft aan haar vorderingen samengevat het volgende ten grondslag gelegd. Twinning en de Staat hebben de beginselen van aanbestedingsrecht c.q. de verplichting een eenmaal gekozen transparante procedure voort te zetten en af te ronden, geschonden en aldus jegens haar onrechtmatig gehandeld. Het Ministerie en Twinning hebben gekozen voor een procedure van aanbesteding met een transparante procedure en waren gehouden de regels van aanbesteding in acht te nemen. Als onderneming waar de overheid de zeggenschap had en die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang was Twinning daartoe ook verplicht. Twinning en het Ministerie vormen een publiekrechtelijke instelling in de zin van Richtlijn 92/50/EG, hierna de Richtlijn Diensten, geïmplementeerd in het Besluit Overheidsaanbestedingen. Dit betekent dat zij de procedurele waarborgen waar aanbesteding mee is omgeven in acht dienen te nemen. Zelfs indien de aanbestedingsregels niet van toepassing zouden zijn dan zijn de beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder de vereisten van transparantie en gelijkheid, al dan niet indirect van toepassing aangezien uitdrukkelijk voor een transparante procedure is gekozen.

De vereisten van transparantie en gelijkheid zijn niet gevolgd en daarmee is door Twinning en de Staat jegens Ewycksgroep onrechtmatig gehandeld. De criteria en de rangorde op basis waarvan de keuzes werden gemaakt zijn niet vooraf en ook niet achteraf bekend gemaakt. De kandidaten zijn niet gelijk behandeld nu Sienna arbeidsovereenkomsten aan medewerkers van Twinning heeft aangeboden hetgeen Ewycksgroep werd verboden. De rol van de Staat binnen Twinning, waaronder het beslissingsrecht bij de selectie van de definitieve kandidaat en de belofte dat het beheer op een zorgvuldige wijze en marktconform zou worden vormgegeven, maakt de Staat (mede) verantwoordelijk voor de gang van zaken.

3.3. Door Twinning en de Staat is afzonderlijk verweer gevoerd.

Twining betwist dat zij voor het uitbesteden van het beheer van haar deelnemingen aanbestedingsplichtig was. Zij is geen publiekrechtelijke instelling in de zin van de Richtlijn Diensten. Er was in casu geen sprake van een aanbesteding en de normen uit het aanbestedingsrecht zijn niet van toepassing. De door haar gevolgde procedure is transparant en zorgvuldig geweest en van onrechtmatig handelen jegens de Ewycksgroep of ongelijke behandeling is geen sprake.

Ook de Staat betwist dat zij jegens Ewycksgroep aansprakelijk is. Als aandeelhouder van Twinning was de Staat slechts zijdelings betrokken bij de selectieprocedure en had geen inhoudelijke bemoeienis met de uiteindelijke keuze. Haar enkele aandeelhouderschap is onvoldoende om tot aansprakelijkheid te kunnen leiden. Verder zijn de beginselen van het aanbestedingsrecht niet geschonden. Twinning is geen

publiekrechtelijke instelling en aanbestedende dienst in de zin van de Richtlijn Diensten en op Twinning rustte niet de verplichting om deze Richtlijn toe te passen. De gevolgde selectieprocedure voldeed aan het transparantie- en gelijkheidsbeginsel en de procedure en de selectiecriteria waren op voorhand duidelijk.

3.4. De nadere stellingen van partijen zullen voor zover relevant nader bij de beoordeling worden besproken.

4. De beoordeling

Rechtsverwerking

4.1. Als meest verstrekkend verweer is betoogd dat Ewycksgroep haar rechten heeft verwerkt. Zij was begin 2003 bekend met het voornemen om de Twinning-portfolio uit te besteden en heeft hier nooit tegen geprotesteerd en zij heeft ook zonder protest deel genomen aan de gehanteerde procedure.

4.2. Naar het oordeel van de rechtbank slaagt dit verweer niet. Uitgangspunt is dat voor het aannemen van rechtsverwerking de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden vereist is als gevolg waarvan hetzij bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde de aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de wederpartij onredelijk zou worden benadeeld of verzwaard in geval de gerechtigde de aanspraak alsnog geldend zou maken. Uit het enkele feit dat Ewycksgroep voor of tijdens de gevolgde selectieprocedure niet heeft geprotesteerd en ook zelf als kandidaat aan de procedure heeft meegedaan zonder te protesteren tegen het achterwege blijven van een in haar ogen noodzakelijke aanbestedingsprocedure, volgt nog niet dat zij hiermee het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij haar mogelijke aanspraken die volgen uit gebreken aan de in haar ogen vereiste procedure niet zou doen gelden. Het debat of en hoe Ewycksgroep tijdens de selectieprocedure bezwaren van procedurele aard heeft gemaakt kan als voor de beoordeling niet van belang in het midden blijven. Verder valt niet in te zien dat de Staat en Twinning met het alsnog geldend maken van de gestelde aanspraak in hun positie onredelijk zijn bezwaard.

De wettelijke verplichting tot aanbesteding

4.3. Vervolgens dient te worden beoordeeld of, zoals door Ewycksgroep is gesteld, op Twinning en haar aandeelhouder de Staat, de verplichting rustte om voor het uitbesteden van het beheer van de Twinning-portfolio de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening volgens de Richtlijn Diensten te volgen. Het debat spitst zich daarbij toe op de vraag of Twinning een aanbestedende dienst of publiekrechtelijke instelling is in de zin van de Richtlijn Diensten en het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (hierna te noemen: het BAO) zodat zij gehouden zijn aan de hieruit voortvloeiende verplichtingen met betrekking tot de wijze van aanbesteding.

4.4. Volgens artikel 1 van de Richtlijn Diensten en het BAO:

worden als aanbestedende diensten beschouwd: publiekrechtelijke instellingen ...

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, iedere instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en
- rechtspersoonlijkheid heeft en
- waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, of wel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat [] of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

4.5. Ewycksgroep heeft betoogd dat Twinning is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang, dit ook is blijven doen en dat haar activiteiten niet van industriële of commerciële aard waren en zij een aanbestedende dienst is.

4.6. De Staat en Twinning betwisten dat Twinning een publiekrechtelijk instelling in de zin van de Richtlijn Diensten is. Zij voeren aan dat Twinning is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die van industriële of commerciële aard zijn en wijzen er op dat de activiteiten van Twinning vanaf 2000 niet meer voorzien in een behoefte van algemeen belang en dat zij opereert op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit met winstoogmerk en het economisch risico draagt van haar activiteiten.

4.7. De rechtbank overweegt het volgende. Om de vraag of Twinning als een aanbestedende dienst moet worden aangemerkt positief te beantwoorden, dient zij cumulatief aan alle drie van de onder 4.4. genoemde voorwaarden te voldoen. De discussie spitst zich daarbij toe op de vraag of Twinning is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard. Hiertoe dient te worden gelet op alle relevante elementen, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is.

4.8. Vast staat dat het doel en de werkzaamheden van Twinning en haar drie werkmaatschappijen bij de oprichting in 1998 naast haar statutaire doel, is beschreven in de beleidsnota bij de brief van de Minister van 31 augustus 1998 aan de Staten-Generaal, die hiervoor is genoemd en - voor zover van belang - is weergegeven onder rechtsoverweging 2.5. Hieruit volgt dat Twinning bij haar oprichting tot doel had een coaching- en financieringsmechanisme te creëren voor starters en groeiende ondernemingen in de ICT sector. Aan de coaching is invulling gegeven door Twinning Centers B.V. De beleidsnota vermeldt dat deze management-adviezen verstrekt tegen marktconforme tarieven en daarnaast huisvesting biedt tegen een marktconforme huur. De financieringsactiviteiten verlopen via de twee andere werkmaatschappijen, Twinning Startfonds B.V. en Twinning Groeifonds B.V. Deze financieren samen met private financiers en tegen gelijke voorwaarden en risico's, de te ondersteunen ondernemingen door het nemen van een deelneming en zullen marktconform opereren. Succesvolle participaties zullen op marktconforme wijze worden vervreemd aan marktpartijen. Daarbij is de bedoeling dat dit Twinning-Concept een aanjaagfunctie vervult door dit succesvol in de markt te zetten en na een bij de oprichting voorziene periode van 8 a 10 jaar vervolgens door de markt te laten dragen waarbij de overheid zich terugtrekt. De financiering voor Twinning en haar activiteiten bouwt in de voorziene periode ook af.

Dit leidt tot de conclusie dat bij haar oprichting is beoogd dat Twinning door middel van haar drie 100% werkmaatschappijen zoveel mogelijk marktconform opereerde met het doel de investeringen in deze ondernemingen aan te jagen in samenwerking met een netwerk van private financiers en ervaren coaches om dit na een bepaalde periode van 8 tot 10 jaar aan de markt over te laten. Weliswaar is Twinning door de Staat opgericht vanuit een algemeen belang om de investeringen in startende ICT-bedrijven te stimuleren en aan te jagen maar zij werkt met het oog op haar tijdelijke karakter en de bij haar oprichting reeds voorziene overname door marktpartijen zo veel mogelijk op een marktconforme wijze in de commerciële ICT-sector. Daarbij neemt de rechtbank aan dat om het beoogde doel, overname door marktpartijen, te realiseren zoals Twinning heeft gesteld, door Twinning geopereerd moest worden op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit met winstoogmerk. Dit leidt tot het oordeel dat Twinning voorziet in een behoefte die van commerciële aard is waaruit volgt dat zij geen aanbestedende dienst is in de zin van de Richtlijn Diensten of het BAO.

Voortzetten van een eenmaal gekozen transparante procedure

4.9. Ewycksgroep heeft gesteld dat ingeval de Richtlijn Diensten niet van toepassing zou zijn, dat dan de beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn, in het bijzonder de vereisten van transparantie en gelijkheid, aangezien Twinning en de Staat eigener beweging voor een transparante procedure hebben gekozen. Wordt eenmaal voor een dergelijke procedure gekozen dan dienen de daarmee samenhangende

waarborgen gedurende het gehele proces ten volle te worden gerespecteerd. Het niet volgen van een aanbestedingsprocedure en schending van genoemde beginselen maken dat onrechtmatig jegens haar is gehandeld, aldus Ewycksgroep en zij beroept zich op het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 (RZG/Conformed).

Twinning en de Staat hebben dit gemotiveerd weersproken.

4.10. Naar het oordeel van de rechtbank is de wijze waarop de selectie bij het uitbesteden van het beheer van de Twinning-portofolio tot stand is gekomen niet te kwalificeren als een aanbesteding waarbij op basis van vooraf bekend gemaakte criteria op basis van prijs of de prijs-kwaliteit verhouding tot een keuze wordt gekomen. Er zijn meerdere geïnteresseerde partijen benaderd die zijn uitgenodigd om te reageren op de mogelijkheid om de Twinning-portofolio te gaan beheren. Op basis van door Twinning opgestelde financiële voorwaarden heeft zij vervolgens gezocht naar de meest geschikte partij. Hiervoor is vastgesteld dat deze vorm van selectie geen aanbesteding is waarop de regels van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Niet valt in te zien dat de enkele vermelding in de brief van 20 mei 2003 van het Ministerie dat de selectieprocedure transparant zal zijn met zich brengt dat hiermee het geheel van regels en beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder die van transparantie en gelijkheid, door Twinning vrijwillig voor de procedure zijn aanvaard. Het stond Twinning en de Staat vrij de contractspartner voor het overnemen van het beheer te selecteren op deze wijze. De vraag of het transparantie- en gelijkheidsbeginsel daadwerkelijk is geschonden behoeft dan ook geen bespreking meer.

Artikel 49 EG-verdrag

4.11. Het beroep van de Ewycksgroep op artikel 49 EG-verdrag en het Telaustria-arrest (Hof van Justitie EG 7 december 2000) als grondslag voor een op Twinning rustende verplichting tot het houden van een transparante aanbestedingsprocedure kan naar het oordeel van de rechtbank niet slagen. Jegens de Staat komt Ewycksgroep geen beroep toe op dit artikel of arrest, nu de Staat niet als de opdrachtgever en de partij die de selectieprocedure heeft gevoerd valt aan te merken. Ook jegens Twinning faalt dit beroep. Twinning kan op grond van het feit dat de Staat al haar aandelen houdt weliswaar als overheidsbedrijf worden aangemerkt maar artikel 49 EG-verdrag en het Telaustria-arrest zien in het bijzonder op het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. De daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie voor de aanbestedende dienst, welke voor aanbestedingsprocedures inhoudt dat deze op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie rechtsoverweging 62 in het Telaustria-arrest), is jegens Ewycksgroep, die tot de eindfase aan de selectieprocedure heeft deelgenomen, niet geschonden.

De precontractuele goede trouw

4.12. De Ewycksgroep stelt verder dat de verplichting van transparantie en gelijkheid van behandeling voortvloeit uit de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

De rechtbank stelt voorop dat uit de verplichting om in de precontractuele fase de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht te nemen nog niet volgt dat partijen aan het gelijkheids- en transparantiebeginsel zoals dat binnen het aanbestedingsrecht geldt zijn gebonden. Wel dienen partijen zich in deze fase rekenschap te geven van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij maar de wijze waarop de selectie heeft plaatsgevonden kan niet leiden tot het oordeel dat Twinning en de Staat deze norm ten opzichte van Ewycksgroep hebben geschonden.

Conclusie

4.13. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat door Twinning en de Staat niet onrechtmatig jegens de Ewycksgroep is gehandeld en de vorderingen van Ewycksgroep dienen te worden afgewezen.

4.14. Ewycksgroep zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

De kosten aan de zijde van Twinning worden begroot op:

- vast recht EUR 248,--

- salaris procureur EUR 2.436,-- (5,5 punten × tarief II a EUR 452,--)

Totaal EUR 2.684,--

De kosten aan de zijde van de Staat worden begroot op:

- vast recht EUR 248,--

- salaris procureur EUR 1.808,-- (4 punten x tarief II a EUR 452,--)

Totaal EUR 2.056,--

4.15. De rechter, ten overstaan van wie de voorlopige getuigenverhoren zijn gehouden, heeft dit vonnis niet mede kunnen wijzen om organisatorische redenen.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Ewycksgroep in de proceskosten, aan de zijde van Twinning tot op heden begroot op EUR 2.684,--, en aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op EUR 2.056,-- te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de 14e dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Schepen, mr. J.P. Killian en mr. J.M. Willems in het openbaar uitgesproken op 21 november 2007.

w.g. griffier w.g. rechter