

ECLI:NL:RBOBR:2017:4945

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	20-09-2017
Datum publicatie	20-09-2017
Zaaknummer	C/01/322347 / KG ZA 17-381
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Kort geding Op tegenspraak
Inhoudsindicatie	GEVOEGDE ZAAK, SAMEN MET ZAAKNUMMER C/01/322355 / KG ZA 17-383)

Aanbestedingsrecht. Cure is voornemens om in samenwerking met DONG Energy Thermal Power A/S (“DONG”) RENescience afvalverwerkingsinstallatie te ontwikkelen en realiseren, waarbij biogas wordt opgewekt door middel van recycling met behulp van de unieke RENescience techniek. Cure en DONG hebben in dat kader ‘Cure DONG Energy RENescience B.V. opgericht, waarvan beide partijen voor gelijke delen aandeelhouder zijn. Kort gezegd betreft de RENescience techniek een technologie waarmee afvalstoffen worden gerecycled tot hernieuwbare energie (biogas). Het bestaat uit mechanische en biologische behandeling van gemengd afval en opwekking van hernieuwbare energie (biogas) door een proces van vergisting. Aankondigingen ex art. 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 door Cure (gemeenschappelijke regeling van Eindhoven, Valkenswaard en Geldrop-Mierlo) en CureDong (joint-venture van Cure en het Deense bedrijf Dong). Art. 3.25 Aanbestedingswet 2012. Vast staat dat de gemeenschappelijke onderneming (CureDong) een besloten vennootschap betreft, zodat de oprichtingsakte in een notariële akte dient te zijn vastgelegd. Nu deze oprichtingsakte niet door Cure is overgelegd, kan de vraag of Cure en DONG ten minste 3 jaar deel zullen uitmaken van de gemeenschappelijke onderneming (de Joint Venture) niet door de voorzieningenrechter worden beoordeeld. De voorzieningenrechter hecht er aan op te merken dat de Joint Venture niet aannemelijk heeft gemaakt dat Dong als speciaal sectorbedrijf in de zin van art. 1.1 Aw kan worden gekwalificeerd. Dat DONG Energy A/S voor 50,12 % eigendom van de Deense Staat is, is daarvoor onvoldoende. Van de Joint Venture kan worden verwacht dat zij (bijvoorbeeld) aangeeft dat Dong een overheidsbedrijf is omdat de Deense Staat een overheersende invloed kan uitoefenen in deze Deense vennootschap. Gesteld noch gebleken is dat zulks het geval is. Veroordelingen van Cure en CureDong tot het intrekken van de voorgenomen gunningen.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

Vonnis in kort geding van 20 september 2017

in de zaak met nummer C/01/322347 / KG ZA 17-381

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ATTERO ZUID B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres,

advocaten mr. ir. M.B. Klijn en mr. J.W.A. Meesters te Amsterdam,

tegen

2. het openbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen

GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING CURE,

zetelend te Eindhoven,

gedaagde,

advocaten mrs. T.E. Hovius en I.A. van Riel te Amsterdam,

en

3. vennootschap naar het recht van Denemarken

DONG ENERGY THERMAL POWER A/S,

gevestigd te Fredericia (Denemarken),

gevoegde partij aan de zijde van Cure,

advocaten mrs. J.J. Peelen en C.R. van der Star te Amsterdam,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CURE DONG ENERGY RENESCIENCE B.V.,

gevestigd te 's-Hertogenbosch,
gevoegde partij aan de zijde van Cure,
advocaten mr. drs. T.R.M. van Helmond en mr. A.J. Horenblas te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Attero , Cure, DONG en de Joint Venture genoemd worden.

En in de zaak met nummer C/01/322355 / KG ZA 17-383

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ATTERO ZUID B.V.,

gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaten mr. ir. M.B. Klijn en mr. J.W.A. Meesters te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CURE DONG ENERGY RENESCIENCE B.V.,

gevestigd te 's-Hertogenbosch,
advocaten mrs. T. van Helmond en A.J. Horenblas te Amsterdam,

en

2. de vennootschap naar het recht van Denemarken

DONG ENERGY THERMAL POWER A/S,

gevestigd te Fredericia (Denemarken),
gevoegde partij aan de zijde van de Joint Venture,
advocaten mrs. J.J. Peelen en C.R. van der Star te Amsterdam,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING CURE

een openbaar lichaam op basis van een gemeenschappelijke regeling,
gevestigd te Eindhoven,
gevoegde partij aan de zijde van de Joint Venture,
advocaten mrs. T.E. Hovius en I.A. van Riel te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Attero, de Joint Venture, DONG en Cure genoemd worden.

1 De procedure in de zaak met C/01/322347 / KG ZA 17-381

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 22 juni 2017, met 3 producties,
- de brief van mr. Horenblas van 24 juli 2017, met de incidentele conclusie tot voeging zijdens de Joint Venture,
- de brief van mrs. Peelen en Van der Star van 24 juli 2017, met de incidentele conclusie tot voeging zijdens DONG,
- de brief van mrs. Peelen en Van der Star van 7 augustus 2017, met de aankondiging van een tolk bij de zitting,
- de brief van mr. Horenblas van 23 augustus 2017, met 2 producties,
- de brief van mr. Hovius van 23 augustus 2017, met een schriftelijke akte met 3 producties,
- de brief van mrs. Peelen en Van der Star van 23 augustus 2017, houdende een schriftelijke akte, met één productie,
- de brief van mr. Meesters van 28 augustus 2017, met de aanvullende producties 5 tot en met 16,
- de akte van de Joint Venture met 2 producties,
- de mondelinge behandeling op 29 augustus 2017,
- de pleitnota van Attero
- de pleitnota van Cure,
- de pleitnota van DONG,
- de pleitnota van de Joint Venture.

1.2. Attero en Cure hebben zich niet tegen de voeging van DONG en de Joint Venture verzet. De voorzieningenrechter heeft ter zitting geoordeeld dat DONG en de Joint Venture belang hebben bij voeging aan de zijde van Cure. DONG en de Joint Venture zijn beiden toegelaten als gevoegde partij.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De procedure in de zaak met nummer C/01/322355 / KG ZA 17-383

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 22 juni 2017, met de producties 1 tot en met 4,
- de brief van mr. Hovius van 24 juli 2017, met de incidentele conclusie tot voeging zijdens Cure,
- de brief van mrs. Peelen en Van der Star van 7 augustus 2017, met de aankondiging van een tolk bij de zitting,
- de brief van mr. Horenblas van 23 augustus 2017, met 2 producties,
- de brief van mr. Hovius van 23 augustus 2017, met een schriftelijke akte met 3 producties,
- de brief van mrs. Peelen en Van der Star van 23 augustus 2017, houdende een schriftelijke akte, met één productie,
- de brief van mrs. Peelen en Van der Star van 24 augustus 2017, met de incidentele conclusie tot voeging zijdens DONG,
- de brief van mr. Meesters van 28 augustus 2017, met de aanvullende producties 5 tot en met 16,
- de akte van de Joint Venture met 2 producties,
- de mondelinge behandeling op 29 augustus 2017,
- de pleitnota van Attero,

- de pleitnota van de Joint Venture,
 - de pleitnota van DONG,
 - de pleitnota van Cure.
- 2.2. Attero en de Joint Venture hebben zich niet tegen de voeging van DONG en Cure verzet. De voorzieningenrechter heeft ter zitting geoordeeld dat DONG en Cure belang hebben bij voeging aan de zijde van de Joint Venture. DONG en Cure zijn toegelaten als gevoegde partij.
- 2.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

3 De feiten in de gevoegde zaken

- 3.1. Cure is een gemeenschappelijke regeling, waarin de gemeenten Eindhoven, Valkenswaard en Geldrop-Mierlo zijn verenigd, die verantwoordelijk is voor het afvalbeheer in die gemeenten. Cure is 100% eigendom van deze gemeenten. De gemeenschappelijke regeling is in 2012 opgericht ten behoeve van de afvalinzameling, bewerking en verwerking van afvalstoffen in de drie samenwerkende gemeenten en de daarmee samenhangende taken. Daarnaast is Cure belast met het realiseren van de doelstellingen ter zake de duurzaamheid van de drie genoemde gemeenten.
- 3.2. Per 1 januari 2014 is de gemeenschappelijke regeling Cure vernieuwd. Het doel van deze gemeenschappelijke regeling luidt blijkens artikel 3.1. thans: *"De gemeenschappelijke regeling heeft als doel het door middel van een openbaar lichaam behartigen van de belangen van - en het tot stand brengen van een samenwerking tussen - de aan de regeling deelnemende gemeenten op het terrein van het beheer van huishoudelijke afvalstoffen afkomstig uit de deelnemende gemeenten en de daarmee samenhangende taken, een en nader met inachtneming van de Wet milieubeheer en van het door de overheid gevoerde afvalstoffenbeleid."*
- 3.3. In artikel 4 lid 1 staan als uitvoerende taken van Cure, kort weergegeven, genoemd:
- (i) de zorg van de inzameling, het vervoer en de eventuele opslag van afvalstoffen conform de Wet milieubeheer,
 - (ii) de zorg voor het beheer van huishoudelijke afvalstoffen, als bedoeld in titel 10.4 van de Wet Milieubeheer, voor zover deze aan de gemeenten is opgedragen,
 - (iii) het vermarkten van afvalstoffen,
 - (iv) klachtenafhandeling.
- 3.4. De gemeenten Eindhoven, Valkenswaard en Geldrop-Mierlo maken deel uit van 21 samenwerkende gemeenten uit de regio Zuidoost-Brabant die vanaf 2010 bezig zijn met het vinden van alternatieven voor (het opwekken van) energie. In dat kader is deze regio bezig met een transitie naar een regionale circulaire economie en hebben zij de ambitie om tot een duurzaam gebruik van grondstoffen en energie binnen hun gemeenten te komen. Samen willen de gemeenten in 2020 een transitie hebben doorgemaakt naar slechts 5% restafval.
- 3.5. Cure heeft de regionale ambities vertaald naar de te realiseren opgave voor de 3 aaneengesloten gemeenten Eindhoven, Valkenswaard en Geldrop-Mierlo: *"0% restafval in 2020, met goede service naar burgers, tegen zo laag mogelijke kosten."*
- 3.6. De gemeenten Eindhoven, Valkenswaard en Geldrop-Mierlo hebben (de realisatie van) de gemeentelijke ambitie overgedragen aan Cure.
- 3.7. In 2016 is Cure een samenwerking aangegaan met DONG ten behoeve van recycling van afval en opwekking van gas met gebruikmaking van zogenoemde RENescience technologie. Ten behoeve van de door hen gewenste samenwerking hebben Cure en DONG een Joint venture opgericht: Cure DONG Energy RENescience B.V. (hierna: de Joint Venture).

3.8. De Joint Venture is voornemens om een afvalverwerkingsinstallatie te ontwikkelen en te realiseren, waarin afval wordt gerecycled en (bio)gas wordt opgewekt met behulp van de REnescience techniek. Met behulp van deze techniek worden afvalstoffen gerecycled tot hernieuwbare energie (biogas), die bestaat uit mechanische en biologische behandeling van gemengd afval en opwekking van hernieuwbare energie (biogas) door een proces van vergisting.

3.9. DONG is een beursgenoteerde Deense onderneming, waarvan (bijna) de helft van de aandelen worden gehouden door diverse private investeerders, zoals onder meer investeringsbank Goldman Sachs. DONG is een energiebedrijf dat veel waarde hecht aan het produceren van hernieuwbare energie. DONG is voor 100% eigendom van DONG Energy A/S. DONG Energy A/S is voor 50,12 % eigendom van de Deense Staat. De bedrijfsactiviteiten van DONG hebben primair betrekking op (het winnen van) bio-, warmte- en windenergie, maar ook olie en gas.

3.10. Op 30 mei 2017 heeft Cure haar voornemen tot het sluiten van een "Waste Treatment Agreement" ("WTA") met de Joint Venture aangekondigd via TenderNed.

3.11. Op 2 juni 2017 heeft Cure haar voornemen - om een opdracht voor afvalverwerking met een geraamde waarde van tenminste € 320 miljoen onderhands te gunnen aan de Joint Venture - bekend gemaakt in het supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie door middel van een zogeheten vrijwillige ex ante aankondiging als bedoeld in artikel 4.16 lid 1 Aw (hierna: de aankondiging). Hierin heeft zij onder II.1.4) onder het kopje "Korte beschrijving" het volgende vermeld:

"Het laten verwerken van afval volgens de REnescience-methodiek, mede voor de opwekking van gas. Voor de volledige opdrachtbeschrijving wordt u verwezen naar het document 'Bijlage bij de vrijwillige publicatie REnescience Waste Treatment Agreement.

En onder IV.1.1) onder het kopje "Type procedure"

(..)

Verklaring:

Cure en DONG, aandeelhouders van de gemeenschappelijke onderneming (de Joint Venture), kwalificeren beiden als speciale-sectorbedrijf in de zin van artikel 1.1. van de Aanbestedingswet 2012.

Cure past de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging toe, aangezien Cure een speciale-sectoropdracht gunt aan de gemeenschappelijke onderneming (de Joint Venture), waarvan zij zelf deel uitmaakt ex. artikel 3.25, lid 1, onder b. van de Aanbestedingswet 2012 (codificatie van artikel 30 van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad).

Daarbij geldt dat de Joint Venture is opgericht door Cure en DONG om onder meer de afvalverwerking en biogasopwekking gedurende ten minste 3 jaar uit te oefenen c.q. te verzorgen. Bovendien zijn partijen overeen gekomen dat zijn tijdens de looptijd van de overeenkomst ten minste drie jaar deel zullen uitmaken van de joint Venture. Met andere woorden: het is partijen niet toegestaan eerder uit de samenwerking te stappen.

Kortom: de gemeenschappelijke onderneming voldoet aan alle voorwaarden ex. artikel 3.25, lid 1, onder b, van de Aanbestedingswet 2012."

3.12. In de bijlage bij de Vrijwillige publicatie REnescience Treatment Agreement d.d. 30 mei 2017 is het volgende bepaald:

"Beschrijving van de opdracht

Cure is een gemeenschappelijke regeling waarin de drie gemeenten Eindhoven, Geldrop-Mierlo en Valkenswaard zijn verenigd. Cure is verantwoordelijk voor de afvalverwerking in deze gemeenten. Cure heeft als uitgangspunt het faciliteren van hergebruik van alle ingenomen afvalstromen (recycling), in

plaats van het reduceren van restafval. Cure streeft daarbij naar 100% hergebruik.

*Cure is voornemens om in samenwerking met DONG Energy Thermal Power A/S ("DONG") REnescience afvalverwerkingsinstallatie te ontwikkelen en realiseren, waarbij bio)gas wordt opgewekt door middel van recycling met behulp van de unieke REnescience techniek. Cure en DONG hebben in dat kader 'Cure DONG Energy REnescience B.V. (" **de Joint Venture** ") opgericht, waarvan beide partijen voor gelijke delen aandeelhouder zijn. De bouw van de installatie is/zal overigens in concurrentie (worden) verstrekt. Kort gezegd betreft de REnescience techniek een technologie waarmee afvalstoffen worden gerecycled tot hernieuwbare energie (biogas). Het bestaat uit mechanische en biologische behandeling van gemengd afval en opwekking van hernieuwbare energie (biogas) door een proces van vergisting.*

In dat kader is cure voornemens om de overheidsopdracht (voor diensten) voor de afvalverwerking ten behoeve van de opwekking van gas en recycling, waarbij gebruik zal worden gemaakt van de REnescience technology, tegen betaling van een servicefee, onderhands te gunnen aan de Joint Venture. Daarbij is Cure verantwoordelijk voor de levering van afval, de afname van de gerecyclede materialen, heeft Cure het eigendom van de biovloeistof in de anaerobe vergister ten behoeve van de productie (opwekking) van biogas, werkt Cure het biogas op tot de vereiste specificaties en voert Cure het gas toe naar het netwerk voor het gasvervoer. De Joint Venture is verantwoordelijk voor het gehele recycle proces waarbij onder meer de biovloeistof wordt geproduceerd ter opwekking van het gas.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op circa EUR 16 miljoen per jaar.

De looptijd van de overeenkomst is 20 jaar met de mogelijkheid tot verlenging.

Beschrijving partijen

DONG voert nutsactiviteiten uit door het produceren van elektriciteit en warmte en door die producten aan te bieden aan de daartoe bedoelde netwerken. DONG wordt indirect beheerd door de Deense Staat met een aandeel van 50,12 % van DONG Energy A/S, waarvan DONG een volledige dochtermaatschappij is. Cure voert nutsactiviteiten uit door het laten produceren van biogas in de anaerobe vergister en door het opwerken van het biogas tot de vereiste specificaties en het toevoeren van het gas naar het netwerk voor het gasvervoer. Cure is 100% eigendom van de drie voornoemde gemeenten."

- 3.13. De Joint Venture is voornemens om een overheidsopdracht om gebruik te mogen maken van de REnescience-technologie met een geraamde waarde van ten minste € 27,6 miljoen (exclusief BTW) onderhands te gunnen aan licentiegever DONG. Zij heeft het voornemen daartoe Europees aangekondigd door middel van een Aankondiging op 30 mei 2017.
- 3.14. In de Aankondiging is de hoofdactiviteit van de Joint Venture beschreven als productie, vervoer en distributie van gas en warmte, met als CPV-code: 76000000- Diensten in verband met de olie- en gasindustrie. In de Aankondiging staat onder het kopje korte beschrijving:
- "Licentieovereenkomst ten behoeve van de REnescience techniek.*
- Voor de volledige beschrijving van de opdracht wordt u verwezen naar het document "'Bijlage bij het Vrijwillige publicatie REnescience License Agreement".*
- 3.15. In de bijlage bij de Vrijwillige publicatie REnescience License Agreement is het volgende opgenomen:
- "De gemeenschappelijke regeling Cure ("**Cure**") is een gemeenschappelijke regeling waarin de drie gemeenten Eindhoven, Geldrop-Mierlo en Valkenswaard zijn verenigd. Cure is verantwoordelijk voor de afvalverwerking in deze gemeenten. Cure heeft als uitgangspunt het faciliteren van hergebruik van alle ingenomen afvalstromen (recycling), in plaats van het reduceren van restafval. Cure streeft daarbij naar 100% hergebruik.*

Cure is voornemens om in samenwerking met DONG Energy Thermal Power A/S (" **DONG** ") de REnescience afvalverwerkingsinstallatie te ontwikkelen en realiseren, waarbij bio)gas wordt opgewekt door middel van recycling met behulp van de unieke REnescience techniek. Cure en DONG hebben in dat kader `Cure DONG Energy REnescience B.V. (" **de Joint Venture** ") opgericht, waarvan beide partijen voor gelijke delen aandeelhouder zijn. De bouw van de installatie is/zal overigens in concurrentie (worden) verstrekt. Kort gezegd betreft de REnescience techniek een technologie waarmee afvalstoffen worden gerecycled tot hernieuwbare energie (biogas). Het bestaat uit mechanische en biologische behandeling van gemengd afval en opwekking van hernieuwbare energie (biogas) door een proces van vergisting.

In de samenwerking tussen Cure en Dong is Cure verantwoordelijk voor de levering van afval, de afname van de gerecyclede materialen, heeft Cure het eigendom van de biovloeistof in de anaerobe vergister ten behoeve van de productie (opwekking) van biogas, werkt Cure het biogas op tot de vereiste specificaties en voert Cure het gas toe naar het netwerk voor het gasvervoer. De Joint Venture is verantwoordelijk voor het gehele recycle proces waarbij onder meer de biovloeistof wordt geproduceerd ter opwekking van het gas.

Teneinde (rechtmatig) gebruik te mogen maken van c.q. uitvoering te mogen geven aan bovengenoemd unieke proces (de REnescience technologie inclusief alle daarmee samenhangende Intellectuele eigendomsrechten), dient de Joint Venture met DONG, zijnde de licentiegever van deze REnescience technology. een licentieovereenkomst te sluiten.

In dat kader is de Joint Venture voornemens de overheidsopdracht om gebruik te mogen maken van de REnescience technology (inclusief alle inclusief alle daarmee samenhangende Intellectuele eigendomsrechten) ten behoeve van de opwekking van gas en recycling, tegen betaling van royalties, onderhands te gunnen aan DONG.

Beschrijving van partijen

DONG voert nutsactiviteiten uit door het produceren van elektriciteit en warmte en door die producten aan te bieden aan de daartoe bedoelde netwerken. DONG wordt indirect beheerd door de Deense Staat met een aandeel van 50,12 % van DONG Energy A/S, waarvan DONG een volledige dochtermaatschappij is. Cure voert nutsactiviteiten uit door het laten produceren van biogas in de anaerobe vergister en door het opwerken van het biogas tot de vereiste specificaties en het toevoeren van het ga naar het netwerk voor het gasvervoer. Cure is 100% eigendom van de drie voornoemde gemeenten."

4 Het geschil in de zaak C/01/322347 / KG ZA 17-381

4.1. Attero vordert bij vonnis, voor zover de wet het toelaat, uitvoerbaar bij voorraad op de minuut en op alle dagen en uren:

Cure te veroordelen:

Primair:

1. tot intrekking van het gunningvoornemen ten gunste van de Joint Venture;
2. tot het uitschrijven van een Europese aanbesteding conform deel 2 Aw, indien en voor zover zij de opdracht tot afvalverwerking alsnog wil verstrekken;

Subsidiar:

3. tot beperking van de looptijd van de voorgenomen overeenkomst met de Joint Venture tot 5 jaar, althans tot een looptijd die de voorzieningenrechter in goede justitie redelijk acht en tot

beperking van de verlengingsmogelijkheid tot twee jaar, althans tot een in goede justitie te bepalen periode;

Primair en subsidiair:

4. tot betaling van de kosten van dit geding, te vermeerderen met de nakosten ten belope van € 131,-- zonder betekening, dan wel € 199,-- in geval van betekening, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis en – voor het geval voldoening van de (na-)kosten niet binnen die termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na-)kosten te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van het vonnis;

Alsmede, in geval van afwijzing van de primaire vorderingen en bij integrale afwijzing van de vorderingen, te bepalen dat de opschortende werking van het gunningvoornemen wordt verlengd gedurende de termijn voor hoger beroep en dat deze opschortende werking bij een tijdig ingesteld hoger beroep wordt verlengd tot en met de datum van het arrest van het Hof.

4.2. Attero legt aan haar vordering onder meer het volgende ten grondslag.

Primair:

4.2.1. Cure is een publiekrechtelijke instelling als bedoeld in artikel 1.1. Aw en uit dien hoofde aanbestedingsplichtig ingeval zij opdrachten verstrekt met een geraamde waarde boven de toepasselijke Europese drempelwaarde. De voorgenomen opdracht voor afvalverwerking heeft een geraamde waarde van ten minste € 320 miljoen (exclusief verlengingen). Dit overschrijdt de Europese drempelwaarden ruimschoots. Aan Attero wordt als gevolg van de onderhandse gunning aan de Joint Venture een faire kans op gunning van een zeer substantiële opdracht ontnomen. Aan Cure komt ter zake van de voorgenomen opdracht tot afvalverwerking geen beroep toe op artikel 3.25 lid 1 sub b Aw en de voorgenomen onderhandse gunning is onrechtmatig. Cure tracht als aanbestedende dienst het strikte regime van deel 2 Aw op ongeoorloofde wijze te omzeilen door de voorgenomen opdracht aan te merken als "Speciale-sectoropdracht" en vervolgens een beroep te doen op een onderhandse gunningsmogelijkheid die enkel in deel 3 Aw is opgenomen. Dat Cure, de Joint Venture en DONG zich aanbestedingsrechtelijk allerminst zeker voelen van hun zaak, mag blijken uit het feit dat zij tot vandaag verstoppertje zijn blijven spelen. Zij hebben weliswaar een geur van transparantie pogen te verspreiden door de vrijwillige aankondigingen en drie tegelijkertijd in het geding gebrachte akten, maar hebben inhoudelijk geen begin van een onderbouwing gegeven van de toelaatbaarheid van de voorgenomen gunning. Zij besluiten heel tactisch om al hun juridische kaarten tegen de borst te houden.

Subsidiair:

4.2.2. Indien en voor zover de voorzieningenrechter concludeert dat Cure wel onderhands een overeenkomst voor afvalverwerking mag sluiten met de Joint Venture, maakt Attero subsidiair bezwaar tegen de voorgenomen looptijd van 20 jaar met verlengingsmogelijkheid. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU volgt dat aan een dergelijke vergaande beperking van het vrij verkeer van diensten, waarbij de markt voor afvalverwerking in een bepaald geografisch gebied gedurende tientallen jaren volledig wordt afgesloten, een dwingende reden van algemeen belang ten grondslag moet liggen en dat deze tevens in overeenstemming moet zijn met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Attero betwist bij gebrek aan wetenschap dat de door Cure beoogde initiële looptijd van 20 jaar in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel. Cure heeft de beoogde looptijd van 20 jaar met de mogelijke verlenging in de Aankondiging in het geheel niet toegelicht. Zij heeft de verlengingsmogelijkheden bovendien niet in tijd

beperkt, zodat zij zichzelf kennelijk de vrijheid beoogt voor te behouden om de overeenkomst telkens te verlengen en de facto sprake is van de verstrekking van een opdracht voor onbepaalde tijd.

4.2.3. Gelet op de zwaarwegende belangen van Attero (omvang opdracht, beoogde looptijd) en de afwezigheid van een spoedeisend belang aan de zijde van Cure verzoekt Attero de voorzieningenrechter om bij afwijzing van de primaire vorderingen in het vonnis te bepalen dat de opschortende werking van het gunningvoornemen, ingeval tijdig hoger beroep wordt ingesteld, wordt verlengd tot en met de datum van het arrest van het hof.

4.3. Cure voert verweer. Zij heeft onder meer het volgende aangevoerd.

1. De onderhandse gunning van de opdracht tot afvalverwerking aan de Joint Venture is goorloofd op grond van het bepaalde in artikel 3.25 lid 1 sub b Aw, omdat aan alle daarin genoemde cumulatieve eisen is voldaan;
2. Van het omzeilen van het aanbestedingsrecht is geen sprake. Zij doet enkel beroep op een uitzonderingsbepaling die de wetgever haar heeft geboden; een uitzondering expliciet bedoeld voor de samenwerkingsvorm zoals onderhavige. Om vast te kunnen stellen of er sprake is van een misbruik(intentie) dienen objectieve en subjectieve elementen aanwezig te zijn en door Attero te worden gesteld en bewezen, hetgeen zij heeft nagelaten;
3. Attero stelt ten onrechte dat ten aanzien van de WTA - de facto - sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde tijd. De WTA is aangegaan voor de duur van 20 jaar. Er is geen sprake van automatische verlenging, noch kan deze door één van de daarbij betrokken partijen worden afgedwongen. Indien zij de overeenkomst na het einde van de eerste termijn willen verlengen, zal dat op wilsovereenstemming dienen te berusten en niet op de tekst van de overeenkomst zoals Attero (zonder enige onderbouwing) stelt. Bovendien zal de uitvoering van de overeenkomst hoe dan ook worden belemmerd door de levensduur van de installatie. Met een terugverdientijd tussen de 12 en 13 jaar van de installatie staat vast dat een overeenkomst voor een periode van 5 jaar te kort is. Dat zou leiden tot een faillissement van de Joint Venture. De (Europese) wetgever heeft wel een minimumtermijn meegegeven (3 jaar), maar geen maximale termijn. Waarom 5 jaar wel (verdrags)rechtelijk zou zijn toegestaan en 20 jaar niet, wordt door Attero niet duidelijk gemaakt;
4. De markt voor afvalverwerking is een nationale aangelegenheid. Hierbij kunnen de vrijheden uit het VWEU niet in het geding komen. Attero heeft het tegendeel ook niet bewezen. De vordering van Attero gestoeld op een inbreuk op de vrijheid van diensten dient dan ook te worden afgewezen;
5. Gezien het zeer geringe aandeel van Cure op de Europese markt voor afval, de nagestreefde milieubelangen en de terugverdientijd van de investeringen is een eventuele (zeer) beperkte belemmering van de interne markt zeker gerechtvaardigd en is er geen noodzaak om de duur van de overeenkomst te beperken. De vorderingen van Attero die betrekking hebben op het beperken van de looptijd van de overeenkomst dienen derhalve te worden afgewezen;
6. Zowel de Europese wetgever, het HvJ EU en de nationale wetgever hanteren het uitgangspunt dat het aanhangig maken van een kort geding slechts opschortende werking heeft totdat de rechter in eerste aanleg een uitspraak heeft gedaan over de voorlopige maatregelen. Attero heeft onvoldoende gesteld om af te wijken van het wettelijk uitgangspunt. Het verzoek van Attero om de opschortende termijn te verlengen tot en met de datum van het arrest van het Hof dient dan ook te worden afgewezen.

4.4. DONG en de Joint Venture voeren als gevoegde partijen aan de zijde van Cure eveneens verweer tegen de vorderingen van Attero.

Voor zichzelf vordert DONG:

4.5. Om de vorderingen van Attero af te wijzen, omdat Cure kan worden aangemerkt als een speciale-

sectorbedrijf en zich kan beroepen op artikel 3.25 lid 1 sub b om de WTA met de Joint Venture te sluiten en de Joint Venture zich kan beroepen op de 'omgekeerde vrijstelling' van artikel 3.25 lid 1 sub a om de Licence Agreement met DONG te sluiten.

Voor zichzelf vordert de Joint Venture:

- 4.6. Attero in haar vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren, althans haar deze te ontzeggen, met veroordeling van Attero in de kosten van dit geding, waaronder begrepen de redelijke kosten van rechtsbijstand, alsmede de nakosten zijnde € 131,-- zonder betekening en € 199,-- bij betekening van het te wijzen vonnis. Zij legt daar, kort gezegd aan ten grondslag dat de rechtspositie van de Joint Venture direct dreigt te worden aangetast indien de vorderingen van Attero worden toegewezen, omdat daarmee verlies van recht, namelijk het recht om de WTA te mogen uitvoeren dreigt.
- 4.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5 Het geschil in de zaak C/01/322355 / KG ZA 17-383

- 5.1. Attero vordert bij vonnis, voor zover de wet het toelaat, uitvoerbaar bij voorraad op de minuut en op alle dagen en uren:

De Joint Venture te veroordelen:

Primair:

1. tot intrekking van het gunningvoornemen ten gunste van DONG;
2. tot het uitschrijven van een Europese aanbesteding conform deel 2 Aw, indien en voor zover zij de voorgenomen opdracht alsnog wil verplaatsen;

Subsidiar:

3. tot beperking van de looptijd van de voorgenomen overeenkomst met DONG tot 5 jaar, althans tot een looptijd die de voorzieningenrechter in goede justitie redelijk acht en tot beperking van de verlengingsmogelijkheid tot twee jaar, althans tot een in goede justitie te bepalen periode;

Primair en subsidiair:

4. tot betaling van de kosten van dit geding, te vermeerderen met de nakosten ten belope van € 131,-- zonder betekening, dan wel € 199,-- in geval van betekening, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis en – voor het geval voldoening van de (na-)kosten niet binnen die termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na-)kosten te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van het vonnis;

Alsmede, in geval van afwijzing van de primaire vorderingen en bij integrale afwijzing van de vorderingen, te bepalen dat de opschortende werking van het gunningvoornemen wordt verlengd gedurende de termijn voor hoger beroep en dat deze opschortende werking bij een tijdig ingesteld hoger beroep wordt verlengd tot en met de datum van het arrest van het Hof.

- 5.2. Attero legt aan haar vordering, kort weergegeven het volgende ten grondslag.

Primair:

De Joint Venture heeft geen legitiem belang meer bij gunning van de Licence Agreement indien wordt geconcludeerd dat het Cure niet is toegestaan om onderhands een opdracht te gunnen aan

de Joint Venture (WTA). Daar komt bij dat moet worden betwijfeld of de voorgenomen gunning van de Licence Agreement aan DONG in overeenstemming is met de voorwaarden van artikel 3.25 lid 1 sub a AW. De Joint Venture heeft (in de Aankondiging en de bijbehorende toelichting) onvoldoende informatie vertrekt om dat te kunnen beoordelen. Dit geldt temeer nu de voorgenomen opdracht slechts ziet op het rechtmatig gebruik mogen maken van c.q. uitvoering mogen geven aan de REnescience technologie. Dat is geen relevante activiteit als bedoeld in artikel 3.1. Aw, zodat ook vanuit die optiek vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de rechtmatigheid van de voorgenomen gunning.

Subsidiar:

Indien en voor zover de voorzieningenrechter concludeert dat de joint Venture wel onderhands een overeenkomst mag sluiten met DONG, maakt Attero subsidiair bezwaar tegen de voorgenomen looptijd van 20 jaar met verlengingsmogelijkheid. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU volgt dat aan een dergelijke vergaande beperking van het vrij verkeer van diensten, waarbij de markt voor afvalverwerking in een bepaald geografisch gebied gedurende tientallen jaren volledig wordt afgesloten, een dwingende reden van algemeen belang ten grondslag moet liggen en dat deze tevens in overeenstemming moet zijn met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Attero betwist bij gebrek aan wetenschap dat de door de Joint Venture beoogde initiële looptijd van 20 jaar in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel. De Joint Venture heeft de beoogde looptijd van 20 jaar met de mogelijke verlenging in de Aankondiging in het geheel niet toegelicht. Zij heeft de verlengingsmogelijkheden bovendien niet in tijd beperkt, zodat zij zichzelf kennelijk de vrijheid beoogt voor te behouden om de overeenkomst telkens te verlengen en de facto sprake is van de verstrekking van een opdracht voor onbepaalde tijd.

5.2.1. Gelet op de zwaarwegende belangen van Attero (omvang opdracht, beoogde looptijd) en de afwezigheid van een spoedeisend belang aan de zijde van de joint Venture verzoekt Attero de voorzieningenrechter om bij afwijzing van de primaire vorderingen in het vonnis te bepalen dat de opschortende werking van het gunningvoornemen, ingeval tijdig hoger beroep wordt ingesteld, wordt verlengd tot en met de datum van het arrest van het hof.

5.3. De Joint Venture voert verweer. Zij voert aan dat de Licence Agreement onderhands kan worden gegund, omdat de Joint Venture een beroep toekomt op artikel 3.25 lid 1 sub a Aw, nu aan alle daarin genoemde cumulatieve vereisten is voldaan. De primaire vorderingen van Attero dienen dan ook te worden afgewezen. De subsidiaire vordering van Attero dient eveneens te worden afgewezen, omdat de WTA en de Licence Agreement op grond van de wet zijn uitgezonderd van een aanbestedingsplicht. Indien de looptijd van de overeenkomsten zou worden beperkt tot bijvoorbeeld 5 jaar, dan zijn Cure en de Joint Venture voornemens en gerechtigd om daarna opnieuw de overeenkomsten onderhands te gunnen. Er komt met andere woorden geen nieuwe kans voor concurrenten om mee te dingen naar de WTA en de Licence Agreement.

5.4. DONG en Cure voeren als gevoegde partijen aan de zijde van de Joint Venture eveneens verweer tegen de vorderingen van Attero.

5.5. Voor zichzelf vordert DONG:

om de vorderingen van Attero af te wijzen.

5.6. DONG legt daaraan, kort weergegeven, het volgende ten grondslag. Cure kan worden aangemerkt als een speciale-sectorbedrijf en kan zich beroepen op artikel 3.25 lid 1 sub b om de WTA met de Joint Venture te sluiten en de Joint Venture kan zich beroepen op de 'omgekeerde vrijstelling' van artikel 3.25 lid 1 sub a om de Licence Agreement met DONG te sluiten.

5.7. Voor zichzelf vordert Cure:

Attero niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans haar deze te ontzeggen, met veroordeling van Attero in de kosten van dit geding, waaronder begrepen de redelijke kosten van rechtsbijstand, alsmede de nakosten zijnde € 131,-- zonder betekening en € 199,-- bij betekening van het te wijzen vonnis.

5.8. Cure legt daaraan, kort weergegeven, het volgende ten grondslag.

De Joint Venture zich op goede gronden kunnen beroepen op de uitzonderingsbepaling van artikel 3.25 lid 1 sub a Aw. De joint Venture kan derhalve rechtmatig overgaan tot gunning van de Licence Agreement zonder het doorlopen van een Europese aanbestedingsprocedure conform deel 2 Aw. De vorderingen van Attero dienen dan ook te worden afgewezen.

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

6 De beoordeling in beide zaken

6.1. De zaken hangen met elkaar samen, zodat de beoordeling wordt gecombineerd.

Ten aanzien van de tussen Cure en de Joint Venture te sluiten Waste Treatment Agreement (zaak met nummer C/01/322347 / KG ZA 17-381)

6.2. Attero heeft gedocumenteerd betoogd dat Cure en de Joint Venture hun samenwerking bij nader inzien zo vorm hebben gegeven dat zij de meeste kans hebben dat rechtens geen sprake zal zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht in de zin van deel 2 Aw (waarvan volgens Attero "materieel" wel sprake is), die er bovendien toe zal leiden dat Cure in strijd zal handelen met een overeenkomst van haar met Attero die recent in werking is getreden. De voorzieningenrechter stelt voorop met Attero en mede naar aanleiding van het betoog van Attero en de reactie daarop van Cure alsmede de Joint Venture de indruk te hebben kregen dat Cure en de Joint Venture zoveel mogelijk "hun kaarten tegen de borst houden". De voorzieningenrechter kan zich voorstellen dat er goede redenen zijn voor Cure en de Joint Venture om de tekst van de WTA niet (volledig) te publiceren. Door de (volledige) WTA niet in het geding te brengen, is het voor Attero en de voorzieningenrechter niet goed mogelijk om een volledige indruk te krijgen van de plannen van Cure en de Joint Venture. Dit leidt ertoe dat de voorzieningenrechter extra kritisch naar en uiterst formeel (welke formele benadering ook eigen is aan het aanbestedingsrecht) naar de stellingen van Cure en de Joint Venture zal kijken. Zoals hierna zal blijken, hoeft de voorzieningenrechter de vraag of sprake is van misbruik van aanbestedingsrecht niet te beantwoorden. Zoals door Attero zelf is aangegeven, hoeft (en kan) de vraag of Cure door de beoogde samenwerking met Dong in de vorm van de Joint Venture in strijd zal handelen met haar contractuele verplichtingen jegens Attero in deze procedure niet te worden beantwoord.

6.3. In dit kort geding ligt onder meer de vraag ter beantwoording voor of Cure zich met succes kan beroepen op het aanbestedingsrechtelijke regime voor speciale-sectoropdrachten, zoals is neergelegd in deel 3 Aw, in afwijking van de hoofdregel conform deel 2 Aw. Attero meent van niet en Cure, DONG en de Joint Venture menen van wel. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is het uitgangspunt bij beantwoording van die vraag de aankondiging (inclusief de daarvan deel uitmakende Bijlagen) van het gunningsvoornemen van Cure aan de Joint Venture.

6.4. Cure beroept zich ter rechtvaardiging van de door haar voorgenomen onderhandse gunning aan de Joint Venture (WTA) op artikel 3.25 lid 1 sub b Aw. Volgens vaste rechtspraak dient Cure aannemelijk te maken dat deze uitzonderingsbepaling van toepassing is en zij zich daar met succes op kan beroepen.

6.5. De cumulatieve voorwaarden voor een geldig beroep op artikel 3.25 lid 1 sub b Aw zijn volgens

dat artikel:

- (i) het gaat om een speciale-sectoropdracht die wordt gegund door een speciale- sectorbedrijf, en;
- (ii) de speciale sector-opdracht wordt gegund aan een gemeenschappelijke onderneming waarvan het speciale-sectorbedrijf dat de opdracht gunt zelf deel uitmaakt, en;
- (iii) de gemeenschappelijke onderneming moet zijn opgericht om de desbetreffende activiteit uit te oefenen gedurende ten minste drie jaar en de oprichtingsakte van de gemeenschappelijke onderneming moet bepalen dat de speciale-sectorbedrijven waaruit zij bestaat ten minste drie jaar deel zullen uitmaken van die gemeenschappelijke onderneming.

i. i) *Speciale-sectorbedrijf*

- 6.6. De Aw definieert een speciale-sectorbedrijf als een aanbestedende dienst, een overheidsbedrijf of een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder of uitsluitend recht is verleend, voor zover die dienst, dat bedrijf of die instelling een activiteit uitoefent als bedoeld in de artikelen 3.1. tot en met 3.6. van de Aw.
- 6.7. Vast staat dat Cure kan worden gekwalificeerd als een aanbestedende dienst, maar partijen verschillen van mening of Cure kan worden gekwalificeerd als een speciale-sectorbedrijf in de hierboven weergegeven definitie, meer in het bijzonder of er sprake is van (een van) de in artikel 3.1. tot en met 3.6. Aw genoemde vereisten. Cure heeft zich op het standpunt gesteld dat voldaan is aan het bepaalde in artikel 3.1. jo. 3.3.a Aw.
- 6.8. Artikel 3.1. luidt als volgt:
- Het bepaalde bij of krachtens deel 3 van deze wet is van toepassing op het plaatsen van speciale-sectoropdrachten met het oog op:
- a.** het beschikbaar stellen of exploiteren van vaste netten, bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van gas of warmte;
 - b.** de gas- of warmtetoevoer naar netten als bedoeld in onderdeel a.
- 6.9. In artikel 3.3.a Aw is voorts bepaald dat onder de toevoer van gas, warmte, elektriciteit of water naar vaste netten voor openbare dienstverlening als bedoeld in de artikelen 3.1., 3.2. en 3.3. zowel de groothandel als de kleinhandel hierin als de opwekking of productie daarvan begrepen wordt met uitzondering van de winning van gas.
- 6.10. De voorzieningenrechter is met Cure van oordeel dat zij als speciale-sectorbedrijf kan worden gekwalificeerd op grond van artikel 3.3.a Aw. Dat in de Aankondiging de opdracht is omschreven: als "het laten verwerken van afval volgens de REnescience-methodiek, mede voor de opwekking van gas", doet daar volgens de voorzieningenrechter niet aan af.

Speciale sector-opdracht

- 6.11. In artikel 1.1. Aw wordt een speciale-sectoropdracht voor diensten als volgt gedefinieerd:
- Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder speciale-sectoropdracht voor werken.
- 6.12. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is voldoende aannemelijk dat aan bovengenoemde definitie is voldaan. Immers, Cure is als speciale-sectorbedrijf voornemens een schriftelijke overeenkomst te sluiten met de Joint Venture (dienstverlener) onder bezwarende titel (de WTA).
- 6.13. De stelling van Attero dat de WTA niet zou kunnen worden aangemerkt als een speciale-sector

overeenkomst, omdat de bouw en realisatie van de centrale een toekomstige en onvoorziene gebeurtenis zou zijn, is niet juist. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter vereist artikel 3.1 Aw niet dat de speciale-sector activiteiten worden verricht op het moment dat de speciale-sector overeenkomst wordt gegund. Indien dat anders zou zijn, zou dat betekenen dat nieuwe speciale-sectorbedrijven die een nieuwe speciale-sector activiteit beginnen nooit onder het aanbestedingsrechtelijk regime voor speciale-sectorbedrijven zouden kunnen vallen.

ii) Aan het tweede vereiste van artikel 3.25 lid 1 sub b Aw is naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter eveneens voldaan, omdat de speciale-sectoropdracht wordt gegund aan een gemeenschappelijke onderneming (de Joint Venture), waarvan Cure, als zijnde speciale-sectorbedrijf die de opdracht gunt, zelf onderdeel uitmaakt.

iii) Ingevolge het derde cumulatieve vereiste van artikel 3.25 lid 1 sub b Aw dient de oprichtingsakte van de gemeenschappelijke onderneming te bepalen dat de speciale-sectorbedrijven waaruit zij bestaat ten minste drie jaar deel zullen uitmaken van die gemeenschappelijke onderneming. Vast staat dat de gemeenschappelijke onderneming een besloten vennootschap betreft, zodat de oprichtingsakte in een notariële akte dient te zijn vastgelegd. Nu deze oprichtingsakte niet door Cure is overgelegd, kan de vraag of Cure en DONG ten minste 3 jaar deel zullen uitmaken van de gemeenschappelijke onderneming (de Joint Venture) niet door de voorzieningenrechter worden beoordeeld. De verwijzing van Cure naar de door haar in het geding gebrachte (1 pagina van) de WTA is in het licht hiervan niet voldoende.

6.14. Op grond van het voorgaande zal de eerste primaire vordering van Attero tot intrekking van het gunningsvoornemen ten gunste van de Joint Venture worden toegewezen. Voor toewijzing van enige andere vordering ziet de voorzieningenrechter voorshands geen grond.

6.15. Cure zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Attero worden begroot op:

- dagvaarding € 80,41
- griffierecht € 618,00
- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.514,41

6.16. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

6.17. Omdat de vorderingen van Attero zullen worden toegewezen, dienen ook de gevoegde partijen in de proceskosten van Attero te worden verwezen. Deze kosten worden aan de zijde van Attero begroot op nihil.

6.18. De vordering om tenuitvoerlegging op de minuut zal als niet op de wet gebaseerd worden afgewezen. Van dit vonnis zal een grosse worden afgegeven. De uitvoerbaarheid op alle dagen en uren zal als niet onderbouwd worden afgewezen.

Ten aanzien van de tussen DONG en de Joint Venture te sluiten Licence Agreement (zaak met nummer C/01/322355 / KG ZA 17-383)

6.19. Nu in de zaak KG ZA 17-381 (ten aanzien van de WTA) is geoordeeld dat het Cure vooralsnog niet is toegestaan om onderhands een opdracht te gunnen aan de Joint Venture, heeft de Joint Venture geen belang meer bij gunning van de Licence Agreement aan DONG. Reeds hierom ligt de eerste primaire vordering van Attero jegens de Joint Venture voor toewijzing gereed. Voor toewijzing van enige andere vordering ziet de voorzieningenrechter voorshands geen grond.

- 6.20. Het antwoord op de vraag of is voldaan aan de vereisten van artikel 3.25 lid 1 sub a Aw kan gezien hetgeen hiervoor is overwogen in het midden blijven. De voorzieningenrechter hecht er aan op te merken dat de Joint Venture niet aannemelijk heeft gemaakt dat Dong als speciaal sectorbedrijf in de zin van art. 1.1 Aw kan worden gekwalificeerd. Dat DONG Energy A/S voor 50,12 % eigendom van de Deense Staat is, is daarvoor onvoldoende. Van de Joint Venture kan worden verwacht dat zij (bijvoorbeeld) aangeeft dat Dong een overheidsbedrijf is omdat de Deense Staat een overheersende invloed kan uitoefenen in deze Deense vennootschap. Gesteld noch gebleken is dat zulks het geval is.
- 6.21. De Joint Venture zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Attero worden begroot op:
- dagvaarding € 80,42
 - griffierecht € 618,00
 - salaris € 816,00
- Totaal € 1.514,42
- 6.22. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.
- 6.23. Omdat de eerste primaire vordering van Attero zal worden toegewezen, dienen ook de gevoegde partijen in de proceskosten van Attero te worden verwezen. Deze kosten worden aan de zijde van Attero begroot op nihil.
- 6.24. De vordering om tenuitvoerlegging op de minuut zal als niet op de wet gebaseerd worden afgewezen. Van dit vonnis zal een grosse worden afgegeven. De uitvoerbaarheid op alle dagen en uren zal als niet onderbouwd worden afgewezen.

7 De beslissing

De voorzieningenrechter

In KG ZA 17-381

- 7.1. veroordeelt Cure om haar gunningsvoornemen ten gunste van de Joint Venture in te trekken,
- 7.2. veroordeelt Cure in de proceskosten, aan de zijde van Attero tot op heden begroot op € 1.514,42,
- 7.3. veroordeelt Cure in de na dit vonnis ontstane kosten van Attero , begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de uitspraak van dit vonnis tot de dag van de voldoening,
- 7.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 7.5. veroordeelt DONG in de proceskosten, aan de zijde van Attero tot op heden begroot op nihil,
- 7.6. veroordeelt de Joint Venture in de proceskosten, aan de zijde van Attero tot op heden begroot op

nihil,

7.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

In zaak KG ZA 17-383

7.8. veroordeelt de Joint Venture tot intrekking van het gunningsvoornemen ten gunste van DONG,

7.9. veroordeelt de Joint Venture in de proceskosten, aan de zijde van Attero tot op heden begroot op € 1.514,42,

7.10. veroordeelt de Joint Venture in de na dit vonnis ontstane kosten van Attero , begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de uitspraak van dit vonnis tot de dag van de voldoening,

7.11. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

7.12. veroordeelt DONG in de proceskosten, aan de zijde van Attero tot op heden begroot op nihil,

7.13. veroordeelt Cure in de proceskosten, aan de zijde van Attero tot op heden begroot op nihil .

7.14. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. E. Loesberg en in het openbaar uitgesproken op 20 september 2017.