

LJN: BP1258, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.075.413/01 en 200.075.519/01 (gevoegd)

Datum uitspraak: 18-01-2011

Datum publicatie: 20-01-2011

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep kort geding

Inhoudsindicatie: Aanbesteding; Grossmannverweer; eigen verklaring; restitutie proceskosten.

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummers : 200.075.413/01 en 200.075.519/01 (gevoegd)

Zaak-/rolnummer rechtbank : 360678 KG ZA 10-285

Arrest van de eerste civiele kamer d.d. 18 januari 2011

inzake:

200.075.413/01

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Infrastructuur en Milieu en Ministerie van Financiën),

zetel houdende te Den Haag (Gemeente 's-Gravenhage),

appellant in principaal appel,

geïntimeerde in incidenteel appel,

hierna te noemen: de Staat,

advocaat: mr. A.L.M. de Graaf te 's-Gravenhage,

tegen

CENTRIC SOFTWARE ENGINEERING B.V.,

gevestigd te Capelle aan den IJssel,

geïntimeerde in principaal appel,

appellante in incidenteel appel,

hierna te noemen: Centric,

advocaat: mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht,

en:

ABC AUTOMATISERINGSTEAM B.V. ,

gevestigd te Maarssen,

tussenkomen partij in eerste aanleg,

hierna te noemen: ABC,

advocaat: mr. P.H.L.M. Kuypers te Brussel,

en inzake:

200.075.519/01

ABC AUTOMATISERINGSTEAM B.V. ,

gevestigd te Maarssen,

appellante in principaal appel,

geïntimeerde in incidenteel appel,

tevens eiseres in het voegingsincident,

hierna te noemen: ABC,

advocaat: mr. P.H.L.M. Kuypers te Brussel,

tegen

CENTRIC SOFTWARE ENGINEERING B.V.,

gevestigd te Capelle aan den IJssel,

geïntimeerde sub 1 in principaal appel,
appellante in incidenteel appel,
verweerster in het voegingsincident,
hierna te noemen: Centric,
advocaat: mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht,

en:

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Infrastructuur en Milieu en Ministerie van Financiën),
zetel houdende te Den Haag (Gemeente 's-Gravenhage),
geïntimeerde sub 2 in principaal appel,
verweerder in het voegingsincident,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. A.L.M. de Graaf te 's-Gravenhage,

Het geding in het incident tot voeging

1. Bij incidentele akte houdende verzoek tot voeging heeft ABC de voeging gevorderd van de zaak nummer 200.075.413/01 met de zaak nummer 200.075.519/01. Volgens ABC is sprake van verknochte zaken als bedoeld in artikel 222 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv).

2. Zaaknummer 200.075.413/01 betreft het hoger beroep van de Staat tegen hetzelfde in kort geding tegen Centric als eiseres gewezen vonnis als dat waarvan ABC als tussengekomen partij in hoger beroep is gekomen in de zaak met het nummer 200.075.519/01. Bij memorie van antwoord tevens antwoord in het incident tot voeging heeft de Staat zich aan de gevorderde voeging geconformeerd. Bij een afzonderlijke memorie van antwoord in het incident tot voeging heeft ook Centric te kennen gegeven met de gevorderde voeging te kunnen instemmen.

3. Het hof heeft de vordering tot voeging ter zitting toegewezen. Het heeft daarbij in aanmerking genomen dat het hier blijkt het voorgaande gaat om zaken die voor dezelfde rechter tegelijk aanhangig zijn en hetzelfde vonnis betreffen, terwijl ook de goede procesorde of partijen zich niet tegen voeging van deze zaken verzetten.

De gedingen ten principale

4. Bij afzonderlijke, beide acht grieven bevattende exploitatie (die van ABC met een productie) van respectievelijk 7 en 8 oktober 2010 zijn de Staat en ABC in hoger beroep gekomen van het vonnis van 10 september 2010, door de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage in kort geding gewezen tussen Centric als eiseres, de Staat als gedaagde en ABC als tussengekomen partij. Bij afzonderlijke memories van antwoord (beide met producties) heeft Centric de grieven bestreden en harerzijds met

één grief incidenteel hoger beroep tegen het vonnis ingesteld. ABC en de Staat hebben ieder daarop met een memorie van antwoord in incidenteel appel (de Staat met één productie, ABC met twee producties) gereageerd. Daarna hebben partijen hun zaak door hun raadslieden doen bepleiten, ieder aan de hand van pleitnotities die aan het hof zijn overgelegd. Van het verhandelde ter zitting is proces-verbaal opgemaakt. Tot slot hebben partijen op basis van de door hen reeds ingezonden (kopieën van hun) procesdossiers arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

5. Het hof gaat uit van de in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.14 opgenomen feiten nu daartegen geen grieven zijn gericht. Met inachtneming van hetgeen in aanvulling daarop uit overgelegde producties als vaststaand blijkt, gaat het in dit kort geding om het volgende.

6. Bij een op 17 november 2009 aangekondigde opdracht is het (toenmalige) Ministerie van Verkeer en Waterstaat tezamen met het Ministerie van Financiën (hierna tezamen te noemen: de Staat) een Europese openbare aanbestedingsprocedure gestart inzake de inhuur van ICT-specialisten (Publicatienummer 324508-2009).

7. Doel van de aanbesteding is om raamovereenkomsten aan te gaan met opdrachtnemers die

efficiënt en effectief invulling kunnen geven aan de bij de Staat bestaande behoefte aan tijdelijke inhuur van ICT-specialisten. De raamovereenkomsten zullen worden gesloten met meerdere inschrijvers (minimaal vijf en maximaal acht) op een of meer ICT-infrastructurele onderdelen op de disciplines architectuur, beveiliging, projectleiding-/management, ontwerp/ontwikkeling en beheer. Het streven was erop gericht de raamovereenkomsten te laten ingaan op 1 maart 2010, met een looptijd van één jaar, met driemaal een optie tot verlenging met telkens maximaal één jaar. Op de procedure is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO) van toepassing. De aanbestedingsdocumentatie wordt gevormd door het Beschrijvend Document van 17 november 2009 met achttien bijlagen en drie Nota's van Inlichtingen van respectievelijk 2, 7 en 18 december 2009.

8. Volgens het bestek vindt de beoordeling plaats aan de hand van het Programma van Eisen en Wensen van alleen die inschrijvers die voldoen aan de eisen van fase 1 (inschrijvingsvereisten), fase 2 (uitsluitingsgronden) en fase 3 (geschiktheidseisen). Het gunningscriterium van fase 4 wordt gevormd door de economisch meest voordelige inschrijving, waaronder volgens het bestek wordt verstaan de inschrijving met de beste prijs-/kwaliteitsverhouding. In het Programma van Eisen en Wensen (hierna: het Programma) zijn naast enkele generieke wensen (wens-1 tot en met wens-8) nadere eisen geformuleerd op het gebied van Prijsstelling (p-eisen), Personeel en organisatie (po-eisen), Logistiek (l-eisen), Maatschappelijk verantwoord ondernemen (mvo-eisen), Communicatie en rapportage (cr-eisen) en Kwaliteit (k-eisen). In het Programma staat bij wens-1 onder 1.2 onder meer aangegeven dat per (in bijlage 16 genoemd) aandachtsgebied dient te worden opgegeven hoeveel fte ("fulltime-equivalent") de inschrijver beschikbaar heeft ten behoeve van de uitvoering van de opdrachten, exclusief de fte's bedoeld in wens-6.

In wens-6 is aangegeven dat bij de inschrijving dient te worden opgegeven hoeveel fte's de inschrijver voor de in het Beschrijvend Document gevraagde diensten daadwerkelijk beschikbaar heeft ten behoeve van de uitvoering van de opdrachten, exclusief de fte's bedoeld in wens-1. Bij beide wensen staat nader aangegeven dat het eigen fte's mogen zijn, maar ook fte's van derden en dat het gaat om de "huidige" ter beschikking staande fte's en die van de eventuele combinant(en), terwijl volgens de begrippenlijst bij het kwantificeren van één fte een 40-urige werkweek tot uitgangspunt dient te worden genomen. De inschrijving dient te zijn voorzien van een volgens bijlage 2 bij het Beschrijvend Document behorende, ingevulde Eigen Verklaring. Daarin staat vermeld (sub III onder 3.3) dat indien de inschrijver zich beroept op de ervaring of bekwaamheid van andere natuurlijke of rechtspersonen de inschrijver op daartoe strekkend verzoek een rechtsgeldige verklaring dient te verstrekken waaruit blijkt dat hij daadwerkelijk en onherroepelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen of inzet van deze derden (hierna: beschikbaarheidsverklaring).

9. Er zijn 24 inschrijvingen ingediend, waaronder die van ABC en Centric. Bij brief van 16 februari 2010 heeft de Staat Centric bericht dat de opdracht niet aan haar zal worden gegund. In die brief staan de acht geselecteerde bedrijven met de hoogste totaalscores vermeld, waarbij het bedrijf Atos Origin op de eerste en ABC op de tweede plaats is geëindigd. Naar aanleiding van door Centric naar voren gebrachte bedenkingen omtrent de door haar veronderstelde door Atos Origin en ABC onder de wensen 1.2 en 6 opgegeven aantallen beschikbare fte's heeft de Staat bij brief van 19 april 2010 laten weten dat het gunningsvoornemen wordt ingetrokken en dat, alvorens een nieuw gunningsvoornemen wordt uitgesproken, eerst bij alle inschrijvers op deze onderdelen beschikbaarheidsverklaringen zullen worden opgevraagd. Bij brief van 7 juni 2010 heeft de Staat Centric bericht dat op basis van de inschrijvingen en de door de inschrijvers verstrekte additionele informatie een nieuwe rangorde is bepaald en dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan de daarin genoemde acht bedrijven. De Staat heeft daarbij benadrukt dat deze acht partijen alle hebben aangetoond daadwerkelijk en onherroepelijk te kunnen beschikken over de bij de inschrijving opgegeven aantallen fte's. Atos Origin en ABC, die bij wens-1.2 en wens-6 in totaal 108.255, respectievelijk 79.270 ICT-specialisten hebben aangeboden, zijn daarbij opnieuw als eerste en tweede geëindigd. Met het door haar op deze wensen aangeboden totaal van 8.244 ICT-specialisten (waarvan 5.494 fte eigen personeel) behoort Centric opnieuw niet tot de bedrijven waarmee raamovereenkomsten zullen worden afgesloten.

10. Centric heeft daarop in kort geding (na wijziging van eis) gevorderd, samengevat, primair dat de Staat wordt geboden (1) aan te tonen dat alle inschrijvers daadwerkelijk beschikken over de door hen aangeboden aantallen ICT-specialisten, (2) aan te tonen op welke wijze hij heeft gewaarborgd dat deze aantallen geen dubbeltellingen bevatten, (3) de inschrijvers die een en ander niet kunnen aantonen alsnog buiten beschouwing te laten en een nieuw gunningsvoornemen bekend te maken en subsidiair dat de Staat wordt geboden de onderhavige aanbesteding te staken en in het voorkomende geval tot heraanbesteding over te gaan waarbij de wensen 1.2 en 6 niet langer worden gehanteerd. In het bestreden vonnis is de subsidiaire vordering van Centric toegewezen. De voorzieningenrechter heeft daarbij overwogen dat met de door de geselecteerde inschrijvers afgegeven

beschikbaarheidsverklaringen weliswaar in voldoende mate kan worden geverifieerd of kan worden

voldaan aan de in de wensen 1.2 en 6 gestelde criteria voor ICT-specialisten die in dienst zijn van de inschrijver of van rechtspersonen waarmee de inschrijver samenwerkt, maar niet of dat ook geldt voor de personen die op andere wijze voor de inschrijvers beschikbaar zijn. Laatstgenoemden kunnen immers als zelfstandigen of freelancers bij meerdere databanken zijn ingeschreven, aldus de voorzieningenrechter. Volgens de voorzieningenrechter dient hieruit te worden afgeleid dat deze personen op de datum van de inschrijving niet allen werkelijk beschikbaar zijn geweest, zodat niet kan worden vastgesteld dat de inschrijvers die van verschillende databanken gebruik hebben gemaakt, aan het gunningscriterium inzake de beschikbaarheid hebben voldaan. Aldus heeft de Staat in de visie van de voorzieningenrechter de door de inschrijvers opgegeven aantallen beschikbare fte's onvoldoende geverifieerd of kunnen verifiëren, zodat de aanbestedingsprocedure in zoverre in strijd moet worden geacht met het transparantiebeginsel en daarmee onrechtmatig is jegens Centric. Omdat dit volgens de voorzieningenrechter een niet te herstellen gebrek betreft is de Staat in het bestreden vonnis, overeenkomstig het subsidiair gevorderde, geboden de aanbesteding te staken en in geval van eventuele heraanbesteding de wensen 1.2 en 6 niet langer te handhaven.

11. Het hoger beroep van de Staat en ABC keert zich met name tegen het onderscheid dat de voorzieningenrechter in zijn vonnis heeft gemaakt tussen enerzijds de door de inschrijvers opgegeven aantallen beschikbare fte's in dienstbetrekking en anderzijds die buiten dienstbetrekking, zoals zelfstandigen en freelancers (grievens 2, 3 en 6 van de Staat/grievens 2 en 3 van ABC). Daarbij hebben zij erop gewezen dat het onder de wensen 1.2 en 6 was toegestaan om fte's op te geven die mogelijk ook door andere inschrijvers als beschikbare fte's waren opgevoerd, zodat in zodanig geval geen sprake was van verboden dubbeltellingen en daarop dus ook geen verificatie hoefde plaats te vinden. De Staat en ABC menen voorts dat Centric in gebreke is gebleven met het concretiseren of onderbouwen van haar stelling dat inschrijvers als Atos Origin en ABC met irreëel hoge aantallen beschikbare fte's hebben ingeschreven (grief 4 van de Staat/grievens 5 en 6 van ABC). De Staat en ABC voeren verder aan dat Centric haar recht om op te komen tegen het voornemen van de Staat om de opdracht (mede) te gunnen aan de inschrijvers die na Atos Origin en ABC waren geëindigd op de plaatsen 3 tot en met 8, waaronder CapGemini, heeft verwerkt, nu zij niet eerder van bezwaren tegen deze inschrijvingen heeft laten blijken (grief 5 van de Staat/ grief 4 ABC). In zijn zevende grief maakt de Staat (subsidiair) bezwaar tegen het feit dat hij de wensen 1.2 en 6 ingeval van een eventuele heraanbesteding niet meer zou mogen hanteren, terwijl ABC zich met haar zevende grief heeft gekeerd tegen de afwijzing van haar in eerste aanleg ingediende vordering om de Staat te gebieden om de raamovereenkomst, voor zover de Staat deze nog wenst te sluiten, aan te gaan met ABC. De Staat en ABC hebben zich beide ten slotte nog met grievens gekeerd tegen de verwerping door de voorzieningenrechter van het door hen in eerste aanleg opgeworpen Grossmannverweer (beide grief 1) en tegen hun veroordeling in de proceskosten (beide grief 8).

12. De incidentele grief van Centric is gericht tegen de afwijzing van haar (in rechtsoverweging 10 van dit arrest beschreven) primaire vordering. Centric heeft daarbij aangevoerd dat de inschrijvers die al dan niet via een onderaannemer een beroep hebben gedaan op zzp-ers ("zelfstandigen zonder personeel") niet hebben aangetoond daadwerkelijk te kunnen beschikken over de opgegeven aantallen fte's en de Staat dient volgens haar dan ook te worden geboden om die inschrijvingen alsnog buiten beschouwing te laten en een nieuw gunningsvoornemen bekend te maken.

13. Het meest vèrstrekkende verweer van de Staat en ABC, tegen de verwerping waarvan hun eerste grief zich richt, is dat Centric te laat heeft geklaagd over de (volgens haar te ruime) uitleg van het in wens-1.2 en wens-6 opgenomen beschikbaarheidsvereiste. Volgens de Staat en ABC moet het voor Centric van meet af aan duidelijk zijn geweest dat inschrijvers in het kader van de door hen op te geven aantallen beschikbare ICT-specialisten ook een beroep konden doen op niet in dienstbetrekking werkzame personen, zoals freelancers en zzp-ers. Het ontbreken van een dienstbetrekking staat er dus niet aan in de weg dat ook in dat geval wordt voldaan aan de beschikbaarheidseis. Bij eventuele onduidelijkheid daarover had Centric eerder bij de Staat moeten klagen of dienaangaande nadere vragen moeten stellen. Nu zij dat niet heeft gedaan en over het in de wensen 1.2 en 6 opgenomen beschikbaarheidsvereiste pas is gaan klagen nadat het gunningsvoornemen bekend was gemaakt kan zij thans daarin, in lijn met het zogenoemde Grossmann-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02, inzake Grossmann Air Service) niet meer worden ontvangen, aldus nog steeds de Staat en ABC.

14. Centric heeft hiertegen evenwel terecht ingebracht dat haar bezwaren zich niet zozeer richten tegen de in het bestek opgenomen mogelijkheid om bij de op te geven aantallen beschikbare fte's ook ICT-specialisten buiten dienstbetrekking te rekenen, als wel tegen de door Atos Origin en ABC opgegeven, volgens Centric ongeloofwaardig hoge, aantallen beschikbare fte's en de uitleg die de Staat bij de beoordeling van de opgegeven fte's aan de wensen 1.2 en 6 heeft gegeven. Daarover heeft zij per definitie niet eerder kunnen klagen dan na het moment waarop het gunningsvoornemen

bekend werd gemaakt en uit de aan Atos Origin en ABC op de wensen 1.2 en 6 toegekende scores de uitleg daarvan door de Staat en de hoge aantallen fte's konden worden afgeleid. Deze grief kan dus niet tot resultaat leiden.

15. De grieven 2 tot en met 6 van de Staat en ABC en de incidentele grief van Centric lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Kort samengevat wordt hierin aan de orde gesteld hoe eventuele dubbeltellingen bij de aantallen aangeboden ICT-specialisten zich verhouden tot het in de wensen 1.2 en 6 tot uitdrukking gebrachte beschikbaarheidsvereiste. De Staat heeft aangegeven dat het bestek dubbeltellingen toelaat, in die zin dat een door de ene inschrijver opgegeven fte ook door een andere inschrijver mag worden aangeboden (hierna: kruislingse dubbeltellingen). Dubbeltellingen binnen de eigen inschrijving (hierna: interne dubbeltellingen) zijn daarentegen niet toegestaan, aldus de Staat. Volgens de voorzieningenrechter staat het feit dat dezelfde ICT-specialist door verschillende inschrijvers kan worden opgegeven aan zijn daadwerkelijke beschikbaarheid ten tijde van de inschrijving in de weg, zodat de desbetreffende inschrijver in dat geval niet aan de wensen 1.2 en 6 heeft voldaan. Centric heeft daaraan toegevoegd dat (met name) Atos Origin en ABC dermate hoge aantallen ICT-specialisten hebben opgegeven dat zonder deugdelijke verificatie van die aantallen niet alleen aannemelijk is dat niet alle vermelde fte's ook daadwerkelijk beschikbaar zijn, maar ook dat bij hun inschrijvingen sprake is geweest van (verboden) interne dubbeltellingen. De Staat heeft een en ander volgens Centric onvoldoende geverifieerd.

16. De grieven van de Staat en ABC slagen. Wat het in de wensen 1.2 en 6 neergelegde beschikbaarheidsvereiste betreft heeft de Staat terecht aangegeven dat uit het bestek duidelijk blijkt dat het bij de onder wens-1.2 en wens-6 op te geven aantallen beschikbare fte's niet alleen gaat over de eigen fte's, maar ook over de fte's van derden (Beschrijvend Document, pagina's 50 en 53). In de Eerste Nota van Inlichtingen heeft de Staat voorts op een daartoe strekkende vraag (nr 105) geantwoord dat bij wens-1 niet alleen vaste medewerkers in dienst van de inschrijver of de derde worden bedoeld, maar ook freelancers, terwijl hij bij vraag 121 heeft aangegeven dat ook het inzetten van zzp-ers via doorleendconstructies niet wordt uitgesloten. Alle ondernemingen die de gevraagde dienstverlening kunnen leveren komen in aanmerking, dus ook brokers (intermediairs), detacheerders en soortgelijke bedrijven (antwoord op vraag 1, Eerste Nota van Inlichtingen). Hieruit blijkt genoegzaam dat een beroep kan worden gedaan op de fte's van derden, al dan niet met rechtspersoonlijkheid, die in het bestand van de inschrijver zelf zitten of in de bestanden van (andere) derden en dus dat de Staat geen strengere eisen heeft willen stellen aan brokers dan aan traditionele softwarehuizen. Op de vraag (nr 62, Derde Nota van Inlichtingen) hoe de Staat zal omgaan met de mogelijke situatie waarin een onderaannemende partij door meerdere inschrijvers wordt gecontracteerd en elke inschrijver de fte's van de onderaannemer meeneemt in zijn fte-tellingen bij wens-1 en wens-6 heeft de Staat voorts geantwoord dat voor zzp-ers geldt dat zij waarschijnlijk bij verschillende raamcontractanten zullen zijn aangesloten, dat dit inherent is aan die markt, dat in die zin dubbeltellingen kunnen voorkomen en dat dat bij de Staat bekend is. Het is volgens het bestek dus mogelijk dat één zzp-er bij meerdere partijen is aangesloten en zodoende door meerdere inschrijvers wordt opgegeven. Nu de Staat deze toegestane (kruislingse) dubbeltellingen in het bestek uitdrukkelijk (ook) aan de orde heeft gesteld in het kader van de bij de wensen 1.2 en 6 op te geven aantallen ICT-specialisten is duidelijk dat ook in dat geval aan het daarin neergelegde beschikbaarheidsvereiste kan worden voldaan en dus dat de enkele (kruislingse) dubbeltelling niet aan de beschikbaarheidseis van de wensen 1.2 en 6 in de weg hoeft te staan, zoals de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen. Dat in artikel 10 van de concept-raamovereenkomst (bijlage 12 Beschrijvend Document) wordt gesproken van een beschikbaarheidsgarantie kan hieraan niet afdoen, nu uit dat artikel tevens blijkt dat het daarin bepaalde uitdrukkelijk dient te worden gelezen en begrepen in samenhang met de met partijen daarna nog te sluiten nadere overeenkomsten.

17. Voor zover Centric heeft aangevoerd dat uit de door Atos Origin en ABC opgegeven, volgens haar irreëel hoge, aantallen beschikbare fte's moet worden afgeleid dat deze verboden (interne) dubbeltellingen (moeten) bevatten heeft de Staat terecht verwezen, en mogen verwijzen, naar de door deze inschrijvers overgelegde beschikbaarheidsverklaringen. Na zijn aanvankelijke gunningsvoornemen bij brief van 19 april 2010 te hebben ingetrokken heeft de Staat, in lijn met de in het Beschrijvend Document (bijlage 2 sub III onder 3.3) beschreven procedure, aan alle inschrijvende partijen expliciet de bevestiging gevraagd dat daadwerkelijk en onherroepelijk over de opgegeven aantallen fte's kan worden beschikt. Door middel van de door de inschrijvers afgegeven beschikbaarheidsverklaringen is deze bevestiging (ook van de zijde van Atos Origin en ABC) verkregen. Om iedere twijfel

over eventuele daarin voorkomende verboden (interne) dubbeltellingen uit te sluiten heeft de Staat specifiek daarop nog eens expliciet de bevestiging gevraagd dat een als beschikbaar opgegeven fte binnen de eigen inschrijving niet meerdere keren is meegeteld. Atos Origin en ABC hebben de afwezigheid van verboden (interne) dubbeltellingen hierop herbevestigd, Atos Origin in haar

emailberichten van 23 en 24 augustus 2010 (".... dat het..... aantal fte daadwerkelijk beschikbaar is en derhalve niet feitelijk lager is als gevolg van door concurrenten beweerde dubbeltellingen.", respectievelijk: "...één aangeboden fte op de wensen 1.2 en 6 is maar één keer meegeteld en dus niet meerdere keren door Atos Origin opgegeven.") en ABC in haar emailbericht van 23 augustus 2010 ("Ja, één fte wordt maar één keer meegeteld."). Omdat deze verklaringen in hun geheel en uitsluitend betrekking hebben op (onderdelen van) de eerder opgevraagde en afgegeven beschikbaarheidsverklaringen is van een (verboden) wijziging van de aanbestedingsprocedure of daarin gehanteerde gunningssystematiek geen sprake, zoals Centric bij pleidooi nog heeft betoogd.

18. Verificatie van de inschrijving aan de hand van een eigen verklaring of opgave is in het aanbestedingsrecht ongebruikelijk noch verboden (vergelijk: artikel 49 BAO) en de Staat mag er voorts van uitgaan dat inschrijvers naar waarheid verklaren en voor de (juistheid van) door hen verstrekte gegevens instaan. Dat het bij die beschikbaarheidsverklaringen zowel kan gaan om derden met als om derden zonder rechtspersoonlijkheid maakt daarbij geen verschil, nu alleen de aantallen fte's een rol spelen en juist op dat punt dubbeltellingen volgens de verklaringen zijn uitgesloten. Voor zover de opgegeven hoge aantallen fte's al twijfel deden ontstaan over de aanwezigheid van eventuele verboden (interne) dubbeltellingen heeft de Staat die twijfel met de opgevraagde beschikbaarheidsverklaringen en bevestiging per email naar voorlopig oordeel van het hof dan ook voldoende geëcarteerd. Zonder nadere concretisering of onderbouwing van de dienaangaande kennelijk bij Centric nog steeds bestaande twijfel, die door Centric niet is gegeven, kan van de Staat in redelijkheid niet worden verwacht dat hij een verder gaand onderzoek naar eventuele interne dubbeltellingen verricht dan hij met behulp van de door de inschrijvers zelf gedane opgaves en afgegeven verklaringen heeft gedaan. Aldus heeft de Staat naar voorlopig oordeel van het hof genoegzaam geverifieerd dat van verboden (interne) dubbeltellingen bij Atos Origin en ABC geen sprake is (geweest). Een en ander betekent dat de voorzieningenrechter de onderhavige aanbestedingsprocedure naar voorlopig oordeel van het hof ten onrechte op die grond strijdig heeft bevonden met het transparantiebeginsel en onrechtmatig jegens Centric. In het slagen van de daartegen gerichte grieven van de Staat en ABC ligt besloten dat de incidentele grief van Centric faalt.

19. ABC heeft in dit verband nog een beroep gedaan op de ongeldigheid van de inschrijving van Centric, nu blijkens het handelsregister onjuist is dat zij op het moment van de inschrijving 5.494 fte in dienst had, zoals zij bij haar inschrijving had vermeld. Het ontbreekt het hof echter aan de noodzakelijke feitelijke gegevens om daarover in dit stadium te oordelen, terwijl nader onderzoek op dat punt het kader van dit kort geding te buiten gaat. Voorshands is het hof met de Staat van oordeel dat de Staat bij de toetsing van de wensen 1.2 en 6 terecht is afgegaan, en ook heeft mogen afgaan, op de door Centric ter zake afgegeven Eigen Verklaring, waarin is opgenomen dat Centric kon beschikken over totaal 8.244 fte ICT-specialisten, inclusief de niet eigen werknemers.

20. Gelet op het vorenoverwogene hebben de Staat en ABC geen belang meer bij een bespreking van hun overige grieven. Het hof is van oordeel dat de Staat in het bestreden vonnis ten onrechte is geboden de aanbesteding te staken en bij eventuele heraanbesteding de wensen 1.2 en 6 niet langer te hanteren. Dit vonnis zal dan ook worden vernietigd. Met het stranden van de incidentele grief van Centric is haar primaire vordering evenmin toewijsbaar. Aangezien ABC zich geheel heeft geconformeerd aan het door de Staat in deze procedures ingenomen standpunt dat Centric niet en ABC wél behoort tot de voor gunning geselecteerde bedrijven en de Staat kennelijk blijft bij zijn voornemen de opdracht (mede) aan ABC te gunnen bestaat thans geen aanleiding de Staat alsnog tot het laatste te veroordelen, zoals ABC in het kader van haar zevende grief nog aan de orde heeft gesteld. Als de in beide procedures in het ongelijk gestelde partij zal Centric worden veroordeeld in de in beide instanties gemaakte proceskosten van zowel de Staat als ABC. Tot die kosten behoren de nakosten.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen Centric als eiseres, de Staat als gedaagde en ABC als tussenkomende partij gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 10 september 2010;

en opnieuw rechtdoende:

- wijst het door Centric gevorderde alsnog af;
- wijst de vordering van ABC als tussenkomende partij tegen de Staat af;
- gelast de terugbetaling aan de Staat van het bedrag dat hij bij wege van proceskosten op grond van voormeld vonnis aan Centric heeft voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf

de dag der betaling tot aan de dag der integrale restitutie;

- veroordeelt Centric in de kosten van de gedingen in eerste aanleg en in hoger beroep:

1) aan de zijde van de Staat voor de eerste aanleg begroot op € 263,- aan griffierecht en op € 816,- aan salaris advocaat, in het principaal appel tot op heden begroot op 2 x € 314,- + € 87,93 aan verschotten en op € 2.682,- aan salaris advocaat en in het incidenteel appel op € 1.341,- aan salaris advocaat, deze bedragen (totaal: € 5.817,93) te betalen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, bij gebreke waarvan Centric over deze bedragen de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW zal zijn verschuldigd met ingang van de dag volgende op die waarop deze termijn van veertien dagen zal zijn verstreken; 2) aan de zijde van ABC voor de eerste aanleg begroot op € 263,- aan griffierecht en op € 816,- aan salaris advocaat, in het principaal appel tot op heden begroot op 2 x € 314,- + € 73,89 aan verschotten en op € 2.682,- aan salaris advocaat en in het incidenteel appel op € 1.341,- aan salaris advocaat, deze bedragen (totaal: € 5.803,89) te betalen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, bij gebreke waarvan Centric over deze bedragen de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW zal zijn verschuldigd met ingang van de dag volgende op die waarop deze termijn van veertien dagen zal zijn verstreken; - verklaart dit arrest ten aanzien van de bovengenoemde kostenveroordelingen en de terugbetalingsverplichting uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.V. van den Berg, A.E.A.M. van Waesberghe en S.M. Evers en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 18 januari 2011 in aanwezigheid van de griffier.
