

LJN: BO9287, Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage , 378304 / KG ZA 10-1295

Datum uitspraak: 17-12-2010

Datum publicatie: 29-12-2010

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Kort geding

Inhoudsindicatie: Kort geding. Aanbesteding inhuur ICT-personeel en levering softwarelicenties e.d. ten behoeve van meerdere ministeries. Anders dan eiseres kennelijk meent betreft de aanbesteding niet een "nieuw" ICT-systeem. De Staat moet als één worden aangemerkt. Dus geen onderscheid tussen de diverse ministeries, ook al opereren zij in de (aanbestedings)praktijk veelal als zelfstandige onderdelen van de Staat. Uitvraag van personeel met expertise ten aanzien van een bepaald merk is gerechtvaardigd in de zin van artikel 23 lid 11 Bao.

Uitspraak

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: 378304 / KG ZA 10-1295

Vonnis in kort geding van 17 december 2010

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ORACLE NEDERLAND B.V.,
gevestigd te De Meern, gemeente Utrecht,
eiseres,
advocaat mr. R.H. Boekhorst te Amsterdam,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN,
(ministerie van Financiën, ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),
zetelend te 's-Gravenhage,
gedaagde,
advocaat mr. J.H.C.A. Muller te 's-Gravenhage.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als "Oracle" en "de Staat".

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 2 december 2010 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Het ministerie van Financiën (hierna "FIN"), het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna "SZW") en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna "VWS") - gezamenlijk ook wel aan te duiden als "de ministeries" - maken op dit moment gebruik van een eigen en van elkaar verschillend financieel administratief systeem.

1.2. Na een eerder gevolgde aanbestedingprocedure, maakt SZW sedert medio 2003 gebruik van een financieel administratief systeem gebaseerd op "SAP-software", dat wordt geëxploiteerd door de vennootschap SAP AG en haar groepsondernemingen, waaronder SAP Nederland B.V.

1.3. Oracle is een producent van, met SAP-software concurrerende, software. Haar producten zijn thans onder meer in gebruik bij de (gewezen) ministeries van Justitie, Buitenlandse Zaken en Landbouw en Visserij.

1.4. Op 17 juli 2010 is FIN, mede namens SZW en VWS, een Europese openbare

aanbestedingsprocedure gestart voor de inhuur van ICT-personeel en de levering, onderhoud en support van softwarelicenties, ten behoeve van het programma "3F", waarin de ministeries deelnemen. Op de aanbesteding is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ("Bao") van toepassing.

1.5. Het Beschrijvend Document vermeldt, voor zover hier van belang:

"(.....)

3.2. Achtergrond van de opdracht

De aanbestedende dienst is voornemens om het programma 3F in eigen beheer en regie uit te voeren. Daarbij zal gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst expertise en capaciteit worden ingehuurd ten behoeve van te verrichten werkzaamheden voor het programma 3F. Tevens zal er behoefte zijn aan levering, onderhoud en support van SAP licenties.

De samenwerking van de drie ministeries heeft ten doel een substantiële verbetering tot stand te brengen in de beheersing en uitvoering van de financiële administratie in ruime zin van de departementen. Door middel van het delen van kennis en resources moeten kwalitatieve procesverbeteringen en besparingen worden gerealiseerd in de ontwikkelings- en exploitatiekosten van de ondersteunende financiële systemen en de uitvoeringskosten van de verwerking van betalingen, facturen e.d.

(.....) Het ministerie van VWS heeft op basis van voorgaande punten in 2008 aan 12 ministeries verzocht tot welk niveau van samenwerking zij bereid waren. De voorkeur ging daarbij uit naar een modern financieel systeem. Uit deze vergelijking is het ministerie van SZW gekomen als het ministerie dat de voornoemde behoeften structureel ook zelf onderschreef. Andere ministeries beschikken niet over een passend modern financieel systeem, behorend bij de eisen en wensen van het ministerie van VWS (.....) Het ministerie van Financiën heeft zich bij VWS en SZW aangesloten op basis van dezelfde redenen.

(.....)

3.2.1 Aanpak & uitgangspunten

De aanpak van 3F is erop gericht op een beheersbare wijze de doelstellingen van het programma te realiseren. De belangrijkste uitgangspunten om die te bereiken zijn:

- de betrokken ministeries hebben zich expliciet uitgesproken vanuit beheersbaarheid van het programma de samenwerking beperkt te houden tot de drie ministeries in productie zijn en de aanpak te baseren op het verbouwen van het SZW-systeem. Wanneer de drie ministeries in productie zijn kan het aantal deelnemers worden verbreed door de nog op te richten verantwoordelijke organisatie.
- er is gekozen voor verbouwing van het SZW-systeem uit oogpunt van technische, doelmatige en bedrijfseconomische redenen.

- (.....)

- (.....) SZW heeft als een van de drie samenwerkende ministeries een ingericht SAP-systeem (SZW-systeem) dat door de verbouwing, voor het gebruik door de aanbestedende dienst in technische zin geschikt wordt gemaakt;

(.....)

Van belang voor het hergebruik/verbouwing van het SZW-systeem is dat SZW c.q. Staat der Nederlanden volledig eigenaar is van het ingerichte systeem. Daarmee zijn er geen belemmeringen ten aanzien van het hergebruik.

3.2.2 Hergebruik SZW-systeem

(.....)

In de aanpak van 3F dient het SZW-systeem geschikt gemaakt te worden voor het gebruik door 3 ministeries, waaronder SZW zelf.

Het generiek maken van het SZW-systeem gebeurt als volgt:

- een kopie van het huidige systeemlandschap van SZW wordt in een schone omgeving neergezet;
- vervolgens wordt dit systeem van een update voorzien, middels het inspoelen van SAP EhP4 inclusief SAP New General Ledger en wordt het systeem 'multi-company' ingericht;
- hierna wordt de in gebruik zijnde inrichting van het bestaande SZW-systeem gecontroleerd overgehaald en ontstaat het generieke 3Fsysteem.

(.....)

Tot slot is er ten aanzien van de exploitatie van het generieke 3F systeem behoefte aan de levering, onderhoud en support van SAP licenties. Inzake de invulling hiervan is er sprake van een separate opdracht, welke in het kader van deze aanbesteding in een apart perceel is ondergebracht.

3.3 Perceelindeling

In deze aanbesteding wordt de volgende perceelindeling gehanteerd:

PerceelOmschrijvingPerceel 1Inhuur van ICT-personeel voor het generiek maken, inrichten en applicatiebeheer van een gezamenlijk financieel administratief systeemPerceel 2Levering, onderhoud en support van SAP licenties

Waarbij Opdrachtgever voornemens is om:

- voor perceel 1 drie Raamovereenkomsten te gunnen, waarin de voorwaarden en tarieven worden vastgelegd. Het hierbij te hanteren gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving, op basis waarvan de drie beste Inschrijvers worden geselecteerd.
 - voor perceel 2 één Raamovereenkomst te gunnen, waarin de voorwaarden en prijsstelling(en) worden vastgelegd. Het hierbij te hanteren gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving, op basis waarvan de beste Inschrijver wordt geselecteerd.
- (.....)

De inschrijvingstermijn sluit op dinsdag 3 augustus 2010 om 12.00 uur.

(.....)"

1.6. Oracle heeft niet ingeschreven op de aanbesteding. Bij brief van 6 augustus 2010 heeft zij de ministeries gesommeerd de aanbesteding te staken omdat deze strijdig is met het aanbestedingsrecht. De ministeries hebben daaraan geen gevolg gegeven. Partijen hebben afgesproken dat Oracle eerst na het gunningsbesluit een eventueel kort geding aanhangig zal maken, waarbij de rechtmatigheid van de aanbesteding aan de orde wordt gesteld. Bij brief van 26 augustus 2010 heeft de Staat nog wel gereageerd op de brief van Oracle van 6 augustus 2010.

1.7. Op perceel 1 hebben zes partijen ingeschreven. De Staat is voornemens dat perceel te gunnen aan IBM Nederland B.V. en Cap Gemini Nederland B.V.

1.8. Op perceel 2 is alleen ingeschreven door SAP Nederland B.V., die als enige onderneming beschikt over de intellectuele eigendomsrechten om de uitgevraagde licenties te kunnen leveren. Omdat haar inschrijving afweek van de uitvraag zal het perceel niet aan haar worden gegund op basis van de (tot dusver) gevoerde procedure. De ministeries zullen de betreffende opdracht echter alsnog aan SAP Nederland B.V. verstrekken door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht conform artikel 31 lid 1 sub b Bao.

2. Het geschil

2.1. Na wijziging van eis vordert Oracle, zakelijk weergegeven:

primair:

- de Staat te verbieden de raamovereenkomsten die voorwerp zijn van de onderhavige aanbesteding te gunnen;
- de Staat te gebieden de aanbesteding met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden;
- de Staat te gebieden dat, voor zover de ministeries gezamenlijk een financieel administratief systeem willen realiseren, zulks geschiedt in overeenstemming met het aanbestedingsrecht, in het bijzonder door de aanbesteding niet te beperken tot, of anderszins toe te schrijven naar SAP;

subsidiar:

- een in goede justitie te treffen voorziening;

primair en subsidiar:

- veroordeling van de Staat in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente en nakosten.

2.2. Naast de hiervoor vermelde feiten voert Oracle daartoe - samengevat - het volgende aan. De ministeries willen in de toekomst gebruik gaan maken van één financieel administratief systeem. Op zichzelf is dat toelaatbaar, maar de door hen gekozen weg daartoe deugt niet. De ministeries hebben namelijk besloten tot hergebruik en uitbreiding van het systeem dat SZW in 2003 (na een aanbesteding) in gebruik heeft genomen en dat is gebaseerd op SAP-software. Daarmee maken zij op voorhand een keuze voor SAP. Op verschillende plaatsen in het Beschrijvend Document wordt SAP-technologie en SAP-expertise ook dwingend voorgeschreven. Als gevolg van een en ander is iedere andere producent van software bij voorbaat uitgesloten van mededinging en staat de inschrijving alleen open voor dienstverleners die SAP-software kunnen leveren en beschikken over SAP-

expertise. Bij deze stand van zaken heeft Oracle dan ook moeten constateren dat zij op voorhand kansloos is, en heeft zij van inschrijving afgezien. Door het stellen van al die "SAP-vereisten" wordt het, in het aanbestedingsrecht geldende, fundamentele beginsel van gelijke behandeling geschonden. Daar komt bij dat zowel Richtlijn 2004/18/EG als het Bao zich ertegen verzetten dat een bepaald fabrikaat c.q. merk wordt voorgeschreven, zoals in de onderhavige aanbesteding het geval is. Bovendien is - anders dan het voorwerp van de aanbesteding doet vermoeden - geen sprake is van "verbouwing", maar van (volledige) "nieuwbouw", hetgeen met name het geval is voor wat betreft FIN en VWS, die tot nu toe met een niet op SAP-software gebaseerd systeem werken. De aanbesteding had functioneel moeten worden omschreven, zodat ook Oracle had kunnen inschrijven. Oracle heeft al in een vroeg stadium geprotesteerd tegen de gang van zaken, maar de ministeries weigeren de aanbesteding te staken.

2.3. De Staat heeft de vorderingen van Oracle gemotiveerd bestreden. Voor zover nodig zal zijn verweer hierna worden besproken.

3. De beoordeling van het geschil

Vooraf

3.1. De in de onderhavige procedure door Oracle aangevallen aanbestedingsprocedure bestaat uit twee percelen. Hoewel de bezwaren van Oracle zich tegen beide percelen richten en elkaar grotendeels overlappen, zal de voorzieningenrechter uit praktisch oogpunt beide percelen hieronder afzonderlijk beoordelen.

Met betrekking tot perceel 1

3.2. Vooropgesteld wordt dat in beginsel uitsluitend de aanbestedende dienst het voorwerp van de opdracht (de uitvraag) en de reikwijdte ervan kan bepalen. In zoverre zijn de toetsingsmogelijkheden voor de rechter uiterst beperkt.

3.3. De ministeries hebben na ampel onderzoek besloten op financieel administratief gebied hun krachten te bundelen en met het oog daarop gebruik te gaan maken van één ICT-systeem. Om hen moverende redenen hebben zij ervoor gekozen om daarbij gebruik te gaan maken van het systeem dat SZW sedert 2003 toepast. Dat systeem is gebaseerd op SAP-software, ten aanzien waarvan SZW over de vereiste gebruiks- en licentierechten beschikt. Alvorens over te kunnen gaan tot de gezamenlijke ingebruikneming van dat systeem moeten daaraan nog wel de nodige aanpassingen worden verricht ("generiek maken"), zoals het voorzien van een update en het 'multi-company' inrichten ervan.

3.4. Met het oog daarop hebben de ministeries door middel van de onderhavige aanbesteding in perceel 1 uitgevraagd de "Inhuur van ICT-personeel voor het generiek maken, inrichten en applicatiebeheer van een gezamenlijk financieel administratief systeem". Daarmee betreft het voorwerp van die aanbesteding - anders dan die van SZW in 2003 en anders dan waarvan Oracle lijkt uit te gaan - uitdrukkelijk niet een nieuw ICT-systeem, maar slechts het inhuren van ICT-personeel dat nodig is voor het "verbouwen" (aanpassen) van het SZW-systeem, opdat het door de ministeries in gebruik kan worden genomen. Daaraan doet in aanbestedingsrechtelijke zin niet af het dat het systeem tot dusver enkel werd gebruikt door SZW en dat het voor wat betreft FIN en VWS zou kunnen worden aangemerkt als een "nieuw" systeem. Het systeem, inclusief software, behoort (functioneel) toe aan SZW en daarmee aan de Staat. In het aanbestedingsrecht moet de Staat immers als één worden aangemerkt. Dit volgt ook uit de Richtlijn 2004/18/EG en het Bao, die in situaties zoals hier aan de orde alleen de Staat als aanbestedende dienst aanmerken, en niet (ook) één of meer van de ministeries die met de uitvoering van diens taken en beleid is/zijn belast. De voorzieningenrechter ziet dan ook geen aanleiding om in casu onderscheid te maken tussen één of meer ministeries, ook al opereren deze in de (aanbestedings)praktijk veelal als zelfstandige onderdelen van de Staat.

3.5. In het licht van het voorgaande valt niet in te zien dat de ministeries zouden handelen in strijd met (enige bepaling uit) het aanbestedingsrecht door, met het oog op de voorgenomen samenwerking van de ministeries, het reeds aan de Staat toebehorende SAP-systeem te "verbouwen" en dat zij gedwongen zouden moeten worden een nieuwe, functioneel omschreven, aanbesteding uit te schrijven betreffende het door hen in gebruik te nemen ICT-systeem. Daaraan doet niet af (het antwoord op) de vraag of sprake is van een zeer beperkte uitbreiding van het systeem.

3.6. Het voorgaande brengt verder mee dat de door de ministeries - in perceel 1 - gestelde eis dat het betreffende ICT-personeel expertise moet hebben met SAP-software hier gerechtvaardigd is in de zin van artikel 23 lid 11 Bao. Die expertise is immers onontbeerlijk voor de verbouwing van het, op SAP-

software gebaseerde, SZW-systeem. De omstandigheid dat de in artikel 23 lid 12 onder b voorgeschreven woorden "of gelijkwaardig" niet zijn toegevoegd aan de gestelde "SAP-eisen", maakt het voorgaande niet anders, reeds omdat Oracle - daarnaar gevraagd - op de zitting heeft aangegeven het ontbreken van die woorden niet relevant te vinden. Van schending van het fundamentele beginsel van gelijke behandeling is onder de gegeven omstandigheden dan ook geen sprake. Het perceel richt zich niet op producenten van ICT-software, zoals Oracle en SAP-vennootschappen. Een tot de SAP-groep behorende onderneming heeft daarop ook niet ingeschreven.

Met betrekking tot perceel 2

3.7. Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot perceel 1, treffen ook de bezwaren van Oracle tegen de uitvraag - in perceel 2 - van de "Levering, onderhoud en support van SAP licenties" geen doel. Door de ingebruikneming van het "verbouwde" systeem ontstaat de behoefte aan de levering, onderhoud en support van (uitsluitend) SAP-licenties; andere (merk)licenties zijn immers onverenigbaar met het generieke 3F-systeem. De voorzieningenrechter slaat daarbij nog geen acht op het feit dat de Staat niet zal overgaan tot gunning van perceel 2 op basis van de tot dusver gevoerde aanbestedingsprocedure.

Afronding

3.8. Op grond van het bovenstaande zullen de vorderingen van Oracle worden afgewezen.

3.9. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Oracle - zoals verzocht uitvoerbaar bij voorraad en vermeerderd met de wettelijke rente - worden veroordeeld in de proceskosten.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het gevorderde af;
- veroordeelt Oracle in de proceskosten, tot op dit vonnis aan de zijde van de Staat begroot op € 1.376,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 560,-- aan griffierecht, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na het wijzen van dit vonnis;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.A. Koppen en in het openbaar uitgesproken op 17 december 2010.

jvl
