

JAAN 2017/3 Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten, 25-11-2016, KG 2016/118,
 ECLI:NL:OGEAM:2016:80 Abnormaal lage inschrijving, Recht van Sint Maarten,
 Gunningscriteria, Wijziging gunningscriteria

Publicatie	JAAN 2017 afl. 1
Publicatiedatum	30 januari 2017
College	Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten
Uitspraakdatum	25 november 2016
Rolnummer	KG 2016/118 LJN ECLI:NL:OGEAM:2016:80
Rechter(s)	mr. Van Rijen
Partijen	de vennootschap naar Oostenrijks recht VAMED ENGINEERING GMBH & CO KG, gevestigd te Wenen, Oostenrijk, eiseres, gemachtigde: mr. T.L.H. Peeters tegen het zelfstandig bestuursorgaan UITVOERINGSORGAAN SOCIALE EN ZIEKTEKOSTENVERZEKERINGEN, gevestigd te Sint Maarten, gedaagde, gemachtigde: mr. A.A. Jurgens-Boot.
Noot	mr. T. van Wijk en mr. drs. F.J.J. Cornelissen
Trefwoorden	Abnormaal lage inschrijving, Recht van Sint Maarten, Gunningscriteria, Wijziging gunningscriteria,
Regelgeving	Comptabiliteitslandsverordening - 47 lid 1 BW Sint Maarten - 6:248, art. 3:12, art. 3:14

Samenvatting

Het Uitvoeringsorgaan Sociale en Ziektekostenverzekeringen (SZV) heeft op 12 april 2016 een 'Request for Information for the pre-selection of DBM contractor for the new Sint Maarten hospital project' gepubliceerd. Op 11 mei 2016 heeft SZV de Tender Instructions bekend gemaakt. Bij e-mail van 6 augustus 2016 bericht de project manager van de projectorganisatie aan Vamed Engineering GMBH & CO KG (Vamed) dat zij is geïndigd op de derde plaats, INSO heeft de aanbesteding gewonnen.

Beoordelingskader

Partijen zijn het erover eens dat het recht van Sint Maarten op de aanbestedingsprocedure van toepassing is. Het recht van Sint Maarten kent geen specifieke wetgeving op dit gebied, behoudens artikel 47 lid 1 Comptabiliteitslandsverordening.

Artikel 47 lid 1 Comptabiliteitslandsverordening luidt als volgt: 'De uitvoering van werken, en het inkopen van goederen of diensten door het Land wordt in het openbaar aanbesteed.' SZV kan niet worden gelijk gesteld aan het Land. In dit kort geding is echter overheersend duidelijk geworden dat er sprake is van een landsbelang, vandaar dat het Land door middel van zijn Minister van Volksgezondheid, Sociale Ontwikkeling en Arbeid nauw betrokken is bij de inhoudelijke kant van de aanbesteding en dat het Land aan SZV opdracht heeft gegeven deze aanbesteding te

initiëren. Aldus geldt ook voor SZV artikel 3:14 BW waarin is vermeld dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

Tussen Vamed en SZV is door de aanbestedingsprocedure een rechtsverhouding naar burgerlijk recht tot stand gekomen, namelijk een overeenkomst met allerhande uitgewerkte afspraken tussen partijen, kort gezegd, over hoe de bidders hun biedingen kenbaar moeten maken en hoe deze worden beoordeeld door SZV. Aldus is artikel 6:248 BW van toepassing en dus ook de algemene regels die op rechtshandelingen van toepassing zijn, zoals artikel 3:12 BW. Het Gerecht overweegt dat arresten gewezen op grond van EU wetgeving niet van toepassing zijn op Sint Maarten omdat Sint Maarten geen onderdeel is van de EU. Indien door de Hoge Raad arresten op het gebied van aanbestedingsrecht zijn gewezen die onder het bereik van artikelen 6:248, 3:12 en 3:14 BW en artikel 47 lid 1 Comptabiliteitslandsverordening kunnen worden gebracht kan het Gerecht deze toepassen, temeer nu de rechtsstelsels van Nederland en Sint Maarten zeer verwant zijn.

Rechtsverwerking

Het Gerecht overweegt dat voor rechtsverwerking noodzakelijk is dat er sprake van stilzitten en omstandigheden waardoor bij de schuldenaar (SZV) het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser (Vamed) zijn aanspraak niet meer geldend zou maken of dat de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.

Dat Vamed akkoord is gegaan met de Tender Instructions en geen vragen heeft gesteld over de te hanteren beoordelings- en gunningssystematiek is voor de beoordeling of sprake is van rechtsverwerking niet van belang. De klachten van Vamed over de in haar ogen onterechte gunning aan INSO kunnen uit de aard van de zaak pas na de gunningsbeslissing van SZV ontstaan.

Vamed heeft gebruik gemaakt van de in de Tender Instructions voorziene bezwaarmogelijkheid en SZV zelf heeft daar pas voor het laatst op 18 september 2016 inhoudelijk op gereageerd door het bezwaar af te wijzen. Een dag later was onderhavig verzoekschrift bij het Gerecht ingediend. Aldus is geen sprake van stilzitten en evenmin van opgewekt vertrouwen zijdens SZV in voormelde zin. Evenmin is de omstandigheid dat INSO op 19 september 2016 heeft gecontracteerd met SMMC van belang. SZV heeft zichzelf namelijk in die positie gemanoeuvreerd door kennelijk haar rechten aan SMCC over te dragen terwijl zij wist van de inhoudelijke bezwaren van Vamed in de bezwaarprocedure die SZV zelf eerst op 18 september 2016 als beëindigd beschouwde. De overeenkomst tussen INSO en SMMC kan op geen enkele wijze aan Vamed worden tegengeworpen.

Grossman verweer

Naar eigen opvatting van SZV echter zijn de regels van EU aanbestedingsrecht en dus ook het Grossmann-arrest niet van toepassing. Desalniettemin overweegt het Gerecht dat SZV niet, althans onvoldoende, uitlegt welke bezwaren door Vamed gaande de aanbestedingsprocedure hadden moeten worden geuit en waarom Vamed daarmee kennelijk te laat was in de bezwaarfase.

Abnormaal lage inschrijving

Hoewel de clause in de Tender Instructions die SZV het recht geeft om een abnormaal laag bod uit te sluiten een aan SZV toekomende discretionaire bevoegdheid oplevert is het denkbaar dat het niet gebruik maken van deze bevoegdheid in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid en/of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de zin van artikel 3:14 BW. De zorgvuldigheid en de transparantie van het aanbestedingsproces komen immers in het gedrang als de aanbesteder met een onwaarschijnlijk lage prijs de aanbesteding wint en dan moet de aanbesteder ingrijpen.

Het Gerecht acht in dit verband van belang dat door SZV niet tot nauwelijks inzicht wordt verschaft hoe het nu kan dat de vierkante meterprijs van INSO zo ruim afwijkt van die van de beide andere aanbesteders, van de door Vamed

in het geding gebrachte opinies van gespecialiseerde ingenieursbureaus maar ook van een aanbesteding door SMMC uit 2009. SZV volstaat met verwijzing naar de Tender Instructions en de zorgvuldige beoordeling van het door haar aangewezen panel. Hetzelfde doet zij in de kwestie van de onderhoudskosten.

Gelet op de grote afwijking van de vierkante meterprijs en de onderhoudskosten is een dergelijke verwijzing niet voldoende. Daarvoor zijn de verschillen op het eerste oog al te extreem. Van SZV als overheidsaanbesteder had een dergelijke uitleg wel mogen worden verwacht. Het Gerecht oordeelt dat hierdoor het zwaarwegende vermoeden is ontstaan van een abnormaal lage inschrijving.

Onder deze omstandigheden is in dit kort geding bepaald niet uit te sluiten dat INSO toerekenbaar tekort zal schieten in de uitvoering van de aannemingsovereenkomst. Jegens Vamed heeft het Land dus gehandeld in strijd met de contractuele beginselen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door hierover geen uitleg te geven en, ondanks de tijdig geuite bezwaren, de aanbesteding zonder verdere uitleg aan INSO te gunnen. Dit brengt het Gerecht tot de conclusie dat er reden genoeg is om SZV thans te verbieden uitvoering te geven aan de gunningsbeslissing ten gunste van INSO.

De winnende inschrijving voldoet niet aan alle eisen

Uit de motivering namens SZV in de bezwaarfase blijkt dat INSO een ontwerp van een vergelijkbaar ziekenhuis heeft verstrekt en niet een ontwerp dat is afgestemd op de locatie waar het huidige ziekenhuis staat, zoals door de Tender Instructions voorgeschreven. Naar voorlopig oordeel van het Gerecht leidt dit tot de conclusie dat SZV als aanbesteder een ander ontwerp heeft geaccepteerd dan hetgeen is verzocht in de Tender Instructions. Dit betekent een wijziging achteraf van de gunningscriteria, hetgeen niet is toegestaan op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel dat SZV jegens de bidders in acht dient te nemen.

Namens SZV is in de bezwaarprocedure geschreven dat 'All bids were assessed as being compliant on a general level as can be expected of a conceptual design (as required). Given the stage of the Project this is in line with our expectations.' Dit gaat over alle drie de inschrijvingen zodat niet zonder meer gezegd kan worden dat uit deze zinsnede volgt dat de biedingen onderling verschillend werden beoordeeld.

Uit de e-mail van 24 augustus 2016 volgt dat SZV genoegen neemt met later aan te leveren offertes waaruit blijkt dat SZV INSO niet heeft gehouden aan de Tender Instructions. Dit betekent dat ook dit een wijziging achteraf is van gunningscriteria ten gunste van INSO waardoor Vamed wordt benadeeld.

Beslissing

Het Gerecht zal SZV verbieden direct of indirect met INSO een overeenkomst te sluiten strekkende tot de bouw van het ziekenhuis, althans de inmiddels gesloten overeenkomsten uit te voeren, dan wel haar medewerking daaraan te verlenen. Dit zal met, te maximeren, dwangsommen worden gesanctioneerd.

Uitspraak

1 Het verloop van de procedure

1.1. Het Gerecht heeft kennis genomen van de volgende processtukken:

1. verzoekschrift met producties d.d. 19 september 2016,
2. nagekomen producties van Vamed,
3. producties van SZV,
4. pleitnota van mr. Peeters,
5. pleitnota van mr. Jurgens-Boot.

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 8 november 2016. Namens Vamed zijn verschenen G. Höllinger en P. Sörenson alsmede mr. Peeters voormeld. Namens SZV is verschenen E. Felici, mr. Bossers, mr. Veen en mr. Jurgens-Boot voormeld. De griffier heeft van het verhandelde aantekening gehouden.

1.3. Vonnis is bepaald op heden.

2 De vaststaande feiten

2.1. Vamed exploiteert een onderneming met hoofdvestiging in Oostenrijk. Zij richt zich onder andere op het bouwen en onderhouden van ziekenhuizen over de hele wereld.

2.2. Krachtens de Landsverordening Uitvoeringsorgaan Sociale en Ziektekosten Verzekeringen (hierna: LUSZV) is SZV een zelfstandig bestuursorgaan. Artikel 3 onder a tot en met h LUSZV bepaalt, kortweg, dat SZV belast is met alles omtrent de uitvoering van sociale of ziektekostenverzekeringen of verzekeringen met een overwegend sociaal karakter. Onder i en j is vermeld dat SZV ook andere werkzaamheden opgedragen kan krijgen door de Minister van Volksgezondheid, Sociale Ontwikkeling en Arbeid (hierna: Minister VSA).

2.3. SZV heeft op 12 april 2016 een "Request for Information for the pre-selection of DBM contractor for the new Sint Maarten hospital project" gepubliceerd. DBM staat voor: Design, Build, Maintenance (hierna: DBM). Het ziekenhuis wordt hierna aangeduid als SMMC, hetgeen staat voor Sint Maarten Medical Center.

2.4. In dit Request is onder andere vermeld:

"SZV is the largest client of the SMMC."

"SZV has the intent (sic, GEA) to develop the New Hospital (hereafter the Project) by selecting a contractor (or a consortium) for:

i. the Design and Build of the New Hospital;

ii. the demolition of the existing hospital;

iii. the delivery and installing of the required medical equipment, furniture and IT equipment and network;

iv. the maintenance of the New Hospital and (medical) equipment, furniture IT for a period of 10 years plus two optional extensions of 5 year each;

v. to finance the New Hospital (optional)."

"2.3. Project organization

SZV is the principal for the Contractor. The Project will be managed by a Building team consisting, amongst others, of various representatives of the Tripartite (SZV, SMMC, and VSA), a financial advisor (KPMG), a legal advisor (Jeroen Veen) and a technical advisor (Royal HaskoningDHV). The project manager (hereafter the Project Manager) of the Building Team is Henk de Zeeuw of KPMG Corporate Finance, St. Maarten."

2.5. Op 11 mei 2016 heeft SZV de Tender Instructions bekend gemaakt.

2.6. In deze Tender Instructions is onder andere vermeld onder 2.2. "Scope of the Project":

" Green field

During the preparation of this Project, an evaluation of an alternative location for the construction of the New Hospital has been executed. Based on this evaluation, including an extensive risk evaluation, there are certain pro's and contra's for the Green field options versus the option to build on the same location. As some of those risks are beyond the control of SZV and time is an important factor for this Project, it has been decided by SZV to proceed with

the construction of the New Hospital on the existing location. However, there is still a small chance that some of those risks for the Green field could be mitigated before signing the DBM contract.

Therefore, SZV reserves the right to request the winning Candidate, before signing (sic, GEA) the DBM contract, to adjust his contract sum based on the Green field option, if such Green field becomes available. If this request will materialize, the winning candidate will be entitled to a reasonable compensation to adjust the DBM Tender, as to be agreed up front between the SZV and the winning candidate.”

2.7. Onder 2.7. “*Timeline and milestones*” is vermeld dat het contract met de partij die de aanbesteding wint op 31 augustus 2016 zal worden ondertekend.

2.8. Artikel 3.1. van de Tender Instructions bepaalt onder andere:

“Objection period

Every candidate will receive its own scoring (reference is made to the section 4. Awarding process) for its submission including the overall ranking. Although SZV is of the opinion that the Tender process is a transparent and professional process, a Candidate that is of the opinion that its score is demonstrably incorrect might file an Objection. This Objection should clearly motivate why the Candidate is of the opinion that his score is incorrect.”

2.9. Onder 4.1. van de Tender Instructions wordt bekend gemaakt dat SZV, SMMC, VSA, KPMG en Royal Haskoning DHV ieder individueel de inschrijving zullen beoordelen en daaraan punten zullen toekennen. Onder 4.2. worden de “*Evaluation criteria*” en de puntenschaal weergegeven met daarna uitvoerige uitleg over de inhoud van deze criteria.

2.10. Onder 4.2.1. “*Price*” is onder andere vermeld:

“ Medical equipment and installations: a subdivision is made for equipment in category 1 and equipment in category 2. The categories correspond with the Medical Equipment list in Appendix 3.

Category 1: Medical equipment is defined by quantities and specification.

Category 2: Medical equipment is only defined by quantities.

For Medical equipment it is requested to make a price for all equipment in both categories. Therefor it is requested to fill in Appendix 3 as well and define the supplier, type of equipment and price of single equipment for all category 1 equipment. For category 2 equipment it is only requested to fill in a provisional sum.

The result of the price for all category 1 and category 2 equipment as described in Appendix 3 needs to be summerized (sic, GEA) in the price breakdown in Appendix 2.”

“SZV receives the right to exclude a Candidate in case of an “abnormal low bid.”

2.11. Onder 4.2.2. “*Quality*” wordt dit begrip op pagina 23 met name als volgt uitgewerkt:

“Delvelop (sic, GEA) a design for the New Hospital which includes:

- Masterplan for the urban integration of the New Hospital in the existing environment. The masterplan includes at least a phasing plan, the flows, entrances of the terrain, logistic processes, parking solution (including number of parking places) and the flexibility of the building.”

2.12. Onder 5.2. “*Conditions*” komen onder andere de volgende passages voor:

“The stipulations for European Procurement are not applicable for this Tender Proses (sic, GEA). St. Maarten Law shall be applicable for the Tender process. The DBM contract shall be governed by the laws of St. Maarten.”

“The Tripartite reserves its right to change the contacting (sic, GEA) party from SZV to the hospital SMMC for the Medical Equipment.”

2.13. Vamed is akkoord gegaan met de Tender Instructions.

2.14. Op 18 juli 2016 heeft Vamed haar “bidding” bij de aangewezen notaris gedeponneerd.

2.15. Bij e-mail van 6 augustus 2016 bericht De Zeeuw aan Vamed dat zij is geëindigd op de derde plaats en dat zij de aanbesteding dus niet heeft gewonnen. De uitslag is als volgt:

1. INSO 165,4 punten

2 BAM/Philips 103,8 punten

3 VAMED 82,8 punten.

2.16. De Zeeuw legt uit dat Vamed 0 punten heeft gescoord op het criterium prijs, 61,8 punten op het criterium kwaliteit en 21,0 punten op het criterium financiering. Verder staat in deze e-mail:

“In addition to this scoring we provide the following feedback on some striking features of your proposal:

- *The Design&Build price of VAMED was over 20% above the lowest bid which resulted in 0 points in the scoring for Design & Construction costs;*
- *The maintenance price of VAMED was the highest and resulted in 0 points in the scoring for Maintenance costs;*
- *VAMED received a lower overall score on Quality, best evaluated elements were*
- *Urban Integration: master plan including parking solution, phasing and accessibility of the hospital*
- *Flows and logistic inside the building”*

2.17. Bij e-mail van 12 augustus 2016 maakt Vamed bezwaar de uitslag. Hierop reageert De Zeeuw per e-mail van 24 augustus 2016. Daarop reageert Vamed bij e-mail van 26 augustus 2016. Zij rappelleert De Zeeuw bij e-mail van 7 september 2016. Bij e-mail van 18 september 2016 reageert De Zeeuw. De afsluitende alinea luidt als volgt:

“We believe that, in line with normal and professional practice, we provided your client with sufficient answers based on their objections. Based on your objections and arguments, the Evaluation committee is of the opinion that there is no reason to adjust the outcome of the ranking. We therefore consider the objection period finalized.”

2.18. Op 19 september 2016 heeft Vamed haar verzoekschrift bij het Gerecht ingediend.

2.19. Ter zitting is door SZV een contract tussen SMCC en INSO getoond betreffende de bouw van het nieuwe ziekenhuis. Dit is ondertekend op 19 september 2016. Dit contract is niet in het geding gebracht.

3 De vorderingen en het verweer

3.1. Vamed verzoekt het Gerecht om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de volgende beslissingen te nemen:

“Primair

- *gedaagde te veroordelen de inschrijving van INSO althans van de partij aan wie gedaagde voornemens is te gunnen, ongeldig te verklaren op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*

- *gedaagde te verbieden de opdracht aan anderen dan eiseres te gunnen op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*
- *gedaagde te verbieden een overeenkomst die geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het voorwerp van deze aanbesteding met anderen dan eiseres aan te gaan, hetzij als directe contractspartij, hetzij indirect via een andere entiteit waarop zij geheel of gedeeltelijk invloed kan uitoefenen, op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*
- *gedaagde te verbieden uitvoering te geven aan een overeenkomst die geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het voorwerp van deze aanbesteding met anderen dan eiseres aan te gaan, hetzij als directe contractspartij, hetzij indirect via een andere entiteit waarop zij geheel of gedeeltelijk invloed kan uitoefenen, op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft.*

Subsidiar

- *Gedaagde te veroordelen de onderhavige aanbestedingsprocedure in te trekken op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*
- *gedaagde te verbieden de opdracht onder lopende aanbestedingsprocedure te gunnen op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*
- *gedaagde te verbieden een overeenkomst die geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het voorwerp van deze aanbesteding aan te gaan, hetzij als directe contractspartij, hetzij indirect via een andere entiteit waarop zij geheel of gedeeltelijk invloed kan uitoefenen, op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*
- *gedaagde te verbieden uitvoering te geven aan een overeenkomst die geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het voorwerp van deze aanbesteding aan te gaan, hetzij als directe contractspartij, hetzij indirect via een andere entiteit waarop zij geheel of gedeeltelijk invloed kan uitoefenen, op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft.*

Meer subsidiar

- *Gedaagde te verbieden een overeenkomst die geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het voorwerp van deze aanbesteding aan te gaan, hetzij als directe contractspartij, hetzij indirect via een andere entiteit waarop zij geheel of gedeeltelijk invloed kan uitoefenen, op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*
- *gedaagde te verbieden uitvoering te geven aan een overeenkomst die geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het voorwerp van deze aanbesteding aan te gaan, hetzij als directe contractspartij, hetzij indirect via een andere entiteit waarop zij geheel of gedeeltelijk invloed kan uitoefenen, op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van USD 10.000.000,-- althans een in goede justitie te bepalen dwangsom indien gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft; en;*

Primair en (meer) subsidiar

- Gedaagde te veroordelen in de kosten van deze procedure, een vergoeding van de kosten van rechtsbijstand daaronder begrepen, met bepaling dat indien deze kosten niet binnen twee weken na dagtekening van het vonnis zullen zijn voldaan gedaagde daarover zonder nadere sommatie wettelijke rente zal zijn verschuldigd."

3.2. SZV concludeert tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van Vamed in de proceskosten.

4 De beoordeling

Spoedeisend belang

4.1. Het spoedeisend belang is met de aard van de vorderingen gegeven.

Standpunten van partijen

4.2. Kort en zakelijk weergegeven legt Vamed in het verzoekschrift de volgende, op hoofdlijnen weer te geven, argumenten aan haar vorderingen ten grondslag:

primair:

a. de inschrijving van Inso is abnormaal laag,

b. de inschrijving van Inso voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen,

subsidiar:

de beoordeling heeft plaatsgevonden aan niet vooraf bekend gemaakte (sub)gunningscriteria, hetgeen in strijd is met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel;

de inschrijving van Vamed is onjuist en onbegrijpelijk beoordeeld;

de aanbestedingsprocedure voorziet in de mogelijkheid voor slechts één enkele inschrijver (te weten Inso) om over de voorwaarden van het contract te onderhandelen, hetgeen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel,

meer subsidiar:

SZV overschrijdt haar wettelijke taakstelling;

SZV wordt door het Land Sint Maarten gebruikt als een oneigenlijk vehikel waarbij de financiering niet plaatsvindt volgens de daarvoor geldende regels.

4.3. SZV betwist deze argumenten gemotiveerd.

Beoordelingskader

4.4. Partijen zijn het erover eens dat het recht van Sint Maarten op de aanbestedingsprocedure van toepassing is. Het recht van Sint Maarten kent geen specifieke wetgeving op dit gebied, behoudens artikel 47 lid 1 van de Comptabiliteitslandsverordening.

4.5. SZV stelt dat uit de tenderdocumentatie "zeer helder" blijkt dat de aanbestedingsregels en daarmee ook de algemene beginselen van aanbestedingsrecht buiten toepassing zijn verklaard terwijl de Comptabiliteitslandsverordening evenmin van toepassing is. Het beoordelingskader van het Gerecht in deze volgens SZV "louter privaatrechtelijke kwestie" wordt dus uitsluitend beheerst door de beginselen van de redelijkheid en billijkheid, aldus SZV.

4.6. Hierover overweegt het Gerecht het volgende. Tussen Vamed en SZV is door de aanbestedingsprocedure een rechtsverhouding naar burgerlijk recht tot stand gekomen, namelijk een overeenkomst met allerhande uitgewerkte

afspraken tussen partijen, kort gezegd, over hoe de bidders hun biedingen kenbaar moeten maken en hoe deze worden beoordeeld door SZV.

4.7. Aldus is artikel 6:248 BW van toepassing en dus ook de algemene regels die op rechtshandelingen van toepassing zijn, zoals artikel 3:12 BW: *“Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Sint Maarten levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.”*

4.8. Artikel 47 lid 1 van de Comptabiliteitslandsverordening luidt als volgt: *“De uitvoering van werken, en het inkopen van goederen of diensten door het Land wordt in het openbaar aanbesteed.”* Het Gerecht overweegt dat SZV niet kan worden gelijk gesteld aan het Land. In dit kort geding is echter overheersend duidelijk geworden dat er sprake is van een landsbelang; er dient een nieuw ziekenhuis te worden gebouwd voor de inwoners van Sint Maarten omdat het huidige ziekenhuis is verouderd. Vandaar dat het Land door middel van zijn Minister VSA nauw betrokken is bij de inhoudelijke kant van de aanbesteding en dat het Land, kennelijk op grond van de LUSZV, aan SZV opdracht heeft gegeven deze aanbesteding te initiëren.

4.9. Aldus geldt ook voor SZV artikel 3:14 BW waarin is vermeld dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit betekent dat ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de rechtsverhouding tussen SZV en Vamed van toepassing zijn en dat SZV als aanbesteder daaraan is gebonden.

4.10. Door partijen (SZV dus uitsluitend subsidiair) wordt verwezen naar verschillende arresten van de Hoge Raad en het Europese Hof van Justitie. Het Gerecht overweegt hierover dat een aantal van deze arresten is gewezen op grond van EU wetgeving die niet van toepassing is op Sint Maarten omdat Sint Maarten geen onderdeel is van de EU. De Hoge Raad is de hoogste civiele rechter van Sint Maarten. Het is te verwachten dat, als deze zaak in cassatie zou worden beoordeeld, de Hoge Raad kijkt naar zijn eigen jurisprudentie inzake aanbestedingsrecht. Indien door de Hoge Raad arresten op het gebied van aanbestedingsrecht zijn gewezen die onder het bereik van artikelen 6:248, 3:12 en 3:14 BW en artikel 47 lid 1 Comptabiliteitslandsverordening kunnen worden gebracht kan het Gerecht deze toepassen, temeer nu de rechtsstelsels van Nederland en Sint Maarten zeer verwant zijn.

4.11. Anders dan SZV (onder 14 van haar pleitnota) aanvoert leiden de Tender Instructions niet tot de conclusie dat SZV de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht heeft uitgesloten, zoals bedoeld in het KLM-arrest van de Hoge Raad (HR 3 mei 2013:ECLI:NL:HR:2013:BZ2900). Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is geen sprake van een private aanbesteding in de zin van dit arrest maar van een overheidsaanbesteding, zodat dit arrest alleen hierom al niet opgaat. Bovendien staat in de Tender Instructions niet dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht worden uitgesloten. Wel staat er dat het recht van Sint Maarten van toepassing is en daarvan kunnen, gelet op voormelde wetsartikelen, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals die zich in de Nederlandse rechtspraak hebben ontwikkeld, wel degelijk deel uitmaken.

4.12. Hiermee zijn de verweren die SZV op grond van voormeld artikel 5.2. van de Tender Instructions voert voldoende besproken. Duidelijk is dat het Europees aanbestedingsrecht niet van toepassing is maar het recht van Sint Maarten wel.

Rechtsverwerking

4.13. SZV beroept zich erop dat Vamed haar rechten om in rechte op te komen tegen de beslissing de opdracht niet aan haar te gunnen heeft verwerkt. Zij stelt daartoe dat Vamed akkoord is gegaan met alle voorwaarden van de Tender Instructions en dat zij geen vragen heeft gesteld over de te hanteren beoordelings- en gunningssystematiek. Hierdoor is bij SZV het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat zij deze bezwaren niet meer zou opvoeren. Verder heeft Vamed te laat het kort geding aangevangen; dat had zij direct na de e-mail van SZV van 24 augustus 2016 moeten doen, temeer nu uit de Tender Instructions volgt dat op 31 augustus 2016 de contractsondertekening had moeten plaatsvinden. Onderhavig verzoekschrift is pas op 19 september 2016 ingediend. Bovendien heeft SZV haar rechten uit de overeenkomst met INSO inmiddels overgedragen aan SMMC zodat toewijzing van de vorderingen van Vamed betekent dat SZV wanprestatie zou plegen jegens SMMC. Deze verweren worden door Vamed inhoudelijk weersproken.

4.14. Het Gerecht overweegt dat voor rechtsverwerking noodzakelijk is dat er sprake van stilzitten en omstandigheden waardoor bij de schuldenaar (SZV) het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser (Vamed) zijn aanspraak niet meer geldend zou maken of dat de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken (HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827).

4.15. Dat Vamed akkoord is gegaan met de Tender Instructions en geen vragen heeft gesteld over de te hanteren beoordelings- en gunningssystematiek is voor de beoordeling of sprake is van rechtsverwerking niet van belang. De klachten van Vamed over de onterechte gunning aan INSO, in de zin van voormeld arrest, kunnen uit de aard van de zaak pas na de gunningsbeslissing van SZV ontstaan.

4.16. Zoals onder 2.17. is weergegeven heeft Vamed gebruik gemaakt van de in de Tender Instructions voorziene bezwaarmogelijkheid en heeft SZV zelf daar pas voor het laatst op 18 september 2016 inhoudelijk op gereageerd door het bezwaar af te wijzen. Een dag later was onderhavig verzoekschrift bij het Gerecht ingediend. SZV wist dus van het bezwaar van Vamed en Vamed mocht wachten tot dit bezwaar was afgewikkeld voordat zij naar de rechter zou stappen, hetgeen zij prompt heeft gedaan. Aldus is geen sprake van stilzitten en evenmin van opgewekt vertrouwen zijdens SZV in de zin van voormeld arrest. Evenmin is de omstandigheid dat INSO op 19 september 2016 heeft gecontracteerd met SMMC van belang. SZV heeft zichzelf namelijk in die positie gemanoeuvreerd door kennelijk haar rechten aan SMCC over te dragen terwijl zij wist van de inhoudelijke bezwaren van Vamed in de bezwaarprocedure die SZV zelf eerst op 18 september 2016 als beëindigd beschouwde. Dat tussen INSO en SMMC inmiddels een overeenkomst tot stand is gekomen kan dan ook op geen enkele wijze aan Vamed worden tegengeworpen.

“Grossmann verweer”

4.17. Met deze term verwijst SZV naar jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie op grond van EU regels betreffende aanbestedingsrecht. Uit het Grossmann-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93) moet worden afgeleid dat van een deelnemer aan een aanbesteding een proactieve houding mag worden verwacht. Daarmee wordt voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd en daarmee wordt bewerkstelligd dat eventuele omissies in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Daarmee is niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) deelnemers omdat voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een procedure die niet aan eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin dient van een gegadigde te worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure.

4.18. Naar eigen opvatting van SZV echter zijn de regels van EU aanbestedingsrecht en dus ook het Grossmann-arrest niet van toepassing (zie onder 4.5.). Desalniettemin overweegt het Gerecht hierover het volgende. SZV legt niet, althans onvoldoende, uit waarop zij dit verweer baseert. Zij zegt namelijk niet welke bezwaren door Vamed gaande de aanbestedingsprocedure hadden moeten worden geuit en waarom Vamed daarmee kennelijk te laat was in de bezwaarfase. Ook dit verweer gaat dus niet op.

Abnormaal lage inschrijving

4.19. Kort en zakelijk weergegeven voert Vamed aan dat de door INSO aangeboden prijs voor het ontwerpen en bouwen van een compleet ziekenhuis USD 59.578.655,00 bedraagt. De prijs van Vamed is USD 80.149.443,00 en de prijs van BAM/Philips is USD 138.000.000,00. De vierkante meter prijs van INSO ligt ver onder internationale bench marks. INSO: USD 4.011,00 per vierkante meter en de benchmarks komen uit op USD 5.000,00 tot 6.000,00 per vierkante meter. In opdracht van Vamed heeft het Amerikaanse bureau Rider Levett Bucknall een berekening toegespitst op de situatie in Sint Maarten gemaakt: USD 6.994 per vierkante meter. In 2009 had SMMC het zelf ook al een keer laten uitrekenen: toen was het USD 4.871 per vierkante meter, zoals blijkt uit haar jaarverslag. In de bezwaarprocedure heeft Vamed dit aan SZV voorgelegd maar SZV weigert inzage te geven in haar prijsinschatting, anders dan dat zij stelt dat zowel INSO als Vamed binnen de prijsrange bleven, hetgeen dus neerkomt op een variatie van meer dan 25%, kennelijk zonder dat SZV het nodig vond hierover vragen te stellen aan INSO. Min of

meer hetzelfde geldt voor de onderhoudskosten die ook abnormaal laag zijn (Vamed: USD 102.955.560,00, BAM/Philips USD 97.704.390,00 en INSO: USD 45.600.843,00 per jaar). Vamed is bevreesd dat INSO extreem laag heeft geoffreerd zodat zij de aanbesteding zou winnen om in het kader van contractsonderhandelingen en meerwerk uiteindelijk een hogere aanneemsom te bewerkstelligen. Juist om deze reden heeft SZV in de Tender Instructions opgenomen dat een kandidaat uitgesloten mag worden indien er sprake is van een "abnormal low bid". Deze gang van zaken is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, aldus nog steeds Vamed.

4.20. Hiertegen voert SZV, kort en zakelijk weergegeven, het volgende aan. De clause in de Tender Instructions die SZV het recht geeft om een abnormaal laag bod uit te sluiten is geschreven ten gunste van de aanbesteder en niet voor een van de inschrijvers. Het is volgens vaste jurisprudentie dan ook de discretionaire bevoegdheid van SZV om wel of geen gebruik te maken van dit beding. Vamed mag zich daar niet op beroepen. INSO is een betrouwbare onderneming die veel ervaring heeft met het bouwen van ziekenhuizen in het Caribisch gebied. INSO had op bijna alle fronten een betere inschrijving verzorgd dan Vamed.

4.21. Het Gerecht stelt bij de beoordeling van deze stellingen voorop dat SZV als aanbesteder in beginsel een ruime discretionaire bevoegdheid heeft bij de beoordeling van de inschrijvingen, ook waar het gaat om de vraag of sprake is van een abnormaal lage inschrijving. Aangenomen moet worden dat een aanbieder niet aanvaardbaar is als op voorhand vaststaat dat die aanbieder na gunning aanstonds zal leiden tot toerekenbaar tekort schieten door de inschrijver. Hiervan kan sprake zijn als het gaat om zodanig lage tarieven dat de aanbesteder gegronde redenen heeft om te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een dumpprijs heeft aangeboden, teneinde letterlijk tegen elke prijs de opdracht te krijgen.

4.22. Naar voorlopig oordeel van het Gerecht heeft het volgende te gelden. SZV staat als aanbesteder tot de inschrijvers in een rechtsverhouding waarop, zoals gezegd, de redelijkheid en billijkheid alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Alhoewel voormelde clause in de Tender Instructions een aan SZV toekomende discretionaire bevoegdheid oplevert is het denkbaar dat, rekening houdende met alle omstandigheden van het geval, waaronder de deskundigheid van partijen en het maatschappelijke belang van deze aanbesteding, het niet gebruik maken van deze bevoegdheid in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid en/of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de zin van artikel 3:14 BW. De zorgvuldigheid en de transparantie van het aanbestedingsproces komen immers in het gedrang als de aanbesteder met een onwaarschijnlijk lage prijs de aanbesteding wint en dan moet de aanbesteder ingrijpen.

4.23. Het Gerecht acht in dit verband van belang dat door SZV, in de bezwaarfase noch in deze procedure, niet tot nauwelijks inzicht wordt verschaft hoe het nu kan dat de vierkante meterprijs van INSO zo ruim afwijkt van die van de beide andere aanbesteders, van de door Vamed in het geding gebrachte opinies van gespecialiseerde ingenieursbureaus maar ook van een aanbesteding door SMMC uit 2009. SZV volstaat met verwijzing naar de Tender Instructions en de zorgvuldige beoordeling van het door haar aangewezen panel. Hetzelfde doet zij in de kwestie van de onderhoudskosten.

4.24. Gelet op de grote afwijking van de vierkante meterprijs en de onderhoudskosten is een dergelijke verwijzing niet voldoende. Daarvoor zijn de verschillen op het eerste oog al te extreem. Van SZV als overheidsaanbesteder, mede gelet op het belang van het Land Sint Maarten bij een nieuw modern geoutilleerd ziekenhuis en omdat de bouw met gemeenschapsgeld plaatsvindt, had een dergelijke uitleg wel mogen worden verwacht. Nu SZV niet inhoudelijk heeft willen uitleggen waarom INSO de opdracht desalniettemin heeft gekregen oordeelt het Gerecht dat het zwaarwegende vermoeden is ontstaan van een abnormaal lage inschrijving.

4.25. Onder deze omstandigheden is in dit kort geding bepaald niet uit te sluiten dat INSO toerekenbaar tekort zal schieten in de uitvoering van de aannemingsovereenkomst. Jegens Vamed als aanbesteder heeft het Land dus gehandeld in strijd met de contractuele beginselen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door hierover geen uitleg te geven en, ondanks de tijdig geuite bezwaren van Vamed op dit punt, de aanbesteding zonder verdere uitleg aan INSO te gunnen. Dit brengt het Gerecht tot de conclusie dat er reden genoeg is om SZV thans te verbieden uitvoering te geven aan de gunningsbeslissing ten gunste van INSO. Gelet op de grote belangen ziet het Gerecht aanleiding ook enige andere argumenten van Vamed te beoordelen.

De inschrijving van Inso voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen

4.26. Kort en zakelijk weergegeven voert Vamed de volgende, puntsgewijs weer te geven, argumenten aan:

a. SZV stelt in de bezwaarprocedure dat INSO *“het ontwerp van een vergelijkbaar ziekenhuis als een startpunt zal gebruiken”*. Dat klopt niet want volgens de Tender Conditions diende er een voorlopig ontwerp te worden opgesteld dat paste in de omgeving en binnen de gestelde randvoorwaarden;

b. SZV heeft in de bezwaarprocedure aan Vamed bevestigd dat de inschrijving van INSO werd beschouwd *“as being compliant on a general level”*. Dit betekent dus dat er onderdelen zijn die niet overeenstemmen met de specificaties maar waarover SZV heen stapt. Dat is een flagrante schending van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht;

c. SZV stelt in de bezwaarprocedure dat *“Inso will show a range of quotations with different brands and models and discuss and negotiate best market conditions.”* Aldus heeft INSO geen fixed price voorstel voor bepaalde medische apparatuur gedaan maar wil zij kennelijk aan SZV een menukaart met verschillende opties voorschotelen die dus ook kunnen afwijken van de prijzen die zij bij de inschrijving heeft gedaan. Als Vamed vooraf had geweten dat dit op prijs werd gesteld dan had zij dat ook kunnen doen.

4.27. Kort en zakelijk weergegeven reageert SZV hierop door te stellen dat de gunningscriteria niet zijn gewijzigd.

4.28. Het Gerecht zal eerst onderzoeken of voormelde verweren feitelijk terecht zijn voorgesteld en, in voorkomend geval, wat daarvan de consequenties moeten zijn.

4.29. Wat betreft argument a. volgt uit artikelen 2.2. en 4.2.2. van de Tender Instructions dat het de bedoeling is om het nieuwe ziekenhuis te bouwen op dezelfde plek als waar het huidige ziekenhuis staat. Als er toch een *“Green field”* ter beschikking zou komen, dan dient de winnende inschrijver na afronding van de aanbesteding, tegen een redelijke vergoeding, het ontwerp aan te passen. Duidelijk is dus dat het ontwerp door de bidders dient te zijn afgestemd op de huidige locatie van het ziekenhuis. Bij e-mail van 24 augustus 2016 van De Zeeuw aan de advocaat van Vamed wordt hierover gezegd: *“Pricing of the design process. INSO indicated that they are going to use a design of a comparable hospital as a starting point. This provided comfort on the price level as offered by INSO. Vamed’s budget for design, compared to our own cost estimate, is considerable higher.”*

4.30. Uit deze motivering namens SZV in de bezwaarfase blijkt dus dat INSO een ontwerp van een vergelijkbaar ziekenhuis heeft verstrekt en niet een ontwerp dat is afgestemd op de locatie waar het huidige ziekenhuis staat, zoals door de Tender Instructions voorgeschreven. Naar voorlopig oordeel van het Gerecht leidt dit tot de conclusie dat SZV als aanbesteder een ander ontwerp heeft geaccepteerd als hetgeen is verzocht in de Tender Instructions. Dit betekent inderdaad een wijziging achteraf van de gunningscriteria, hetgeen niet is toegestaan op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel dat SZV jegens de bidders in acht dient te nemen.

4.31. Wat betreft argument b. oordeelt het Gerecht dat dit niet opgaat. Namens SZV heeft De Zeeuw geschreven in zijn e-mail van 24 augustus 2016 dat *“All bids were assessed as being compliant on a general level as can be expected of a conceptual design (as required). Given the stage of the Project this is in line with our expectations.”* Dit gaat over alle drie de inschrijvingen zodat niet zonder meer gezegd kan worden dat uit deze zinsnede volgt dat de biedingen onderling verschillend werden beoordeeld. De eisen die aan het *“conceptual design”* kunnen worden gesteld zijn hiervoor reeds beoordeeld.

4.32. Wat betreft argument c. blijkt uit de e-mail van De Zeeuw d.d. 24 augustus 2016 inderdaad het hiervoor weergegeven citaat. Dat is, naar voorlopig oordeel, in strijd met de Tender Conditions onder 4.2.1. waarin duidelijke regels zijn gegeven waaraan het bod op dit punt dient te voldoen. SZV neemt genoeg met later aan te leveren offertes waaruit dus blijkt dat SZV INSO niet heeft gehouden aan de Tender Instructions. Dit betekent dat ook dit een wijziging achteraf is van gunningscriteria ten gunste van INSO waardoor Vamed wordt benadeeld.

Overige verweren van Vamed

4.33. Kort en zakelijk weergegeven voert Vamed nog het volgende als verweer aan:

- a. op grond van artikel 5.2. van de Tender Conditions mag enkel voor wat betreft de “*Medical Equipment*” de opdrachtgever een andere partij zijn dan SZV. Zij is echter volledig teruggetreden en heeft al haar rechten overgedragen aan SMCC;
- b. uit een krantenpublicatie blijkt dat de Minister VSA heeft gezegd dat bij de inschrijving van Inso ook een dialyse centrum is inbegrepen. Dat is in het kader van de aanbesteding echter niet gevraagd aan de inschrijvers;
- c. verder heeft de Minister VSA gezegd dat de onderhoudsperiode is aangepast van 20 naar 10 jaar.

4.34. Deze verweren leiden ook tot de slotsom dat SZV de aanbestedingsvoorwaarden achteraf, ten gunste van INSO, heeft aangepast. Dat is in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht zodat heraanbesteding noodzakelijk is, aldus Vamed.

4.35. Dit wordt door SZV gemotiveerd bestreden.

Conclusie

4.36. Het Gerecht overweegt dat deze argumenten geen bespreking meer behoeven omdat het Gerecht, op basis van al hetgeen hiervoor is overwogen, reeds tot het voorlopig oordeel is gekomen dat er sprake is van het zwaarwichtige vermoeden van een abnormaal laag bod. Verder oordeelt het Gerecht dat SZV heeft gehandeld in strijd met de Tender Instructions en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht door lagere eisen aan het ontwerp van INSO te stellen dan is vermeld in de Tender Instructions en hetzelfde te doen betreffende haar bieding met betrekking tot de Medical Equipment.

Toewijzing vorderingen

4.37. Thans dient het Gerecht te beoordelen waartoe deze voorlopige oordelen leiden, waarbij aandacht dient te worden besteed aan de omstandigheid dat SZV haar rechten uit de aanbesteding heeft overgedragen aan SMMC die deze overdracht kennelijk heeft aanvaard waarna SMMC als opdrachtgever met INSO als aannemer een overeenkomst heeft gesloten strekkende tot de bouw van het nieuwe ziekenhuis. Zoals hiervoor is overwogen (4.16.) kan deze overdracht niet aan Vamed worden tegengeworpen. Verder geldt dat, zoals Vamed terecht aanvoert, de Tender Instructions enkel de mogelijkheid kennen dat de rechten uit de aanbesteding betreffende de Medical Equipment worden overgedragen en niet de overige rechten, zoals de bouw van het ziekenhuis. Dat behoefde Vamed dan ook geenszins te verwachten. Het Gerecht stelt vast dat SZV, zonder Vamed daarvan in kennis te stellen, gaande de bezwaarprocedure en in strijd met de Tender Conditions, haar rechten uit de aanbesteding volledig heeft overgedragen. Toen dat kennelijk rond was gekomen heeft SZV de bezwaarprocedure, op de zondag voor de maandag van de ondertekening van het contract tussen SZV en SMMC, beëindigd. Het Gerecht kan niet beoordelen, nu de overeenkomst tussen SZV en SMMC niet is overgelegd (en evenmin overigens de overeenkomst tussen SMMC en INSO) of door SZV voorzieningen zijn getroffen voor het geval in de bezwaarprocedure of in een rechterlijke procedure ten gunste van Vamed zou worden beslist. Het Gerecht weet dus niet of er is voorzien in een “terugdraaimogelijkheid”, een vrijwaringsclausule of iets dergelijks. Een en ander komt voor rekening en risico van SZV.

4.38. Het Gerecht zal SZV verbieden direct of indirect met INSO een overeenkomst te sluiten strekkende tot de bouw van het ziekenhuis, althans de inmiddels gesloten overeenkomsten uit te voeren, dan wel haar medewerking daaraan te verlenen. Dit zal met, te maximeren, dwangsommen worden gesanctioneerd. Het is aan SZV, dan wel het Land Sint Maarten, te beslissen of en hoe de bouw van het nieuwe ziekenhuis moet worden aangepakt, met inachtneming van deze uitspraak. De overige vorderingen worden afgewezen.

Proceskosten

4.39. Als overwegend in het ongelijk gestelde partij dient SZV in de proceskosten te worden veroordeeld.

5 De beslissing

Het Gerecht in Eerste Aanleg:

rechtdoende in kort geding:

verbiedt SZV, direct of indirect, met INSO, althans een entiteit binnen INSO's invloedssfeer, een overeenkomst te sluiten strekkende tot de bouw van het ziekenhuis, en verbiedt SZV de inmiddels gesloten overeenkomsten na te komen, dan wel daaraan verder haar medewerking te verlenen, zulks op verbeurte van een dwangsom van USD 1.000.000,00 per overtreding, waarbij de totaal te verbeuren dwangsommen worden gemaximeerd op USD 25.000.000,00,

veroordeelt SZV in de proceskosten, aan de zijde van Vamed begroot op Naf. 294,50 aan oproepingskosten, Naf 750,00 aan griffierechten en Naf 1.500,00 aan salaris gemachtigde,

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

Inleiding

Het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten ('GEA') oordeelt over de aanbesteding van een geïntegreerd contract voor het ontwerp, de bouw en het onderhoud (DBM contract) van een nieuw ziekenhuis op Sint Maarten. Aanbesteder is een zelfstandig bestuursorgaan met (publiekrechtelijke) rechtspersoonlijkheid: het Uitvoeringsorgaan Sociale en Ziektekosten Verzekeringen ('SZV'). [\[noot:1\]](#) Eiseres, Vamed, komt in deze zaak op tegen de gunning aan INSO omdat deze laatste met een abnormaal lage prijs zou hebben ingeschreven. Twee aspecten maken de uitspraak van het Gerecht interessant: de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht en de omgang met een inschrijving die abnormaal laag is.

Toepasselijkheid Europees aanbestedingsrecht en aanbestedingsrechtelijke beginselen

De rechtsverhouding tussen SZV en inschrijvers op de aanbesteding is een bijzondere. Deze aanbesteding verschilt van de meeste Nederlandse overheidsaanbestedingen. De algemene beginselen van aanbestedingsrecht zijn op die laatste van toepassing op grond van (geïmplementeerd) Europees recht als sprake is van een opdracht binnen het toepassingsbereik van de richtlijnen of van een duidelijk grensoverschrijdend belang. [\[noot:2\]](#) Op de aanbesteding van onderdrempelige opdrachten zónder duidelijk grensoverschrijdend belang, zijn in Nederland de algemene beginselen van aanbestedingsrecht ook (althans gedeeltelijk) van toepassing. In dat geval is de (ultieme) rechtsgrond niet (geïmplementeerd) Europees recht, maar volgt de toepasselijkheid in ieder geval uit de artikelen 1.12 en 1.13 Aanbestedingswet 2012 (voor nationale aanbestedingsprocedures) en uit de artikel 1.15 en 1.16 Aanbestedingswet 2012 (voor meervoudig onderhandse procedures). In deze artikelen is vaste rechtspraak gecodificeerd, althans voor wat betreft het gelijkheids- en het transparantiebeginsel. [\[noot:3\]](#)

Sint Maarten behoort echter niet tot het territoriale toepassingsgebied van de EU-verdragen, zodat de aanbestedingsrichtlijnen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie aldaar niet gelden. [\[noot:4\]](#) Ook de (Nederlandse) Aanbestedingswet 2012 geldt niet op Sint Maarten. Het GEA vindt echter een grond voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in artikel 3:14 BW en in de artikelen 6.248 en 3:12 BW. [\[noot:5\]](#) In cassatie zou de Hoge Raad bij de invulling van die artikelen immers ook kijken naar zijn eigen aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie. [\[noot:6\]](#) De algemene beginselen van aanbestedingsrecht zijn daarom (toch) van toepassing.

In dit kader noemt het GEA ook nog artikel 47 lid 1 van de Sint Maartense Comptabiliteitslandsverordening, dat een (beperkte) aanbestedingsplicht inhoudt voor het Land Sint Maarten. Het GEA overweegt terecht dat de aanbesteder in deze zaak, SZV, daarmee niet kan worden vereenzelvigd. Daarmee lijkt ons de rechtstreekse toepasselijkheid van dat artikel afwezig. Wat de betekenis is van de passage in rechtsoverweging 4.8 die op deze vaststelling van het

GEA volgt, is ons dus onduidelijk. Het GEA stelt vast dat sprake is van een landsbelang, dat het Land 'door middel van zijn Minister VSA' betrokken is bij de aanbesteding en dat het daartoe opdracht heeft gegeven.

Gelet op het bovenstaande maakt GEA een terecht onderscheid tussen een overheidsaanbesteding die buiten het toepassingsbereik van de Europese en nationale aanbestedingswetgeving valt, zoals hier aan de orde, en een private aanbesteding, dat wil zeggen: een aanbesteding door een private opdrachtgever. Dat onderscheid is relevant omdat op een overheidsaanbesteding in ieder geval de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (ABBB) van toepassing zijn op grond van artikel 3:14 BW. [\[noot:7\]](#) Op grond van artikel 3:14 BW, althans via de band van de ABBB zijn dan ook de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing. Volgens vaste rechtspraak moet het begrippenpaar 'redelijkheid en billijkheid' bij het privaatrechtelijk handelen van overheden bovendien worden ingevuld aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. [\[noot:8\]](#)

Gelet hierop overweegt het GEA terecht dat het *KLM*-arrest van de Hoge Raad niet van toepassing is. [\[noot:9\]](#) De consequentie daarvan moet naar ons idee zijn dat het de overheid niet is toegestaan – en dat het haar dus niet zal lukken [\[noot:10\]](#) – de toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht integraal uit te sluiten zoals een private opdrachtgever wel is toegestaan. De opmerking van het GEA dat de 'Tender Instructions' deze beginselen niet uitsluiten (rechtsoverweging 4.11), is dus terecht als overvloedig punt geformuleerd.

Wij merken op dat het begrip 'private aanbesteding' in jurisprudentie en literatuur ook nog wel eens wordt gebruikt om vrijwillige overheidsaanbestedingen aan te duiden. [\[noot:11\]](#) Wij menen echter dat het zuiverder is dit begrip te reserveren, zoals het GEA hier doet, voor aanbestedingen door private opdrachtgevers. In die laatste categorie moet dan wel een onderscheid worden gemaakt tussen 'vrijwillige' private aanbestedingen – de 'KLM-aanbesteding' – en onvrijwillige private aanbestedingen. Tot deze laatste categorie behoren de aanbestedingen van private partijen die (niettemin) als aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf onder het bereik van de Europese en nationale aanbestedingswetgeving vallen. Op hun aanbestedingen zijn (uiteeraard) wel de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, maar niet de ABBB van toepassing.

Abnormaal lage inschrijving

De Europeesrechtelijke regeling voor abnormaal lage inschrijvingen, zoals neergelegd in artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012, is op de onderhavige aanbesteding niet van toepassing. [\[noot:12\]](#) SZV heeft hieromtrent in de 'Tender Instructions' slechts opgetekend: '*SZV receives the right to exclude a Candidate in case of an 'abnormal low bid.'*' (rechtsoverweging 2.10). SZV heeft echter duidelijk aansluiting bij de Europeesrechtelijke regeling gezocht en het ligt in de rede dat de procedure op dit punt conform die regeling wordt uitgelegd. In ieder geval is hetgeen een aanbesteder onder de Aanbestedingswet 2012 is toegelaten, naar wij menen ook een vrijwillige aanbesteder toegestaan die eenzelfde regeling in de aanbestedingsstukken heeft opgenomen.

Volgens vaste jurisprudentie bestaan in het kader van artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012 twee discretionaire bevoegdheden: de onderzoeksbevoegdheid en de afwijzingsbevoegdheid. De eerste bevoegdheid komt erop neer dat een aanbesteder onderzoekt of een inschrijving die abnormaal laag *lijkt* ook abnormaal laag is. De tweede houdt in dat een abnormaal lage inschrijving wordt afgewezen. Een noemenswaardige beperking van de afwijzingsbevoegdheid is dat zij slechts kan worden toegepast na toepassing van de onderzoeksbevoegdheid, in het kader waarvan (in dat geval) een contradictoir onderzoek moet hebben plaatsgevonden. [\[noot:13\]](#) Behoudens deze waarborg ten behoeve van inschrijvers, is de regeling voor abnormaal lage inschrijvingen – zoals SZV blijkens rechtsoverweging 4.20 ook heeft aangevoerd – geschreven ten gunste van de aanbesteder. Daaraan kunnen (andere) inschrijvers dus geen rechten ontlenen. [\[noot:14\]](#) Dat kan natuurlijk anders liggen indien de aanbestedingsstukken voorzien in een strengere regeling, maar daarvan is in deze zaak geen sprake. [\[noot:15\]](#)

Opmerkelijk is de overweging van het GEA dat 'het niet gebruik maken van deze bevoegdheid [tot afwijzing van een abnormaal lage inschrijving, TvW, FJJC]' in strijd kan komen met de redelijkheid en billijkheid en de ABBB (rechtsoverweging 4.22). Het GEA overweegt in dit kader dat het rekening heeft gehouden met 'het maatschappelijke

belang van deze aanbesteding' (rechtsoverweging 4.22) en dat SVZ had moeten letten op 'het belang van het Land Sint Maarten bij een nieuw modern geoutilleerd ziekenhuis' en dat 'de bouw met gemeenschapsgeld plaatsvindt.'

Nog los van de vraag of de redelijkheid en billijkheid en de ABBB inderdaad de bovengenoemde discretionaire bevoegdheden begrenzen, [\[noot:16\]](#) achten wij het onjuist dat Vamed in deze omstandigheden een beroep op die begrenzing zou toekomen. Overheidshandelen in strijd met het maatschappelijk belang levert nog geen tekortkoming in de (pre)contractuele verhouding tot Vamed op. De regeling inzake abnormaal lage inschrijvingen bestaat om aanbesteders te beschermen tegen vechtracten, niet om ondernemers te beschermen tegen (oneerlijke) concurrentie.

Conclusie

Het GEA maakt een terecht onderscheid tussen vrijwillige overheidsaanbestedingen en (vrijwillige) private aanbestedingen. Uit het KLM-arrest volgt dat het private aanbesteders, die vrijwillig aanbesteden, is toegestaan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht uit te sluiten. Publieke aanbesteders mogen (en kunnen) dat niet.

Het GEA treedt ten onrechte in de discretionaire bevoegdheden van de aanbesteder SZV om vermoedelijke abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken en vervolgens af te wijzen. Het miskent dat die bevoegdheden uitsluitend bestaan om de aanbesteder te beschermen.

mr. T. van Wijk en mr. drs. F.J.J. Cornelissen, advocaat bij Dirkzwager

Voetnoten

[\[1\]](#)

Het Uitvoeringsorgaan Sociale en Ziektekosten Verzekeringen heeft rechtspersoonlijkheid op grond van art. 2 lid 3 Landsverordening Uitvoeringsorgaan Sociale en Ziektekosten Verzekeringen.

[\[2\]](#)

De toepasselijkheid van de beginselen op onderdrempelige opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang volgt uit (onder meer): HvJ EU 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*Commissie/Ierland*), r.o. 29; HvJ EU 21 februari 2008, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*), r.o. 65-66; HvJ EU 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:227 (*SECAP en Santorso/Torino*).

[\[3\]](#)

Zie onder meer HR 4 april 2003, NJ 2004/35 m.nt. M.A.M.C. van den Berg (*RZG/ConforMed*).

[\[4\]](#)

Art. 52 lid 2 VEU jo. art. 355 lid 2 VWEU.

[\[5\]](#)

Verwezen wordt naar het Burgerlijk Wetboek van Sint Maarten.

[\[6\]](#)

Onderhavige uitspraak, r.o. 4.10.

[\[7\]](#)

Zie onder meer HR 27 maart 1987, NJ 1987/727 m.nt. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*); HR 24 april 1992, NJ 1993/232 m.nt. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*); HR 26 april 1996, NJ 1996/728 (*Rasti Rostelli*) m.nt. Scheltma.

[\[8\]](#)

HR 9 januari 1998, NJ 1998/363, m.nt. Bloembergen (*Kinderdagverblijf Snoopy*).

[\[9\]](#)

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, «JAAN» 2013/111 m.nt. mr. G. 't Hart (*KLM/CCC*).

[10]

Een uitsluiting van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht zal waarschijnlijk in voorkomende gevallen onaanvaardbaar zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW).

[11]

Zie, recentelijk: Hof 's-Gravenhage 12 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2142, «JAAN» 2016/191, m.nt. mr. P.B.J. van den Oord, r.o. 2.1.

[12]

Implementatie van art. 69 Richtlijn 2014/24/EU; voorheen: art. 56 Bao. Verwezen zij naar hetgeen hierboven is opgemerkt ten aanzien van de toepasselijkheid van Europese en Nederlandse aanbestedingsregelgeving.

[13]

HvJ EU 10 februari 1982, zaak 76/81, ECLI:EU:C:1982:49 (*Transporoute*), r.o. 17. HvJ EU 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640 (*Impresa Lombardini*), r.o. 58.

[14]

Zie onder meer Vزر. Rb. Overijssel 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245, , «JAAN» 2014/136, r.o. 4.7; Vزر. Rb. 's-Gravenhage 23 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15921, «JAAN» 2016/80, m.nt. mr. C.S. Leunissen, r.o. 5.3.

[15]

Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986, «JAAN» 2013/101 m.nt. mr. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.6; Vزر. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA2224, «JAAN» 2013/143 m.nt. mr. M.G.J. van der Velden, r.o. 5.4; Vزر. Rb. Gelderland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5779, r.o. 4.4.

[16]

Zie in deze zin Vزر. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986, «JAAN» 2013/101 m.nt. mr. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.7.
