



Aan het Gerecht in Eerste Aanleg
van Sint Maarten
Frontstreet 58, Philipsburg, Sint Maarten

**KORT GEDING VERZOEKSCHRIFT
TEVENS VERZOEK TOT HET UITVAARDIGEN VAN EEN ONMIDDELIJKE
ORDEMAATREGEL / VOORZIENING BIJ VOORRAAD**

Eiseres verschijnt vrijwillig

Geeft eerbiedig te kennen:

1. Partijen

- 1.1 Eiseres is de vennootschap naar Oostenrijks recht, **VAMED ENGINEERING GMBH & CO KG**, gevestigd te Wenen, Oostenrijk, hierna te noemen "**VAMED**", te dezer zake domicilie kiezende aan Sparrow Road 4, ter plaatse van Harbour View Office Complex B unit 15, Philipsburg, St. Maarten, ten kantore van VanEps Kunneman VanDoorne alsmede aan de Bulevar Gobernador N. Debrot 31, te Kralendijk, Bonaire, ten kantore van VanEps Kunneman VanDoorne, advocaten, van wie mr. ir. T.L.H. Peeters Msc verklaart te dezen gemachtigd te zijn om voor en namens eiseres dit verzoekschrift voor haar op te stellen, te ondertekenen en in te dienen.
- 1.2 Gedaagde ten deze is het zelfstandig bestuursorgaan **UITVOERINGSORGAAN SOCIALE EN ZIEKTEKOSTEN VERZEKERINGEN**, hierna te noemen "**SZV**", gevestigd te Sint Maarten, kantoorhoudende aan Sparrow Road 4, ter plaatse van het Harbour View Building, Philipsburg, Sint Maarten.

2. Inleiding

- 2.1 SZV heeft een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het ontwerp, de bouw en het onderhoud van een nieuw ziekenhuis op Sint Maarten op de locatie van het bestaande ziekenhuis dat daarvoor gesloopt moet worden. De te selecteren aannemer dient tevens alle medische apparatuur, meubels en IT-systemen te leveren en te installeren.
- 2.2 VAMED heeft als één van de drie inschrijvers een inschrijving ingediend. Na beoordeling van de inschrijving heeft SZV vastgesteld dat VAMED niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan.
- 2.3 Uit de beoordeling door SZV en de aan VAMED beschikbare informatie blijkt echter dat sprake is van onverklaarbare beoordelingsresultaten en is duidelijk geworden dat de winnende inschrijver, INSO, een inschrijving heeft gedaan tegen een prijs die minder dan de helft was van de prijs van de overige twee inschrijvers. Dat doet vermoeden dat hetzij de inschrijving van INSO niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, dan wel dat sprake is van een zogenaamde "abnormaal lage inschrijving" waarbij INSO erop gokt dat een overeenkomst tot stand komt waarbij door middel van "meerwerkdiscussies" alsnog een fatsoenlijk bedrag voor de bouwwerkzaamheden kan worden binnengehaald. In dit kader is van belang dat buiten discussie staat dat de m2 prijs van INSO USD

4.011 bedraagt, hetgeen volgens internationale benchmarks een onmogelijk laag bedrag is voor de bouw van een ziekenhuis (zie verder hoofdstuk 5 van dit verzoekschrift).

- 2.4 VAMED is een gespecialiseerde ziekenhuisbouwer die ook in het Caribisch gebied vele projecten heeft gerealiseerd. Desondanks was de score van VAMED op sommige beoordelingscriteria onverklaarbaar laag. VAMED heeft SZV dan ook geattendeerd op de hiervoor genoemde discrepanties en heeft om een nadere toelichting gevraagd op de scores, waarbij bezwaar is aangetekend tegen de voorgenomen gunning.
- 2.5 SZV weigert echter verantwoording af te leggen over de gegeven scores en weigert nader in te gaan op de vragen van VAMED. Dit versterkt het vermoeden dat hetzij INSO de hand boven het hoofd wordt gehouden, hetzij dat mogelijk het resultaat van de aanbesteding is beïnvloed door niet ter zake doende factoren. Omdat SZV weigert in te gaan op de redelijke verzoeken van VAMED, rest VAMED geen andere optie dan dit kort geding aanhangig te maken, teneinde uw Gerecht te laten beoordelen of sprake is van onregelmatigheden in de inschrijving van INSO dan wel de aanbestedingsprocedure.
- 2.6 VAMED vordert dan ook primair dat de inschrijving van INSO ongeldig wordt verklaard, vanwege het feit dat de inschrijving van INSO niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, waardoor de opdracht aan VAMED dient te worden gegund. Subsidiair vordert VAMED dat SZV wordt bevolen de aanbestedingsprocedure in te trekken, vanwege onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure. Daarnaast vordert VAMED dat het SZV verboden wordt een contract te sluiten met INSO, dan wel uitvoering te geven aan een eventueel gesloten contract, vanwege het feit dat de gunning aan INSO niet had mogen plaatsvinden en SZV ondanks de bezwaren van VAMED is overgegaan tot het sluiten van het contract. In dit licht speelt tevens een rol dat SZV conform het toepasselijke wettelijke kader niet is toegestaan om een overeenkomst met de voorgestane vorm en inhoud aan te gaan.
- 2.7 Zoals VAMED zal toelichten in hoofdstuk 10 van dit verzoekschrift, verzoekt VAMED uw Gerecht om tevens een onmiddellijke ordemaatregel dan wel voorziening bij voorraad uit te vaardigen om SZV te verbieden om hangende dit geding toch tot het sluiten van een contract over te gaan.

3. Feiten

- 3.1 Nadat SZV op 11 april 2016 een aankondiging had gedaan van de aanbesteding voor de bouw van het nieuwe ziekenhuis, heeft VAMED op 12 april 2016 het document "Request for Information" (hierna: "RFI") mogen ontvangen (Productie 1). Uit de RFI blijkt dat SZV de aanbestedder is van de opdracht en de opdrachtgever zal zijn voor de uitvoering van het project (Productie 1, pagina 2, 2^e alinea).
- 3.2 Uit de RFI blijkt dat SZV gekozen heeft voor een zogenaamde niet-openbare procedure, ook wel een aanbestedingsprocedure met voorselectie genoemd. Een dergelijke procedure bestaat uit twee fases. In de eerste fase worden minimaal drie gegadigden geselecteerd op basis van hun kwalificaties. In de



tweede fase (de inschrijvingsfase) worden de geselecteerde gegadigden in de gelegenheid gesteld om een inschrijving in te dienen.

- 3.3 VAMED heeft tijdig op 2 mei 2016 haar aanmelding ingediend waarbij ondermeer is verwezen naar de uitgebreide ervaring, de bekwaamheid van VAMED, de financiële draagkracht en de technische kennis.
- 3.4 Het was dan ook geen verrassing dat VAMED op 6 mei 2016 te horen kreeg dat zij een van de vijf kandidaten was die was geselecteerd om deel te nemen aan de inschrijvingsfase van de aanbestedingsprocedure.
- 3.5 Op 11 mei 2016 ontving VAMED de "Tender Instructions" (hierna: "Aanbestedingsleidraad") d.d. 11 mei 2016 (Productie 2) en de bijbehorende bijlagen (Productie 3). Door middel van vragen en de antwoorden daarop zijn nadere verduidelijkingen op de Aanbestedingsleidraad gegeven: Information Notice d.d. 18 mei 2016 (Productie 4), Information Notice d.d. 1 juni 2016 (Productie 5), en Information Notice d.d. 8 juli 2016 (Productie 6).
- 3.6 VAMED heeft conform de eisen op 18 juli 2016 (Productie 7) haar inschrijving ingediend.
- 3.7 Op 6 augustus 2016 ontving VAMED een emailbericht met de uitslag van de aanbesteding (Productie 8). Het was duidelijk dat slechts drie partijen een inschrijving hadden ingediend. Daar waar twee inschrijvingen ongeveer in dezelfde prijsrange zaten, bleek dat één inschrijver, INSO, een ongelooflijk lage inschrijving had ingediend met een prijs die circa de helft was van de prijs van de overige twee inschrijvers. Daarnaast bleek dat INSO ook nog eens conform de kwalitatieve criteria hoger had gescoord dan de andere inschrijvers.
- 3.8 Voor een ervaren partij zoals VAMED was direct duidelijk dat dit onmogelijk was. Een ziekenhuis kan conform algemeen aanvaarde internationale standaarden kan niet voor het door INSO aangeboden bedrag gebouwd en onderhouden worden. Ook de calculaties van VAMED tonen aan dat dit onmogelijk is.
- 3.9 Daarnaast blijkt uit de kwalitatieve scores en de ontvangen toelichting dat kennelijk andere aspecten bij de beoordeling zijn betrokken dan vooraf bekend gemaakt.
- 3.10 VAMED heeft dan ook tijdig bij brief d.d. 12 augustus 2016 (Productie 9) binnen de door SZV in de Aanbestedingsleidraad (Productie 2, pagina 17) en het voornemen tot gunning (Productie 8, laatste alinea) genoemde termijn haar bezwaar ingediend. In deze brief stelt VAMED vast dat de inschrijving van INSO abnormaal laag is en onderbouwt VAMED haar bezwaren op het onderdeel kwaliteit. VAMED verzoekt SZV dan ook transparant te zijn en inzicht te geven in de onderbouwing van de scores en de inschrijving van INSO, zodat SZV transparant verantwoording kan afleggen over het gunningvoornemen.
- 3.11 Bij e-mailbericht d.d. 24 augustus 2016 heeft de heer de Zeeuw namens SZV een reactie gegeven (Productie 10). Uit de reactie blijkt van ontwijkende antwoorden en de reactie roept eigenlijk alleen maar meer vragen op.



- 3.12 Bij brief d.d. 26 augustus 2016 (**Productie 11**) geeft VAMED dan ook een nadere reactie en onderbouwt met concrete voorbeelden haar conclusie dat de inschrijving van INSO abnormaal laag is, dat die niet aan de gestelde eisen voldoet en dat de beoordeling van de inschrijving van VAMED niet conform de Aanbestedingsleidraad heeft plaatsgevonden.
- 3.13 Vanaf dat moment hult SZV zich in stilzwijgen, tot daags voor de indiening van dit verzoekschrift. Ondanks een vriendelijke herinnering op 7 september 2016, en een laatste verzoek om transparantie in deze procedure op vrijdag 16 september 2016 (**Productie 12**) reageert SZV pas op zondag 18 september 2016 (**Productie 13**) met een algemene reactie waaruit geconcludeerd moet worden dat SZV weigerachtig is verantwoording af te leggen over de voorgenomen gunning. In dat emailbericht is bovendien opgenomen dat SZV de bezwaarperiode als geëindigd beschouwt. Nog afgezien van het feit dat een dergelijke eenzijdige vaststelling kant nog wal raakt, leidt VAMED hieruit af dat SZV kennelijk van plan is om een overeenkomst met INSO aan te gaan.
- 3.14 Daarnaast vernam VAMED vanuit de media dat er contractonderhandelingen (!) plaatsvonden en mogelijk zelfs een contract zou worden gesloten, iets dat ook werd herhaald tijdens de partijbijeenkomst van de partij van Minister Lee op vrijdag 16 september 2016. Hierdoor was VAMED genoodzaakt om dit kort geding aanhangig te maken.

4. Wettelijk kader

- 4.1 De Nederlandse Aanbestedingswet 2012 is niet van toepassing op Sint Maarten. Daarnaast zijn de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing op Sint Maarten¹. Conform artikel 47 van de Comptabiliteitslandsverordening geldt echter een aanbestedingsplicht voor het Land Sint Maarten.
- 4.2 SZV is echter een zelfstandig bestuursorgaan. Een enge lezing van de Comptabiliteitsverordening zou tot de conclusie kunnen leiden dat SZV daardoor niet aanbestedingsplichtig is op grond van de Comptabiliteitsverordening. In het onderhavige geval is echter duidelijk dat SZV als een verlengstuk van het Land fungeert omdat het Land de bouw van het nieuwe ziekenhuis financiert (waarover later meer). SZV heeft er daarom ook voor gekozen om een aanbestedingsprocedure te organiseren.

Eisen aan de inrichting, opzet en uitvoering van de aanbestedingsprocedure

- 4.3 Binnen de (Europees) Nederlandse rechtsorde staat sinds geruime tijd vast dat het optreden van overheidsopdrachtgevers in het kader van aanbestedingsprocedures zowel vatbaar is voor toetsing aan de publiekrechtelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur als aan de civielrechtelijke normen met betrekking tot precontractuele rechtsverhoudingen². Daarbij geldt dat de algemene beginselen algemeen worden erkend en toegepast worden zodra overheidsopdrachtgevers een

¹ Zie daarover ondermeer Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2006.

² Pijnacker Hordijk c.s., *Aanbestedingsrecht*, SDU: Den Haag 2009, p. 32-33.



aanbestedingsprocedure of een daarop gelijkende procedure organiseren³. Dat geldt dus ook voor SZV.

- 4.4 In dit kader is in Europees Nederland op 4 april 2003 door de Hoge Raad een maatgevend arrest⁴ gewezen over de toepassing van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in een situatie waarbij een zorgverzekeraar⁵ (I, dus een zelfde soort instantie als SZV) een aanbestedingsprocedure organiseerde. De Hoge Raad kwam tot de conclusie dat in ieder geval de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn en baseert zijn oordeel op de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid (r.o.v. 3.4.4):

“De omstandigheid dat RZG, hoewel de Richtlijn haar daartoe naar 's Hofs oordeel niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht mee dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid”

- 4.5 De Hoge Raad laat daarbij ook meewegen dat RZG “specifiek doel [heeft] te voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd”, net zoals SZV. Dit heeft geleid tot het algemene aanvaarde inzicht dat de algemene beginselen algemeen worden erkend en toegepast worden zodra organen zoals het SZV een aanbestedingsprocedure of een daarop gelijkende procedure organiseren.
- 4.6 Het arrest is sindsdien veel besproken waarbij meer en meer duidelijk is geworden in welke omstandigheden de “precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid” tot gevolg hebben dat de aanbesteder de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht moet nemen. Een recent sluitstuk in de rij uitspraken van hogere en lagere rechters is het arrest van 3 mei 2013⁶ waarin de Hoge Raad ingaat op de toepasselijkheid van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht op een private onderneming, te weten KLM.
- 4.7 In dat arrest overweegt de Hoge Raad wederom dat zelfs bij een private aanbesteding de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen mee kunnen brengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen. De Hoge Raad laat daarbij ruimte dat in een concreet geval afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen, van die beginselen wordt afgeweken. Bij de door SZV georganiseerde aanbesteding is dat echter niet aan de orde. In het KLM-arrest leidde dat echter tot de conclusie dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht niet van toepassing waren omdat KLM dat uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken had uitgesloten. In het onderhavige geval is daar echter geen sprake van. In de commentaren op die uitspraak komt bovendien terug dat dit wellicht anders zou zijn geweest indien sprake was geweest van een overheid of publiekrechtelijke instelling, zoals SZV.

³ HR 24 april 1992, NJF 2006/1046; Rb. Groningen 10 augustus 2000, 47331/KGZA; Hof Den Bosch 3 augustus 2000, KG 2000/191, Rb. Alkmaar 29 december 1994, BR 1995/690.

⁴ HR 4 april 2003, LJN: AF2830, BR 2003/190 (RZG/Comformed).

⁵ SZV is evenals RZG een zorgverzekeraar (artikel 3 van de Landsverordening Uitvoeringsorgaan Sociale en Ziektekosten Verzekeringen).

⁶ HR 3 mei 2013, LJN: BZ 2900.

- 4.8 In het rechtstelsel op Sint Maarten is deze kwestie echter nog niet aan de orde gesteld, hoewel de contractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook op Sint Maarten onverkort van toepassing zijn. Gezien de stelligheid waarmee in de Europees Nederlandse rechtsorde door rechters wordt overwogen dat bij aanbestedingen als de onderhavige de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn achten wij dat dit mede op grond van het concordantiebeginsel ook op Sint Maarten het geval is.
- 4.9 Zeker omdat sprake is van een financiering door het Land geldt dit des te meer, omdat het Land zonder twijfel gehouden is om die algemene beginselen in acht te nemen en dat ook impliceert dat de verstrekte gelden in lijn met die verplichtingen worden besteed.
- 4.10 De onderhavige aanbestedingsprocedure dient dan ook te worden getoetst aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, omdat dit voortvloeit uit de precontractuele beginselen van goede trouw. Overigens zou SZV ook op grond van haar maatschappelijke positie en verantwoordelijkheid deze beginselen in acht dienen te nemen.

Inhoud van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht

- 4.11 Als algemene beginselen van het aanbestedingsrecht worden ondermeer onderscheiden:
- het transparantiebeginsel: dit houdt in dat de te volgen procedure alsmede de te hanteren gunningscriteria van tevoren bekend moeten worden gemaakt en dat de gunningsbeslissing deugdelijk moet worden gemotiveerd;
 - het gelijkheidsbeginsel: dit houdt in dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld en brengt ook mee dat vooraf helderheid dient te worden verschaft over de criteria die SZV bij de gunning zou toepassen en over een aantal voor het uitbrengen van de offerte van belang zijnde feitelijke gegevens met betrekking tot de omvang van de opdracht⁷.
- 4.12 De algemene beginselen van het aanbestedingsrecht moeten worden beschouwd als de “bodem” onder een verantwoorde inkoopprocedure. In de Europese Richtlijnen, de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2012 wordt voortgebouwd op deze algemene beginselen en wordt daar een nadere en soms verdergaande invulling aan gegeven die behulpzaam kan zijn bij het uitvoeren van de toetsing aan de algemene beginselen.
- 4.13 In dat kader is van belang dat SZV geen “appels met peren” vergelijkt, reden waarom het HvJEG expliciet heeft gemaakt dat het gelijkheidsbeginsel tevens inhoudt “dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek, teneinde een objectieve vergelijking van de door verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen”⁸. Dat is bij de inschrijving van INSO echter niet het geval.

⁷ HR 4 april 2003, LJN: AF2830, BR 2003/190 (RZG/Comformed), r.ov. 3.5.2.

⁸ HvJEG 22 juni 1993, C-243/89 (Storebaelt), r.o.v. 37.



5. Gronden vordering

- 5.1 VAMED is primair van mening dat de inschrijving van INSO ongeldig dient te worden verklaard omdat die:
- (i) abnormaal laag is;
 - (ii) niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen.
- 5.2 VAMED is subsidiar van mening dat de aanbestedingsprocedure niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet omdat:
- A. de beoordeling heeft plaatsgevonden aan niet vooraf bekend gemaakte (sub)gunningscriteria, hetgeen in strijd is met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel;
 - B. de inschrijving van VAMED onjuist en onbegrijpelijk is beoordeeld;
 - C. 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.
- 5.3 Daarnaast is VAMED meer subsidiar van mening dat SZV een overeenkomst als de onderhavige niet kan en mag aangaan, omdat
- ✓ daarmee haar wettelijke taakstelling overschrijdt; en
 - (ii) SZV als een oneigenlijk vehikel wordt gebruikt door de Sint Maartense overheid om een nieuw ziekenhuis te laten bouwen, waarbij de financiering naar verwachting niet plaatsvindt volgens de daarvoor geldende regels.

Inschrijving INSO is ongeldig

i. Inschrijving INSO is abnormaal laag

- 5.4 De door INSO aangeboden prijs voor het ontwerpen en bouwen van een compleet ziekenhuis bedraagt (slechts) USD 59.578.655 (productie 7). Deze prijs omvat de fundering, het gebouw, de interne indeling, afwerking van muren etc., (airco) installaties, meubilair en verlichting, sloop van het oude ziekenhuis, terreinafwerking, algemene (overhead) kosten, verzekeringen, winst, belastingen, maar ook alle medische apparatuur, een en ander conform Appendix 2 van de Aanbestedingsleidraad (Productie 2).
- 5.5 Dit bedrag staat in schril contrast tot de inschrijfbedragen van de twee andere inschrijvers: VAMED (USD 80.149.443) en BAM/Philips (USD 138.000.000) (Productie 7). Dit grote verschil doet vermoeden dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving. Het principe van de abnormaal lage inschrijving is niet iets waar lichtvaardig mee mag worden omgegaan⁹:

“De bepaling [gerefereerd wordt aan artikel 56 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten dat de inhoud van de algemene beginselen codificeert] vormt een veiligheidsklep voor de aanbestedende dienst die met een zodanig lage inschrijvingsom wordt geconfronteerd

⁹ E.H. Pijnacker Hordijk c.s., *Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 459.



dat bij gegronde redenen heeft te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een dump prijs heeft geboden teneinde letterlijk tegen elke prijs de opdracht te verkrijgen. In dergelijke gevallen ligt het in de rede dat de inschrijver in de uitvoeringsfase pogingen zal ondernemen om zijn al dan niet ingecalculeerde verlies goed te maken door te beknibbelen op de uitvoering etc. De aanbestedende dienst heeft in beginsel een rechtmatig belang bij het ecarteren van een dergelijke inschrijving.”

SZV heeft zich dit ook gerealiseerd en daarom is in de Aanbestedingsleidraad uitdrukkelijk het volgende opgenomen: “SZV receives the right to exclude a Candidate in case of an ‘abnormal low bid’.” (Productie 2, pagina 22).

- 5.6 Dit vermoeden wordt bevestigd door de geoffreerde vierkante meterprijs van INSO te vergelijken met internationale benchmarks. De vierkante meterprijs van INSO voor bouw en ontwerp bedraagt, uitgaande van een bruto vloeroppervlakte van 14.145 m² (Productie 10) USD 4.011. Dit is in vergelijking met internationale standaarden van USD 5.000 tot USD 6.000 per m² (Productie 15) zeer laag.
- 5.7 VAMED heeft het ontwerp van INSO (zoals dat blijkt uit de krantenpublicaties en meer in het bijzonder uit het filmpje van de persconferentie¹⁰) ook zelf doorgerekend en getoetst. Afgezien van het feit dat dit ontwerp op een aantal punten niet blijkt te voldoen aan de eisen, moet de prijs per vierkante meter tussen USD 5.000 en USD 6.000 bedragen. De door INSO geoffreerde prijs van USD 4.011 valt daarbuiten en is abnormaal laag.
- 5.8 Op grond van het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel had het dan ook op de weg gelegen van SZV om INSO om een nadere toelichting te vragen, zodat zou kunnen worden vastgesteld of INSO misschien niet iets vergeten was, of bijvoorbeeld apparatuur had aangeboden die niet aan de specificaties voldeed. Hoewel VAMED daarop in haar brieven d.d. 12 augustus 2016 (Productie 9), 26 augustus 2016 (Productie 11) en 16 september 2016 (Productie 12) heeft aangedrongen, meent SZV te kunnen volstaan met de constatering dat de inschrijving van zowel INSO als VAMED binnen de prijsrange van de kosteninschatting was van SZV (Productie 10). Dat zou echter betekenen dat die prijsinschatting een variatie kent van maar liefst meer dan 25%, waardoor duidelijk wordt dat die prijsinschatting niet kan worden beschouwd als een zorgvuldige raming. Tot op heden heeft SZV echter geweigerd die prijsinschatting transparant te maken, zodat het gissen blijft naar de daarin opgenomen bedragen en methodiek. Dat is niet alleen een ongemotiveerde betwisting van het standpunt dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving (primair standpunt), maar is ook volledig in strijd met het transparantiebeginsel en dient te leiden tot intrekking van de aanbestedingsprocedure (subsidiair standpunt, waarover later meer).
- 5.9 Een nadere beschouwing van de door INSO geoffreerde onderhoudskosten bevestigt het beeld van de abnormaal lage inschrijving. De door INSO aangeboden prijs voor het onderhoud gedurende 20 jaar is USD 45.600.843. Dit bedrag roept nog veel meer vragen op in vergelijking met de inschrijfbedragen van de twee andere inschrijvers: VAMED (USD 102.955.560) en BAM/Philips (USD 97.704.390) (Productie 7).

¹⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=xRbhSg6ukrQ&feature=youtu.be> ontwerp INSO vanaf 8:48 minuten.



- 5.10 Hoe is het mogelijk dat de onderhoudskosten zo veel lager zijn? Een lagere bouwsom impliceert dat dan in ieder geval “goedkopere” ontwerpkeuzes zijn gemaakt, die meer onderhoud behoeven en ook voor de medische installaties kan zijn gekozen voor goedkope apparatuur die sneller vervangen moet worden. Ook hier geldt dat deze kosten abnormaal lijken voor een ziekenhuis van deze omvang en met de gestelde specificaties, vanwege de volgende redenen:
- Gebouwen en vooral ziekenhuizen moeten worden ontworpen en gebouwd voor “passive sustainability”. Dit betekent dat sprake moet zijn van een robuuste constructie, robuuste elektromechanische systemen en installaties die zijn afgestemd op de omgevingscondities en het gebruik. Als dit niet het geval is, zullen meer gebreken en tekortkomingen moeten worden verholpen door onderhoud of moeten systemen vroeger worden vervangen, waardoor de kosten toenemen.
 - Bezuinigingen op het ontwerp en de bouw hebben een directe invloed op de onderhoudskosten omdat gedurende de 20 jaarperiode alle systemen en apparatuur ingrijpende reparaties, onderhoud of vervangen zal ondergaan, soms zelfs meerdere keren. Lager kwaliteit, onderhoudbaarheid en betrouwbaarheid van de componenten zal de behoefte aan reparaties, onderhoud en vervanging doen toenemen.
 - Om de voorgeschreven service-levels te garanderen, is het aanhouden van een voorraad reserveonderdelen en voorraadbeheer essentieel vanwege de locatie van het eiland, and ook dit zal met een lager kwaliteit ontwerp de kosten doen toenemen vanwege de hogere nodige voorraad reserveonderdelen.
 - Medische apparatuur heeft een vervangingsduur volgens EMTEC en andere bronnen tussen 8 en 12-15 jaar, zelfs met goed onderhoud, daardoor moeten er voldoende middelen zijn om dit mogelijk te maken.
- 5.11 verweer van SZV dat bij de toetsing van de onderhoudskosten alleen is gekeken naar een van de investeringskosten (Productie 10), gaat er compleet aan voorbij dat door middel derhoudskostenformulier in Appendix 2 van de Aanbestedingsleidraad een gedetailleerde moet worden gedaan van de opbouw van die onderhoudskosten. SZV realiseert zich dus ook dat het be- enen van onderhoudskosten als een percentage van de investeringskosten k nietszegg- t zou alleen een vuistregel zijn voor vervangingskosten, maar dat is maar lein gedeel- tale kosten van preventief en correctief onderhoud. Die kosten moeten zorgvuldig- kend en gepland, zoals VAMED heeft gedaan in haar inschrijving. Ook dit bevestigt-) waarschijnlijk geen gebruik heeft gemaakt van het voorgeschreven format in Appendix 2 van de Aanbestedingsleidraad en maar een procentueel getal heeft genomen dat vervolgens is vertaald in een bedrag. Dat is niet conform de inschrijvingsvereisten.
- 5.12 Er is echter nog meer aan de hand.
- ii. I nschrijving INSO voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen
- 5.13 De enige manier waarop INSO een dergelijk lage prijs kan offrenen is door te marchanderen met de ges elde eisen en specificaties. Omdat SZV weigert inzicht te geven in de inschrijving van INSO (waarbij commerciële bedragen best onzichtbaar gemaakt mogen worden), moet VAMED zich baseren op publiek informatie en de summiere reactie van SZV (Productie 10). Het zal op de weg



van SZV liggen om de informatie in het geding te brengen waaruit het tegendeel van het standpunt van VAMED zou moeten blijken.

- 5.14 VAMED heeft kosten nog moeite gespaard om de voorlopige ontwerpen op te stellen en door te rekenen, zoals ondermeer blijkt uit de artist impression (**Productie 14**). Uit de reactie van SZV (**Productie 9**) blijkt dat INSO *“het ontwerp van een vergelijkbaar ziekenhuis als een startpunt zal gebruiken”*. Dat is bijzonder, want conform de eisen van de aanbestedingsprocedure diende een voorlopig ontwerp te worden opgesteld dat paste in de omgeving en binnen de gestelde randvoorwaarden. Slechts een “oud” ontwerp indienen en aangeven dat dit een “startpunt” is, is uiteraard niet in overeenstemming met de vereisten.
- 5.15 Daarnaast bevestigt SZV zonder voorbehoud de vermoedens van VAMED in de zin dat de aanbidding van INSO werd beschouwd *“as being compliant on a general level [onderstreping gemachtigde]”* (**Productie 10**). Dat betekent dus dat er onderdelen zijn die niet overeenstemmen met de specificaties, maar dat SZV besloten heeft daar over heen te stappen (om wat voor reden dan ook). Dat is een flagrante schending van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en dergelijke inschrijvingen zijn ongeldig¹¹:

“Dergelijke inschrijvingen bieden niet hetgeen de aanbestedende dienst heeft gevraagd en komen derhalve niet voor gunning in aanmerking. Bovendien zijn zij naar hun aard onvergelijkbaar met de wel besteksconforme inschrijvingen.”

- 5.16 Het is dus ook niet toegestaan dat SZV dergelijke tekortkomingen accepteert, want daarmee wordt het gelijkheidsbeginsel geweld aangedaan en wordt de deur opengezet voor manipulatie en bevoordeling van bepaalde inschrijvers.
- 5.17 Daarnaast blijkt uit de reactie van SZV (**Productie 10**) dat *“Inso will show range of quotations with different brands and models and discuss and negotiate best market conditions”*. Dat betekent dat INSO helemaal geen fixed price voorstel heeft gedaan voor bepaalde medische apparatuur die aan de gestelde eisen voldoet, maar dat INSO kennelijk van plan is om SZV een “menukaart” voor te schotelen met verschillende opties (en dus ook van haar inschrijving afwijkende prijzen!). Dat is nu precies de “salamitaktiek” die in aanbestedingen grond geeft voor ongelijkheid en die moet leiden tot ongeldigverklaring van de inschrijving van INSO. In haar emailbericht d.d. 18 september 2016 probeert SZV daar nog een draai aan te geven door te stellen dat deze uitspraak is gedaan in het kader van de afgifte van garanties. Dat doet er echter niets aan af dat INSO hiermee een niet mis te verstaan voorbehoud maakt dat zij verschillende configuraties zal aanbieden voor verschillende prijzen die dus niet in haar aanneemsom zijn opgenomen. Dat zet de deur open voor het vergelijken van appels en peren, want op deze manier verwerft INSO zich in strijd met de voorschriften een gelegenheid om haar aanneemsom te herzien indien SZV voor betere apparatuur zou kiezen. VAMED heeft bij haar inschrijving juist rekening gehouden met het leveren van uitstekende apparatuur met de daarbij behorende (hogere) prijs. Hierdoor wordt het gelijkheidsbeginsel geweld

¹¹ E.H. Pijnacker Hordijk c.s., *Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 362, zie ook de daar genoemde zeer uitgebreide jurisprudentie.



aan gedaan. Bovendien wordt VAMED hierdoor op het verkeerde been gezet, want als vooraf duidelijk zou zijn dat het nog mogelijk zou zijn om SZV een menukaart van apparatuur aan te bieden, dan had VAMED er misschien ook wel voor gekozen om haar inschrijving anders in te richten.

Gevolgen ongeldigheid inschrijving INSO

- 5.18 De tussenconclusie is dat de inschrijving van INSO ongeldig is, niet alleen omdat sprake is van een abnormaal lage inschrijving, maar ook vanwege het feit dat niet alle eisen in acht zijn genomen.
- 5.19 Indien een inschrijving ongeldig is, dan wordt die inschrijving geacht niet te zijn ingediend en mag die niet door SZV in aanmerking worden genomen¹². Dat betekent dat de scores van de overblijvende twee inschrijvers dan moeten worden herzien. Dat betekent dat VAMED dan de inschrijver op het criterium "Design & Construction Costs" wordt en daarvoor 40 punten ontvangt (in plaats van nul punten in de huidige beoordeling). BAM/Philips heeft een prijs op dit onderdeel die meer dan 20% boven deze prijs ligt en ontvangt dan nul punten (ook nul punten in de huidige beoordeling) (Productie 2, pagina 21, paragraaf 1.1). Op het criterium "Maintenance Costs" heeft BAM/Philips dan de laagste inschrijving en ontvangt 30 punten (in plaats van nul punten in de huidige beoordeling). De score van VAMED wordt berekend volgens de in de Aanbestedingsleidraad opgenomen formule (Productie 2, pagina 21-22, paragraaf 1.2) en wordt 21,9 punten. De nieuwe scores worden dan:
- | | | |
|-------------|----------------------|--------------|
| VAMED | $82,8 + 40 + 21,9 =$ | 144,7 |
| BAM/Philips | $103,8 + 0 + 30 =$ | 133,8 |
- 5.20 Dat betekent dat VAMED de nieuwe winnaar is met de hoogste score en dat de opdracht aan VAMED moet worden gegund (indien SZV nog wenst over te gaan tot de bouw van het nieuwe ziekenhuis).
- 5.21 De primaire vordering van VAMED heeft dan ook betrekking op het ongeldig verklaren van de inschrijving van INSO en het verbod tot gunnen aan ieder ander dan VAMED (omdat VAMED de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving is). Om te voorkomen dat SZV een gerechtelijke uitspraak aan haar laars lapt, dient een dwangsom te worden vastgesteld die voldoende hoog is om te voorkomen dat SZV toch in de verleiding zou komen het vonnis niet op te volgen. Gezien het financiële belang van het contract lijkt een dwangsom van USD 10.000.000 redelijk.
- 5.22 Indien uw Gerecht van mening is dat de inschrijving van INSO niet ongeldig is, dan zal moeten worden gekeken naar de subsidiaire vordering waarbij de vraag centraal staat of de aanbestedingsprocedure aan de daaraan te stellen eisen voldoet. VAMED zal daarop hierna ingaan.

Aanbestedingsprocedure is ongeldig vanwege strijd met algemene beginselen (Ad A.)

¹² Pijnacker Hordijk, p. 358.



- 5.23 Conform vaste jurisprudentie zijn op deze aanbestedingsprocedure de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht waaronder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel van toepassing (zie hiervoor in hoofdstuk 4).
- 5.24 Het doel van het transparantiebeginsel heeft het Hof van Justitie EG als volgt verwoord (Hof van Justitie EG 29 april 2004, C-496/99):

“Het beginsel van doorzichtigheid dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn”.

Het Hof van Justitie EG 25 april 1996 (C-87/94) voegt hieraan toe dat:

“... een minimum aan doorzichtigheid dient te worden gewaarborgd en passende methoden dienen te worden vastgesteld om toe te zien op de toepassing van deze richtlijn”.

- 5.25 Op grond van het transparantiebeginsel geldt dus dat:
- (sub)gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht moeten zijn vermeld en zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren;
 - (sub)gunningscriteria mogen geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid bieden;
 - (sub)gunningscriteria verband dienen te houden met de opdracht.

a. Formulering gunningscriteria

- 5.26 Het Hof van Justitie EG stelt vast dat *“alle potentiële inschrijvers vóór de voorbereiding van hun offertes in kennis dienen te worden gesteld van de gunningscriteria waaraan die offertes moeten voldoen kennis te nemen, alsmede van het relatieve belang van deze criteria om aldus de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en van het beginsel van transparantie te waarborgen”* (Hof van Justitie EG 12 december 2002 C-470/99, Universale Bau).
- 5.27 Om te kunnen voldoen aan de eisen van transparantie moet de wijze van beoordelen zodanig zijn gespecificeerd dat een redelijk geïnformeerde inschrijver in staat moet zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.
- 5.28 Volgens de Nederlandse jurisprudentie¹³ is het gebruik van verschillende weegfactoren bij de criteria van de economisch voordeligste aanbieding toegestaan mits dit in de aankondiging bekend is

¹³ RSR/Renkum e.a. Gerechtshof te Arnhem, 5 september 2000; ISS transport/Conexxion President Rechtbank Amsterdam, 8 februari 2001; Relan Werk b.v./Cadans uitvoeringsinstelling b.v. President Rechtbank Utrecht, 21 december 2000.



gemaakt. Achteraf mogen deze factoren in beginsel niet meer worden gewijzigd¹⁴. Niet alleen de elementen van het gunningscriterium, maar ook de mate waarin deze elementen worden gewogen moet volgens de rechter op voorhand bekend worden gemaakt. Een en ander vloeit rechtstreeks voort uit het transparantiebeginsel.

- 5.29 Ten eerste blijkt uit de Aanbestedingsleidraad dat gebruik wordt gemaakt van subgunningscriteria (4 subgunningscriteria op het gunningscriterium "Plan of approach" en vijf subgunningscriteria op het gunningscriterium "Design Solution". SZV heeft echter verzuimd aan te geven wat het relatieve gewicht van deze criteria is, waardoor er vanuit moet worden gegaan dat die weging hetzelfde is. Echter, uit de reactie van SZV (Productie 10) blijkt dat iedere beoordelaar per gunningscriterium (en dus niet per subgunningscriterium) een score heeft gegeven. Daarmee heeft SZV de deur open gezet voor een verschillende weging van die subgunningscriteria en is de deur open gezet voor manipulatie achteraf. VAMED is daardoor op het verkeerde been gezet omdat zij mocht uitgaan van een beoordeling per criterium met gelijk gewicht. Waarschijnlijk is dit ook de reden dat SZV weigert de scores van de verschillende beoordelaars bekend te maken.

- 5.30 Daarnaast blijkt uit de reactie van SZV dat ook nog nieuwe, niet vooraf bekend gemaakte subgunningscriteria zijn geïntroduceerd, althans dat een niet te voorziene uitleg is gegeven aan de bestaande criteria. Uit de reactie van SZV blijkt dat kennelijk een hogere score wordt toegekend aan een inschrijver die verschillende medische apparatuur aanbiedt. Dat was helemaal niet kenbaar uit de Aanbestedingsleidraad. Dat betekent dat SZV zich daarmee ook een keuzevrijheid aanmeet en daarmee de mogelijkheid heeft om het resultaat van de aanbesteding achteraf te sturen.

b. Geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid

- 5.31 Door de toetsing van de inschrijvingen aan een niet vooraf bekend gemaakte invulling van de eisen, verkrijgt SZV een onvoorwaardelijke keuzevrijheid bij de beoordeling van de verschillende inschrijvingen.
- 5.32 Uit de uitspraak van de voorzieningenrechter Den Bosch d.d. 24 januari 2006 (LJN: AV0695) blijkt dat het toekennen van wegingsfactoren achteraf "...de deur open zet voor manipulatie achteraf. Een dergelijke beoordelingsmethodiek voldoet niet aan eisen van objectiviteit en toetsbaarheid achteraf. Dit daargelaten de vraag of de gemeente als aanbesteder in deze zaak willekeurig heeft gehandeld."
- 5.33 In dit verband is behalve de eerdergenoemde introductie van nieuwe criteria en beoordelingspunten ook van belang dat bij de beoordeling van "Local Involvement" kennelijk ook waarde is toegekend aan de wijze van financiering. Dat was door VAMED niet te voorzien.

c. Criteria dienen verband te houden met de opdracht

- 5.34 De gunningscriteria dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht (zie ook HvJEG 17 september 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland; HvJEG 4 december 2003, C-448/01, EVN en Wienstrom).

¹⁴ Zie voor een volledig overzicht het artikel 'Beoordelingsvrijheid bij gunning' van C.J.G.M. Bartels in Tender Nieuwsbrief nr. 2 maart 2003.



- 5.35 Uit het persbericht van de Minister en SZV blijkt het volgende¹⁵:

"There are three finance options; via contractor, via the Government of Sint Maarten and via SZV. Financing via contractor is the least attractive option. The option via the Government saves several million USD's and it is the clear preference to have Sint Maarten own the new General Hospital. Government is diligently working on finalizing this financing. To avoid delays in the project, SZV will be instrumental to provide the required financing. This will create a favorable return on investment of 5% for SZV, a much higher return than the current return on investment of its investment portfolio."

- 5.36 Hieruit blijkt dat het financieringsaanbod dat is opgenomen als onderdeel van de inschrijving en als punt van de beoordeling kennelijk een optie is geworden. Volgens vaste jurisprudentie is het beoordelen van een optie niet toegestaan, mede omdat dit een onzeker onderdeel van de opdracht is.

Onjuiste beoordeling inschrijving VAMED (Ad B.)

- 5.37 VAMED is een zeer ervaren en gespecialiseerde ziekenhuisbouwer. Het door haar opgestelde voorlopige ontwerp is dan ook zeer goed en uitgebreid doordacht, waarbij met vele aspecten rekening is gehouden.
- 5.38 Anders dan INSO, heeft VAMED bij het ontwerp rekening gehouden met de specifieke plaatsing van het ziekenhuis in de omgeving. In dit kader heeft VAMED expliciet rekening gehouden met een separate secundaire ingang aan de achterzijde, omdat bekend is dat de voorzijde niet of moeilijk bereikbaar kan zijn door overstromingen bij zware regenval. Dit is een beter en meer doordacht ontwerp dat INSO niet heeft opgenomen.
- 5.39 Voorts is het helikopterplatform geïntegreerd in het ziekenhuis (op het dak) en niet op de begane grond bij een parkeerplaats, zoals INSO heeft besloten. Deze keuze van INSO creëert enorme risico's en aansprakelijkheden voor de patiëntveiligheid. Een patiënt kan immers niet snel, veilig, blootgesteld aan de elementen en nieuwsgierige toeschouwers worden vervoerd.
- 5.40 INSO heeft tevens een uitbreiding voorgesteld die is losgekoppeld van het hoofdgebouw, terwijl VAMED dat heeft geïntegreerd. Een losse vleugel zorgt ook voor een risico voor patiënten en een verstoorde logistiek. Vervoer van patiënten via de buitenlucht is wederom niet optimaal, in strijd met een goede privacy en levert gezondheidsrisico's op.
- 5.41 Daarbij heeft VAMED inzicht gegeven in de mate waarin zij lokale bedrijven zal betrekken bij de uitvoering, hoewel dat ook een criterium is dat geen verband houdt met de opdracht. Door het opzetten van een "hub" op Sint Maarten zouden veel werkgelegenheid en inkomsten worden gegenereerd, echter dit is niet in de score terug te zien.

¹⁵ <http://www.sintmaartengov.org/PressReleases/Pages/MINISTER-OF-HEALTH-PRESENTS-TENDER-EVALUATION-FOR-NEW-GENERAL-HOSPITAL-OF-SINT-MAARTEN.aspx>



- 5.42 Het is dan ook onbegrijpelijk dat het ontwerp van VAMED lager scoort dan het ontwerp van INSO. SZV heeft dit niet kunnen verklaren en weigert een nader uitleg te geven. Dat is in strijd met het transparantiebeginsel.

Onderhandelingen niet toegestaan (Ad C.)

- 5.43 Uit het persbericht van SZV en de Minister blijkt¹⁶:

"INSO is selected for contract negotiations..."

En

"The contract negotiation phase with INSO will address the conditions and financing of the project."

- 5.44 Kennelijk heeft SZV uitgebreide onderhandelingen gepland, waarbij INSO de mogelijkheid wordt geboden om de condities en prijs van haar inschrijving bij te stellen. Dat zal ook wel de reden zijn, dat VAMED niet de bevestiging krijgt dat de voorwaarden van het contract niet zullen wijzigen. Hierdoor wordt de deur opengezet voor een onderonsje tussen INSO en SZV, waarbij buiten controle van een ieder wezenlijke wijzigingen plaatsvinden en waarbij INSO haar abnormaal lage inschrijving kan "bijstellen". Dat is in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Er mogen geen onderhandelingen plaatsvinden, dat blijkt ook uit het maatgevende Pressetext-arrest¹⁷:

"Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst (zie in die zin arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk, C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punten 44 en 46)."

En ten aanzien van de wezenlijke wijziging is sprake als¹⁸:

"wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen."

Of¹⁹:

¹⁶ <http://www.sintmaartengov.org/PressReleases/Pages/MINISTER-OF-HEALTH-PRESENTS-TENDER-EVALUATION-FOR-NEW-GENERAL-HOSPITAL-OF-SINT-MAARTEN.aspx> en <http://smmc.sx/News/ArticleID/201/TENDER-EVALUATION-FOR-NEW-GENERAL-HOSPITAL-OF-SINT-MAARTEN-FINALIZED>.

¹⁷ Hof van Justitie EU 19 juni 2008, C-454/06, r.o.v. 34.

¹⁸ Hof van Justitie EU 19 juni 2008, C-454/06, r.o.v. 35.

¹⁹ Hof van Justitie EU 19 juni 2008, C-454/06, r.o.v. 37.



“wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.”

SZV mag geen overeenkomst sluiten

i. SZV overschrijdt haar wettelijke taakstelling

- 5.45 Zoals de naam van SZV al aangeeft, is zij een orgaan dat is belast met de uitvoering van sociale verzekeringen en ziektekostenverzekeringen. Dit komt ook tot uitdrukking in artikel 3 Landsverordening Uitvoeringsorgaan Sociale en Ziektekostenverzekeringen (“LUSZV”). Dit artikel bevat een opsomming van taken die aan SZV bij wet zijn opgedragen. Het vermag niet te verbazen dat de onder lid a tot en met h van artikel 3 LUSZV opgesomde taken alle in direct verband staan met werkzaamheden die de sociale verzekeringen en ziektekostenverzekeringen betreffen. Hoewel leden i en j van voornoemd artikel reppen over mogelijke ‘andere werkzaamheden’, zonder deze nader te kwalificeren, kunnen ook deze werkzaamheden niet losgekoppeld worden van activiteiten die de sociale verzekeringen en ziektekostenverzekeringen betreffen. Dit laatste blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de LUSZV waarin met betrekking tot artikel 3 enkel het volgende wordt opgemerkt:

“De taken van het Uitvoeringsorgaan vloeien voort uit de ter zake geldende wetgeving op het gebied van sociale en ziektekostenverzekeringen waarvan de uitvoering aan het uitvoeringsorgaan zal worden opgedragen.”

- 5.46 Het laten bouwen van een nieuw ziekenhuis behoort niet tot de werkzaamheden die de uitvoering van sociale en ziektekostenverzekeringen betreffen.
- 5.47 Uit artikel 2 LUSZV vloeit voort dat SZV moet worden aangemerkt als een zelfstandig bestuursorgaan. Een zelfstandig bestuursorgaan neemt staatsrechtelijk een bijzondere positie in, in die zin dat het, enerzijds, met openbaar gezag is bekleed terwijl het, anderzijds, niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister. Hoewel de minister op hoofdlijnen politiek verantwoordelijk is en blijft voor een goede taakuitvoering door het zelfstandig bestuursorgaan, kan de minister geen bijzondere aanwijzingen aan het zelfstandig bestuursorgaan geven.²⁰ Als norm heeft te gelden dat de uitoefening van openbaar gezag volledig is onderworpen aan de ministeriële verantwoordelijkheid, zodat de Staten te allen tijde in naam van de burger de volledige uitoefening van dit gezag kunnen controleren. Het doorbreken van de ministeriële verantwoordelijkheid dient om deze reden beperkt te blijven. Wanneer in het kader van de oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan toch voor het doorbreken van de ministeriële verantwoordelijkheid wordt gekozen, behoeft dit nadere motivering.
- 5.48 De reden om SZV de status van een zelfstandig bestuursorgaan toe te kennen, is gelegen in het feit dat een strikte scheiding tussen beleid en uitvoering op het gebied van sociale en ziektekostenverzekeringen wordt nagestreefd.²¹ De achterliggende gedachte is dat de uitvoering van sociale en ziektekostenverzekeringen een veelheid aan concrete, min of meer gestandaardiseerde

²⁰ Aanwijzing 98, Aanwijzingen voor de regelgeving van Sint Maarten, AB 2013, no. 26.

²¹ Vgl. J.L. Boxum, J. de Ridder & M. Scheltema, Zelfstandige bestuursorganen in soorten, Deventer: Kluwer 1989



beslissingen behelst in een grote hoeveelheid individuele gevallen (de zogeheten 'beschikkingenfabriek') en dat, om goed te kunnen functioneren, 'de politiek' zich niet constant met details op het gebied van uitvoering van haar beleid zou moeten hoeven bezighouden.

- 5.49 De specifiek aan SZV opgedragen wettelijke taken, namelijk de uitvoering van sociale en ziektekostenverzekeringen, hangen dan ook onlosmakelijk samen met haar hoedanigheid van zelfstandig bestuursorgaan. Het laten bouwen van een ziekenhuis kan alleen hierom al niet tot het toegestane takenpakket van SZV behoren. Er is echter meer aan de hand.

ii. SZV door de overheid gebruikt als oneigenlijk vehikel

- 5.50 De bedoeling is dat het Land uiteindelijk eigenaar wordt van het nieuwe ziekenhuis. Dit wordt onderstreept door het feit dat het Land graag een lening tegen een extra goedkoop rentetarief aan SZV wil verstrekken ter financiering van het project.
- 5.51 Voor het verstrekken van deze lening en de uitgaven voor het project gelden echter de vereisten die zijn opgenomen in de Comptabiliteitslandsverordening en ook de regels in de Rijkswet financieel toezicht Curaçao en Sint Maarten. Het heeft er alles van dat het Land getracht heeft met het "tussenschuiven" van SZV deze regels te omzeilen. Zelfs voor het verstrekken van de lening ontbreken de vereiste toestemmingen. Dit heeft ook voor de inschrijvers materieel nadelige gevolgen gehad.
- 5.52 Cruciaal in dit kader is de openbaarheid van bestuur. Voor zelfstandige bestuursorganen gelden wat dit betreft minder strenge eisen aangezien de Landsverordening Openbaarheid van Bestuur ("LOB") blijkens artikel 16 van deze wet niet op hen van toepassing is. Zo heeft het kunnen gebeuren dat VAMED de kans is ontnomen om op basis van artikel 3 LOB een verzoek om openbaring van informatie in te dienen bij SZV. Het voor het aanbestedingsrecht zo belangrijke transparantiebeginsel kon hierdoor onvoldoende worden gewaarborgd.

Conclusie

- 5.45 Het is duidelijk dat de inschrijving van INSO abnormaal laag is en niet voldoet aan de vereisten. Daardoor wordt een ongelijk speelveld gecreëerd en dient volgens vast jurisprudentie de inschrijving van INSO ongeldig te worden verklaard. Dat is de primaire vordering van VAMED die dient te leiden tot de conclusie dat VAMED de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan, waardoor de opdracht (als SZV wenst te gunnen) aan VAMED moet worden gegund.
- 5.46 De subsidiaire vordering (waaraan uw Gerecht pas toekomt indien de primaire vordering wordt afgewezen), heeft betrekking op de aanbestedingsprocedure. VAMED heeft duidelijk gemaakt dat de opzet, inhoud en uitvoering van de aanbesteding niet voldoet aan de toepasselijke beginselen van het aanbestedingsrecht. De aanbestedingsprocedure dient derhalve te worden ingetrokken.
- 5.47 De meer subsidiaire vordering (waaraan uw Gerecht pas toekomt indien de primaire en de subsidiaire vordering wordt afgewezen) ziet op de mogelijkheden voor SZV om een overeenkomst als de onderhavige aan te gaan. VAMED heeft duidelijk gemaakt dat SZV haar wettelijke taken als zelfstandig bestuursorgaan zou overschrijden door het aangaan van de onderhavige overeenkomst.

Bovendien heeft het er alle schijn van dat het Land de toepasselijke financiële toezichtsregels tracht te omzeilen en dat de vereiste toestemmingen voor het verstrekken van de leningen niet zijn verkregen. SZV kan en mag dus geen overeenkomst aangaan.

6. Verweer SZV

- 6.1 SZV verweert zich door te herhalen dat zij geen informatie wenst te verstrekken en weigert inhoudelijk in te gaan op de valide argumenten van VAMED. Het verweer is opgenomen in Productie 10 en Productie 13 bij dit verweerschrift. In het voorgaande is het verweer weerlegd.

7. Conclusie

- 7.1 Het blijft onbegrijpelijk dat SZV weigert verantwoording af te leggen voor de door haar voorgenomen gunning. Transparantie en gelijkheid zijn een waardevol goed en ook SZV zou dat als zelfstandig bestuursorgaan moeten respecteren.
- 7.2 Het tegendeel is echter waar. SZV hult zich in stilzwijgen en de persuitingen doen vermoeden dat de zorgen en belangen van de andere inschrijvers niet serieus worden genomen. Dat is een gevaarlijke ontwikkeling en draagt niet bij tot goed bestuur en good governance.
- 7.3 Deze procedure is het laatste redmiddel om de rechterlijke macht te verzoeken dit tij te keren. Het mag niet zo zijn dat SZV of de Minister met een dergelijke handelswijze weggelopen en dat straks blijkt dat over de rug van de bevolking van Sint Maarten een "onderonsje" heeft plaatsgevonden waarmee de basis is gelegd voor een desastreus project. Dit klemmt des te meer nu het project een belangrijk project is voor Sint Maarten en een directe relatie heeft met de volksgezondheid. Dat kan en mag niet verzanden in een onuitvoerbaar meerwerkproject waarbij een ziekenhuis met bedenkelijke kwaliteit wordt neergezet en goedkoop ook nu weer duurkoop blijkt te zijn.

8. Bevoegdheid, belangenafweging en spoedeisend belang

- 8.1 Voor zover uw Gerecht zich zou afvragen of zij bevoegd is van dit geschil kennis te nemen, geldt dat het al jarenlang vaste jurisprudentie is dat geschillen over de aanbesteding van een werk door de burgerlijke rechter worden beslist. In dit kader volstaat de verwijzing naar toonaangevende publicaties, zoals het Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht²² alsmede diverse jurisprudentie²³. Dit is overigens een sinds 20 jaar bestendige praktijk in aanbestedingsgeschillen.

²² Pijnacker Hordijk c.s., *Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 579.

²³ Rb. Arnhem 18 mei 1995, BR 1995/693, Rb. Zwolle 21 maart 1983, KG 1983/133.



- 8.2 Op grond van het vorenstaande staat vast dat SZV onrechtmatig jegens VAMED heeft gehandeld, nu SZV in strijd heeft gehandeld met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. VAMED heeft als gegadigde voor de opdracht een groot belang bij een regelmatig verloop van de aanbestedingsprocedure en de gunning van de opdracht aan VAMED.
- 8.3 Dit belang is spoedeisend, omdat SZV heeft aangegeven dat zij zo snel mogelijk (gepland was op 30 augustus 2016) tot contractering met een andere partij dan VAMED zal overgaan. Uit de in dit verzoekschrift aangehaalde persberichten blijkt dat driftig wordt onderhandeld zodat de ondertekening van een contract slechts een kwestie van dagen zou kunnen zijn. In dat licht verzoekt VAMED uw Gerecht tevens om een ordemaatregel, zoals VAMED hierna uiteen zal zetten.

9. Bewijs

- 9.1 VAMED biedt aan al haar stellingen, voorzover door SZV betwist, te bewijzen door alle middelen rehtens, in het bijzonder door de het in het geding gebrachte producties.

10. Vorderingen VAMED

- 10.1 De primaire vordering dient te leiden tot een bevel tot ongeldigverklaring van de inschrijving van INSO. Omdat SZV de officiële naam van INSO weigert bekend te maken, is INSO tevens omschreven als "de partij aan wie SZV voornemens is te gunnen". Als gevolg daarvan is de inschrijving van VAMED de economisch meest voordelige en dient het SZV bevolen te worden aan ieder ander dan VAMED te gunnen. SZV dient dan ook verboden te worden een overeenkomst met INSO aan te gaan. Voor zover SZV hangende dit geding of de correspondentie al zou hebben gecontracteerd met INSO (en daarmee bewust het risico heeft genomen dat uw Gerecht tot het oordeel komt dat dit niet is toegestaan), dient SZV verboden te worden uitvoering te geven aan de overeenkomst. Voor het geval dat SZV daartoe toch zou overgaan via een andere entiteit of special purpose vehicle, omvat de vordering ook dat dit verbod geldt voor zover SZV op die manier zou trachten het vonnis van uw Gerecht te omzeilen.
- 10.2 De subsidiaire vordering dient te leiden tot intrekking van de aanbestedingsprocedure vanwege de hiervoor genoemde onregelmatigheden. Ook hier dient een verbod tot gunning te worden opgelegd en dient SZV verboden te worden een overeenkomst aan te gaan of daar uitvoering aan te geven.
- 10.3 De meer subsidiaire vordering leidt tot een algemeen contracteringsverbod.
- 10.4 De bovengenoemde vordering dienen alleen gesanctioneerd te worden met een dwangsom, aangezien zeker gesteld moet worden dat SZV het vonnis van uw Gerecht respecteert. De hoogte van de dwangsom dient in een redelijke verhouding te staan tot de financiële omvang van de opdracht. In dat kader lijkt VAMED een bedrag van USD 10.000.000 redelijk, doch indien uw Gerecht daar een ander beeld bij heeft, is de hoogte van de dwangsom in goede justitie te bepalen.



Onmiddellijke ordemaatregel

- 10.5 In deze woelige verkiezingstijden is niet uit te sluiten dat SZV al dan niet op aangeven of onder druk van andere bij deze aanbesteding betrokken partijen toch zal overgaan tot het sluiten van een overeenkomst met INSO om daarmee te trachten een voldongen feit te creëren. Om dit te voorkomen in de tijd tot aan de behandeling van dit geding (die het beste na de verkiezingen zou kunnen plaatsvinden om iedere vermenging van politiek en goed governance te vermijden), verzoekt VAMED uw Gerecht eerbiedig om een onmiddellijke ordemaatregel uit te vaardigen, inhoudende dat het SZV dan wel een partij waarop SZV direct of indirect invloed uitoefent verboden wordt om een overeenkomst in het kader van deze aanbesteding met INSO of een andere partij aan te gaan.
- 10.5 De advocaat van VAMED houdt kantoor te Bonaire en verzoekt u bij het bepalen van tijd en datum voor de mondelinge behandeling rekening te houden met de reistijd.

REDEN WAAROM VAMED Uw Gerecht verzoekt om, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

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 de 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 subsidiair

- 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) subsidiair

- 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.

Sint Maarten, 19 september 2016

rrr

Mr. T.L.H. Peeters Msc
Advocaat-gemachtigde



Overzicht producties:

1. Request for Information d.d. 12 april 2016;
2. Tender Instructions d.d. 11 mei 2016;
3. Bijlagen Tender Instructions ;
4. Information Notice d.d. 18 mei 2016;
5. Information Notice d.d. 1 juni 2016;
6. Information Notice d.d. 8 juli 2016;
7. Ontvangstbevestiging inschrijving VAMED d.d. 18 juli 2016;
8. Voornemen tot gunning d.d. 6 augustus 2016;
9. Bezwaarbrief voornemen tot gunning van VAMED d.d. 12 augustus 2016;
10. Emailbericht d.d. 24 augustus 2016 namens SZV betreffende reactie op voornemen gunning;
11. Brief van VAMED d.d. 26 augustus 2016 met nadere reactie en vragen;
12. Brief van VAMED aan SZV laatste verzoek transparantie d.d. 16 september 2016;
13. Emailbericht van het projectteam aan VAMED d.d. 18 september 2016;
14. Artist impression ziekenhuis door VAMED;
15. Benchmark bouwkosten.