

ECLI:NL:OGEAM:2023:28

Instantie	Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten
Datum uitspraak	07-07-2023
Datum publicatie	10-07-2023
Zaaknummer	SXM202300635
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Kort geding
Inhoudsindicatie	Dit kort geding is een vervolg op een eerder kort geding dat heeft geleid tot het vonnis dat is gepubliceerd onder nummer ECLI:NL:OGEAM:2021:49.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN SINT MAARTEN

Zaaknummer: SXM202300635

Vonnis in kort geding d.d. 7 juli 2023

inzake

1 BEARING POINT MANAGEMENT CONSULTING (SINT MAARTEN) B.V.,

gevestigd in Sint Maarten,

2

2. NOESIS INVESTMENT MANAGEMENT N.V.,

gevestigd in Curaçao,

eiseressen,

gemachtigden: mrs. S.N.J. PUTTER, E.R. DE VRIES en R. VRIEZEN

tegen

HET LAND SINT MAARTEN,

zetelend in Sint Maarten,

gedaagde,

gemachtigde: mr. R.F. GIBSON JR.

Partijen zullen hierna BPMC (eiseressen tezamen) en het Land worden genoemd.

1 Verloop van de procedure

- 1.1. BPMC heeft op 15 juni 2023 een verzoekschrift ingediend, alsmede op 20 juni 2023 een akte overlegging producties tevens houdende een eiswijziging. Bij brief van mr. Gibson jr. heeft het Land op 19 juni 2023 producties ingediend. Vervolgens heeft op 20 juni 2023 de mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarbij het Land¹ en der partijen gemachtigden² zijn verschenen en het woord hebben gevoerd. De gemachtigden hebben gepleit conform de overgelegde pleitaantekeningen (BPMC) en pleitnota (het Land). Daarnaast hebben partijen vragen van de rechter beantwoord en gere- en dupliceerd. Op instigatie van de rechter hebben partijen na de zitting de mogelijkheid van een schikking onderzocht. Op 3 juli 2023 hebben de gemachtigden de rechter laten weten dat partijen niet tot een schikking zijn gekomen, zodat vonnis dient te worden gewezen.
- 1.2. Ter zitting heeft het Land toegezegd dat de termijn om biedingen in te dienen is verlengd tot en met 11 juli 2023.
- 1.2. De uitspraak van het vonnis is bij vervroeging bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. Voor de feiten verwijst het Gerecht om te beginnen naar de feiten zoals opgenomen in de overwegingen 2.1. tot en met 2.13 van het – in kracht van gewijsde – gegane kort geding-vonnis van dit Gerecht d.d. 7 mei 2021³. Deze overwegingen worden geacht hier te zijn herhaald en ingevoegd.
- 2.2. Het Gerecht voegt daaraan toe de volgende feiten.
- 2.3. Na voormeld vonnis hebben partijen de mogelijkheid van een schikking onderzocht. Het Land heeft in dat kader een expert ingeschakeld om zijn licht te laten schijnen over de door BPMC gestelde schade⁴. Bij brief d.d. 5 april 2023 heeft (de gemachtigde van) het Land aan (de gemachtigde van) BPMC laten weten dat het bedrag van NAF 10,1 miljoen wordt betwist en verzocht om met een nieuw voorstel te komen.
- 2.4. Bij brief d.d. 27 april 2023 schrijft (de gemachtigde van) BPMC aan (de gemachtigde van) het Land:
"You have indicated that in the meantime the Country wishes to opt for a product based on a different development platform than the one originally proposed and awarded to my client based on the RFP. However, that should not automatically present an obstacle to BearingPoint supplying the contracted ICT-systems because BearingPoint strongly believes it is able and in principle willing tot supply the ICT-systems based on the platforms referenced by the Country, as a part of settlement agreement."

- 2.5. Bij brief d.d. 13 september 2022 schrijft (de gemachtigde van) BPMC aan (de gemachtigde van) het Land van de heer Kamminga te hebben vernomen dat op korte termijn door het Land een nieuwe openbare aanbesteding zal plaatsvinden voor de online portalen van de Tax Administration van Sint Maarten.
- 2.6. Op 17 mei 2023 publiceert het Land de nieuwe aanbesteding voor een geïntegreerd Tax Management System. Tegelijkertijd worden *Terms of Reference* (ToR) beschikbaar gesteld, die significant afwijken van de voor de eerste aanbesteding geldende ToR. Op dat moment gold nog dat uiterlijk op 21 juni 2023 biedingen konden worden ingediend.
- 2.7. BPMC heeft van de mogelijkheid om vragen in te dienen gebruik gemaakt. Hoewel zij meer dan 20 vragen heeft ingediend⁵, heeft het Land al haar vragen beantwoord.
- 2.8. Bij brief d.d. 13 juni 2023 sommeert (de gemachtigde van) BPMC (de gemachtigde van) het Land om de aanbesteding in te trekken, dan wel op te schorten.

3 Het geschil

- 3.1. BPMC vordert – na eisenwijziging – bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

PRIMAIR

A. Het Land te bevelen om direct na kennisname van het in deze te wijzen vonnis, de aanbesteding in te trekken en ingetrokken te houden, en deze intrekking direct openbaar te publiceren op gelijke wijze als de aanbesteding, ter kennisname van het publiek;

SUBSIDIAR

B. Het Land te bevelen om direct na kennisname van het in deze te wijzen vonnis de 2023 Aanbesteding op te schorten en opgeschort te houden, en deze opschorting direct openbaar te publiceren op gelijke wijze als de aanbesteding, ter kennisname van het publiek, totdat wordt heraanbesteed, welke heraanbesteding uiterlijk op de dag van publicatie behoort te worden genotificeerd aan de advocaat van BPMC, en terwijl in die heraanbesteding:

(i) volledig inzicht wordt geboden in de door het Land te hanteren scoringsmethodiek, waarbij het Land in elk geval verplicht is om:

(a) aan elk individueel gunningscriterium een afzonderlijk aantal te behalen punten toe te kennen;

(b) inschrijvers te informeren over de door hen behaalde score en, indien de inschrijver dat niet zelf is, ook over de door de winnaar behaalde score, waarbij zowel inzicht wordt geboden in de score per individueel gunningscriterium en de totaalscore(s), uiterlijk op het moment van de in de *Terms of Reference* opgenomen deadline van de "Selection bidder";

(ii) geen vereiste wordt gesteld op grond waarvan (kandidaat-)inschrijvers worden uitgesloten als zij de software niet in een ".net"- of Microsoft Dynamics-omgeving hebben ontwikkeld;

(iii) redelijke termijnen worden gehanteerd, waarbij de volgende minimale termijnen hebben te gelden:

(a) een termijn van 4 weken tussen publicatie van de aanbesteding en het stellen van vragen;

(b) een termijn van 3 weken tussen beantwoording van vragen en het doen van een inschrijving;

(c) een termijn van 3 weken tussen de notificatie dat een inschrijver doorgaat naar de knock-out ronde en het geven van een demonstratie c.q. aantonen van het *proof of concept*;

(iv) geen beperkingen worden gesteld aan het aantal te stellen vragen;

(v) te bepalen dat inschrijvers na de "Selection bidder" een minimale periode hebben van 4 weken

om bezwaar te maken tegen de (voorlopige) uitkomst van de aanbesteding, binnen welke periode het het Land niet is toegestaan een overeenkomst te sluiten met enige inschrijver;

PRIMAIR EN SUBSIDIAIR

C. te bepalen dat het Land een dwangsom verbeurt van NAF 250.000 voor iedere dag (een gedeelte van een dag daaronder begrepen) dat nagelaten wordt volledig in overeenstemming te handelen met enig ge- of verbod zoals hiervoor in het petitum is gevorderd, waarbij zal hebben te gelden dat enige dwangsomveroordeling telkens afzonderlijk wordt opgelegd voor elke overtreding van enig ge- of verbod;

MEER SUBSIDIAIR

D. het Land te veroordelen een bedrag van NAF 1 miljoen te betalen aan BPMC, welk bedrag uiterlijk binnen 2 weken na het in deze te wijzen vonnis door BPMC behoort te zijn ontvangen;

PRIMAIR, SUBSIDIAIR EN MEER SUBSIDIAIR

E. het Land te veroordelen in de kosten van deze procedure, waarbij deze kosten uiterlijk binnen 5 dagen na het in deze te wijzen vonnis dienen te zijn voldaan, waarbij zal hebben te gelden dat wettelijke rente wordt opgelegd vanaf de eerste dag na het verstrijken van voornoemde voldoeningstermijn tot de dag van algehele voldoening.

- 3.2. Ter zitting heeft BPMC haar subsidiaire vordering verduidelijkt, in die zin dat indien het Gerecht deze eis niet geheel toewijst, de meer subsidiaire vordering beoordeeld dient te worden.
- 3.3. BPMC legt aan haar vordering ten grondslag dat de aanbesteding van 2023 onrechtmatig jegens haar is, althans in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid, althans met de jegens BPMC in acht te nemen beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de zorgvuldigheid. De inhoud van de aanbesteding is ook in strijd met de op Sint Maarten geldende aanbestedingswet- en regelgeving. Voorts acht BPMC de ToR incompleet, onduidelijk en onjuist en stelt zij dat indien de opdracht niet alsnog aan haar wordt gegeven haar schade NAF 10,21 miljoen bedraagt.
- 3.4. Het Land voert verweer.
- 3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

- 4.1. Het spoedeisend belang van BPMC is voldoende onderbouwd gelet op de aard van de zaak. Wat betreft de meer subsidiaire vordering wordt dat hieronder nader gemotiveerd.
- 4.2. De primaire vordering wordt afgewezen. Hoewel het kort geding-vonnis d.d. 7 mei 2021 geen gezag van gewijsde heeft tussen partijen, komt het wel pseudo-gezag van gewijsde toe. Van het vonnis is immers geen hoger beroep ingesteld, terwijl evenmin nadien een bodemprocedure is geëntameerd. Toewijzing van de primaire vordering zou erop neerkomen dat het oordeel zoals vervat in het eerdere kort geding-vonnis ter zijde wordt geschoven, hetgeen onrecht zou doen aan de rechtszekerheid en aan de beginselen van een behoorlijke procesorde. Bovendien zijn er sedert de uitschrijving van de eerste aanbesteding (juni 2017) en nu inmiddels zes jaren verstreken. Van het Land kan ook om die reden niet worden verlangd om met BPMC voort te gaan op basis van de uitkomst van die aanbesteding.
- 4.3. De subsidiaire vordering wordt eveneens afgewezen, nu het Gerecht deze vordering niet in alle onderdelen kan toewijzen, hetgeen in ieder geval geldt voor de volgende onderdelen. Ten aanzien van onderdeel B-i-a geldt dat het Land ter zitting heeft toegezegd aan elk individueel gunningscriterium een afzonderlijk aantal punten te zullen toekennen en die punten aan de

(kandidaat) inschrijvers bekend te zullen maken. BPMC heeft daarom geen belang meer bij toewijzing van dit onderdeel.

Ten aanzien van onderdeel B-ii geldt dat het aan het Land is om te kiezen in welke omgeving de software moet worden ontwikkeld. Het Land heeft ter zitting uitgelegd om welke redenen er voor een Microsoft dot.net, Microsoft Dynamics- of Java®-omgeving is gekozen. Deze redenen komen het Gerecht valabel voor. De stelling van BPMC dat het Land de keuze voor deze omgevingen heeft gemaakt om één van de kandidaten te bevoordelen, is niet aannemelijk geworden. Dat BPMC vanwege de keuze van het Land buitenspel wordt gezet, wordt weersproken in het gedeelte van de brief dat in overweging 2.4. is opgenomen: zij was op dat moment bereid en in staat om ICT-systemen te leveren op basis van de door het Land gekozen omgevingen. Niet aannemelijk is geworden dat dat inmiddels niet meer zou gelden.

Wat betreft onderdeel B-iv is gebleken dat BPMC meer dan 20 vragen heeft ingediend en dat het Land al die vragen heeft beantwoord. BPMC heeft ter zitting niet kunnen concretiseren welke aanvullende vragen zij nog zou willen stellen. Zoals het Land ter zitting heeft vermeld gaat het niet strikt om met het aantal ingediende vragen. BPMC heeft gelet op een en ander geen belang (meer) bij toewijzing van dit onderdeel.

4.4. De meer subsidiaire vordering van BPMC zal worden toegewezen. Hoewel sinds het eerste kort geding en dit kort geding inmiddels ruim twee jaren zijn verstreken, is voldoende aannemelijk geworden dat partijen sindsdien hebben getracht in der minne tot een oplossing te komen⁷. Bovendien heeft BPMC naar het oordeel van het Gerecht een sterke zaak als het gaat om een door het Land te betalen schadevergoeding. Een en ander leidt tot de conclusie dat er ook ten aanzien van de meer subsidiaire vordering voldoende spoedeisend belang is.

Voorts geldt ook hier het in overweging 4.2. vermelde pseudo-gezag van gewijsde. Hetgeen het Land ter zitting heeft aangevoerd⁸, is onvoldoende om tot de conclusie te komen dat niet aannemelijk is dat het Land schadelijkt is jegens BPMC.

Dat de door BPMC door toedoen van het Land geleden schade ruimschoots een bedrag van NAF 1.000.000,- overtreft, is aannemelijk geworden, mede omdat het Land geen verweer heeft gevoerd tegen de hoogte van de schadevergoeding.

Dat sprake is van een restitutierisico is gesteld noch gebleken.

4.5. Nu beide partijen gedeeltelijk in het (on)gelijk worden gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5 De beslissing

Het Gerecht:

rechtdoende in kort geding:

- 5.1. veroordeelt het Land om binnen twee weken na heden aan BPMC te betalen een bedrag van NAF. 1.000.000,- (één miljoen Antilliaanse guldens);
- 5.2. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.3. compenseert de proceskosten, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;
- 5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.A.F.M. Wouters, rechter, bijgestaan door J.F.M. Becker, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 7 juli 2023.

¹ In de persoon van: heer J. van Duinkerken (juridisch adviseur van de Minister van Financiën), de heer A. Peels (voormalig lid van de Selectiecommissie), de heer J. Kamminga (projectleider c.q. programmamanager van de Belastingdienst), de heer F. Badejo (waarnemend hoofd van de afdeling ICT van het Ministerie van Financiën), mevrouw C. Joseph (directeur van SOAB Sint Maarten) en mevrouw N. Emperador (medewerker van SOAB Sint Maarten).

² Voor BPMC: mrs. Putter en Vriezen.

³ SXM202100439, ECLI:NL:OGEAM:2021:49

⁴ Op dat moment bedroeg die volgens BPMC Naf 10,1 miljoen.

⁵ In de ToR was het maximum aantal te stellen vragen bepaald op 20 (zie pagina 80).

⁶ Dat ook voor deze omgeving kan worden gekozen werd tijdens de zitting duidelijk.

⁷ Uit overweging 2.3. blijkt dat er in ieder geval tot en met 5 april 2023 nog overleg werd gevoerd.

⁸ Zie pleitnota onder 42 en 43.
