

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 166.326 van 28 december 2006
in de zaak A. 179.282/XII-4949.**

In zake : de VZW MENSURA EXTERNE DIENST VOOR PREVENTIE
EN BESCHERMING OP HET WERK,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Lindemans,
kantoor houdende te Brussel,
Keizerslaan 3

tegen :

de PROVINCIE ANTWERPEN
die woonplaats kiest bij
advocaat Chr. Coen,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210 A.

tussenkommende partij :

de VZW INTERDISCIPLINAIRE DIENST VOOR HET
WELZIJN (IDEWE),
die woonplaats kiest bij
advocaten K. Geelen en K. Wauters,
kantoor houdende te Hasselt,
Gouverneur Roppesingel 131.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de VZW Mensura Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk op 11 december 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “het besluit van de bestendige deputatie van de provincie Antwerpen van 30 november 2006, waarbij de overheidsopdracht voor het uitvoeren van opdrachten als externe dienst voor preventie en bescherming op het werk voor de provincie Antwerpen wordt gegund aan de VZW Idewe”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 12 december 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 december 2006, om 10.30 uur;

Gezien het op 18 december 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de VZW Interdisciplinaire Dienst voor het Welzijn (IDEWE) vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Honnay, die loco advocaat D. Lindemans verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat Chr. Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat K. Wauters, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

De gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat:

De opdracht

1. Verzoekende partij vecht de beslissing aan van de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen van 30 november 2006 waarbij de overheidsopdracht voor het uitvoeren van opdrachten als externe dienst voor preventie en bescherming op het werk voor de provincie Antwerpen wordt gegund aan de VZW IDEWE.

2. Overeenkomstig het toepasselijke bestek wordt de opdracht toegewezen volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag en betreft het een opdracht voor de aanneming van diensten.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven :

“De dienstverlener verbindt er zich toe de prestaties, verder gespecificeerd in deel 2 Technische bepalingen, ingevolge de toepassing van de Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk (B.S. 18/09/96) uit te voeren als externe dienst voor preventie en bescherming op het werk (hierna EDPBW genoemd) voor de opdrachtgever”.

De overeenkomst is van onbepaalde duur, is jaarlijks opzegbaar en heeft een maximumduur van vijf jaar.

De opdracht is een opdracht volgens prijslijst.

Het bestek (blz. 5) bepaalt betreffende de gunningscriteria :

“De offertes worden beoordeeld volgens hierna vermelde gunningscriteria :

1. Dienstverlening :	30 %
2. Prijs :	30 %
3. Wijze van (samen)werken :	25 %
4. Geografische spreiding van de medische onderzoekscentra t.o.v. de verschillende provinciale entiteiten :	15 %”.

De regelgeving inzake de prijs

De externe diensten voor preventie en bescherming op het werk zijn krachtens de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, en het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk, ertoe gehouden forfaitaire minimumbijdragen aan te rekenen voor een bepaald pakket van algemene minimumprestaties.

In de praktijk worden voor laatstgenoemde prestaties door al deze externe diensten aan hun cliënten blijkbaar slechts de forfaitaire minimum bijdragen aangerekend.

Om toch naar prijs te kunnen oordelen, blijkt verwerende partij bij de voorliggende opdracht dienvolgens ook prijzen te hebben gewild voor :

- individuele prestaties die niet in de algemene minimumprestaties begrepen zijn;
- individuele prestaties die wel in het betrokken forfait begrepen zijn doch na uitputting van dit forfait niet meer vallen onder de forfaitaire minimum bijdrage.

Precies dergelijke prestaties, zoals bepaalde inentingen en medische prestaties zoals bijvoorbeeld audiometrisch onderzoek, lijken tot een onderscheid te kunnen leiden tussen de offertes van de inschrijvers. Een en ander wordt ter terechtzitting door de partijen bevestigd.

Deze achterliggende beweegredenen lijken echter niet met zoveel woorden in het bestek te zijn opgenomen. Op een bij het bestek gevoegde prijslijst worden aldus vier categorieën prijzen gevraagd (bestek blz. 13/14) :

1. forfaitaire bijdrage medische onderzoeken
2. inenting (prestatie + huidige prijs product)
3. medische prestatie
4. technische prestatie.

Dit alles getoetst aan de offertes lijkt uit te wijzen dat inderdaad wat “1. forfaitaire bijdrage medische onderzoeken” betreft de inschrijvers de jaarlijkse minimumbijdrage lijken aan te rekenen. De differentiatie blijkt te zijn gesitueerd bij de drie overige rubrieken die telkens nader onderverdeeld zijn.

Het verloop van de gunningsprocedure

3. De aankondiging van de opdracht verschijnt in het Bulletin der Aanbestedingen op 29 juni 2006 en Europees op 1 juli 2006.

4. Op 23 augustus 2006, dag der opening der offertes, blijken er vier inschrijvers tijdig offertes te hebben ingediend :

- IDEWE vzw - tussenkomende partij
- Mensura vzw - verzoekende partij
- Encare Prevent vzw
- IKMO vzw.

5. Op 7 september 2006 beslist verwerende partij de laattijdige offerte van de vzw Arista te weren. Deze vzw wordt ingelicht bij brief van 15 september 2006.

6. Verwerende partij stuurt op 17 oktober 2006 aan Encare Prevent en op 18 oktober 2006 aan IDEWE en IKMO een e-mailbericht. Er worden

vragen gesteld naar de prijsopgave aangezien in de offerte, “meer bepaald de prijsopgave, [...] er voor een aantal onderdelen 0 euro [is] vermeld als zijnde vervat in de forfaitaire bijdrage” en er wordt medegedeeld “om bij de beoordeling vergissingen uit te sluiten, hadden wij graag, per brief, toch nog een prijsopgave gehad voor de volgende onderdelen : [...]”. Voorts volgen per inschrijver de betrokken posten waaromtrent verwerende partij deze inschrijvers verzoekt die vermelding opnieuw te bekijken en in voorkomend geval een prijs op te geven.

De betrokken inschrijvers geven een antwoord: er wordt ofwel een prijs op het onderdeel gesteld ofwel blijft het 0 euro/nihil.

7. Verzoekende partij krijgt op 27 oktober 2006 van verwerende partij een e-mailbericht waarin staat dat verzoekende partij een 2 % indexverhoging heeft toegepast die niet in rekening mag worden genomen. Verzoekende partij wordt gevraagd de prijslijst te willen overdoen maar “dus met de huidige tarieven en zonder de 2 % indexverhoging”.

Verzoekende partij geeft op 30 oktober 2006 een aangepaste prijslijst.

8. Op 9 november 2006 wordt het gunningsverslag opgesteld. Inzake de gunningscriteria blijkt daaruit hetgeen volgt:

a. bij het criterium dienstverlening

Hier wordt “gepeild naar een aantal specifieke voorwaarden” die het onderwerp uitmaken van de toekomstige samenwerking zoals de aanwijzing van één vaste arbeidsgeneesheer- preventieadviseur en het feit dat aan alle personeelsleden een tweejaarlijks medisch onderzoek wordt aangeboden.

De ranking voor dit gunningscriterium is :

	Encare Prevent	IDEWE	IKMO	Mensura
op 30 punten	27,19	28,14	18,75	28,14

b. bij de prijs als gunningscriterium.

Hierbij wordt het volgende vermeld :

“Het is bekend dat de EDPBW's [=Externe diensten voor preventie en bescherming op het werk] werken aan de wettelijk vastgestelde minimum tarieven (meer mag, minder niet). Prijsvraag naar de forfaitaire bijdragen (berekend op basis van het aantal onderworpen en niet-onderworpen personeelsleden aan het medisch onderzoek) alleen zou geen uitkomst bieden.

Daarom werd op basis van de cijfers van een echt verlopen jaar (2005) gevraagd wat iedere EDPBW extra zou vragen na uitputting van de forfaitaire bijdragen.

Hiertoe werd in de prijsvraag naar een aantal medische tussenkomsten gepeild (ondanks het feit dat sommige ervan vervat zitten in de forfaitaire bijdrage).

De inschrijvers hebben dit echter niet zo geïnterpreteerd en hebben op verschillende onderdelen toch 0 euro voorzien, met de vermelding dat het vervat zit in de forfaitaire bijdrage.

Enkel MENSURA heeft voor elk onderdeel een prijsbepaling gedaan met daarnaast de totaalprijs volgens de opgegeven aantallen per onderdeel. Zij hebben eveneens in hun prijsopgave de wettelijke toegelaten 2% indexverhoging voor volgend jaar toegepast. De andere inschrijvers hebben dit niet gedaan.

Om een correcte vergelijking mogelijk te maken werd aan MENSURA gevraagd naar een aangepaste prijsopgave waarin de 2 % indexverhoging niet inbegrepen zit. Deze werd bekomen.

Aan de andere inschrijvers werd gevraagd om voor de onderdelen met prijsopgave “0 euro (vervat in bijdrage)” toch een bedrag in te vullen. Van alle inschrijvers werd, voor de respectievelijke onderdelen, een prijsopgave bekomen.

Een gedetailleerde prijsvergelijking is terug te vinden als bijlage. Hierin zijn de onderdelen die los staan van de forfaitaire bijdragen in het groen ingekleurd. Het zijn ook deze onderdelen die het verschil maken in de totaalprijs.

De prijsvergelijking gebeurt op basis van de door de kandidaten gegeven totale kostprijs.

Voor de puntenscore wordt er wiskundig gewaardeerd aan de hand van de volgende formule :

ENCARE PREVENT: $227.862,30 \times 30 = 30$
IDEWE : $227.862,30 : 233.398,45 \times 30 = 29,29$
IKMO : $227.862,30 : 232.214,95 \times 30 = 29,44$
MENSURA : $227.862,30 : 241.295,22 \times 30 = 28,33$.”

Dit geeft de volgende ranking :

	Encare Prevent	IDEWE	IKMO	Mensura
Punten :	30	29,29	29,44	28,33

c. De wijze van (samen)werken als gunningscriterium.

De puntentoekenning gebeurt hier op basis van een aantal items in het bestek.

Zulks leidt tot de volgende ranking :

	Encare Prevent	IDEWE	IKMO	Mensura
Punten	21,33	23,83	17,84	23,42

d. De geografische spreiding van de medische onderzoekcentra t.o.v. de verschillende provinciale entiteiten als gunningscriterium.

Benadrukt wordt het belang dat de verplaatsingen van de werknemers van verwerende partij voor de medische onderzoeken zo kort mogelijk worden gehouden, zowel in afstand als in tijd.

Daaruit volgt de volgende ranking :

	Encare Prevent	IDEWE	IKMO	Mensura
Plaats:	4 ^{de}	1 ^{ste}	1 ^{ste}	3 ^{de}
Punten:	3.75	15	15	7.50

Op grond van de behaalde punten voor de verschillende gunningscriteria wordt het eindtotaal :

	Encare Prevent	IDEWE	IKMO	Mensura
op 100 punten	82,27	96,26	81,03	87,39

9. Op 30 november 2006 beslist verwerende partij met de bestreden beslissing voor een bedrag van 1.238.910 euro de opdracht ingaand op 1 januari 2007 te gunnen aan de vzw IDEWE, tussenkomen de partij;

De excepties

10. Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partijen in excepties het belang van verzoekende partij bij haar vordering en haar middel betwisten; dat er vooralsnog geen noodzaak is om die excepties te onderzoeken en er uitspraak over te doen in de huidige schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat zulks slechts noodzakelijk zou zijn indien aan alle schorsingsvoorwaarden zou zijn voldaan hetgeen, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

De grondvoorwaarden tot schorsing

11. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

12. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat verzoekende partij in een enig middel de schending aanvoert van de artikelen 110 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel; dat daartoe, na de passage betreffende het gunningscriterium prijs uit het gunningsverslag te hebben aangehaald, verzoekende partij er op wijst dat verwerende partij, na te hebben vastgesteld dat de overige inschrijvers het bestek verkeerd begrepen hadden, na de opening van de offertes aan die inschrijvers gevraagd heeft “om voor de onderdelen met prijsopgave ‘0 euro (vervat in bijdrage)’ toch een bedrag in te vullen”, terwijl met verzoekende partij in dit kader geen contact werd opgenomen, zodat er dus sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel, dat het immers prijsonderdelen betrof die het verschil maakten in prijs, dat volgens artikel 115, vierde [lees : vijfde] lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 de aanbestedende overheid slechts in contact treedt met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen, dat het hier een fout betrof in de offertes die niet meer

verbeterd mocht worden, dat met toepassing van artikel 110 van voormeld koninklijk besluit verwerende partij de betrokken offertes als onregelmatig had dienen te verwerpen, dat immers in elk geval de voormelde verduidelijkingen of aanvullingen niet toelaten om welke onregelmatigheid dan ook te dekken die een ingediende offerte zou aantasten, dat verwerende partij had moeten heraanbesteden zo vastgesteld werd dat de meerderheid der inschrijvers tot eenzelfde foute interpretatie van het bestek waren gekomen, dat verwerende partij op zijn minst onzorgvuldig is geweest bij het vaststellen van het bestek en dat zij in elk geval overhaast en onzorgvuldig is opgetreden bij de rechtzetting van deze vermeende dubbelzinnigheid;

Overwegende dat verwerende partij antwoordt dat zij, gelet op de wijze waarop de prijzen werden opgegeven, kon vermoeden dat de inschrijvers zich eventueel zouden hebben vergist betreffende de draagwijdte van de talrijke “0-opgaven” bij de eenheidsprijzen, dat zij niet om een wijziging van de prijs vroeg maar duidelijker liet stellen op welke wijze de betrokken inschrijvers het bestek hadden begrepen teneinde de prijzen op correcte wijze te kunnen verbeteren met het oog op vergelijking, dat de prijsopgaven immers voor interpretatie vatbaar waren, dat de gelijkheid niet werd geschaad, dat verzoekende partij trouwens zelf haar prijzen diende om te rekenen om, betreffende een indexering, vergelijking mogelijk te maken; dat tussenkomende partij opmerkt dat te dezen geen onderhandelingen werden gevoerd, dat contact werd gezocht om bijkomende uitleg te krijgen over de meetstaat, dat haar offerte conform het bestek was en deze contactname eigenlijk overbodig was, dat zij haar prijzen niet heeft aangevuld, dat ze enkel bepaalde aspecten van de meetstaat opnieuw heeft uitgelegd en dat, zelfs indien tussenkomende partij bepaalde prijzen zou hebben aangevuld, zulks haar prijs enkel heeft verhoogd;

13. Overwegende dat verwerende partij voor diverse opties stond toen ze vaststelde dat van de vier inschrijvers er drie blijkbaar niet juist begrepen hadden wat er van hen verwacht werd bij het invullen van de prijslijst aangezien een aantal posten onder de rubrieken 2, 3 en 4 van die lijst werden ingevuld met nul euro, al dan niet met de vermelding dat de prestatie onder die subrubriek vervat zat in de jaarlijkse forfaitaire bijdrage ofwel het minimum basispakket; dat aldus verwerende partij -ongeacht de rechtmatigheid van de opties zelf - bijvoorbeeld kon beslissen :

- de procedure stop te zetten en te hervatten met een duidelijker bestek;

- de offertes van bepaalde, misschien zelfs van de drie betrokken inschrijvers, onregelmatig te verklaren op grond van artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996;
- de offertes te behandelen overeenkomstig artikel 115, vijfde lid, van het meervermelde besluit hetgeen de aanbestedende overheid toestaat in contact te treden met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen;

Overwegende dat lijkt aangetoond dat in elk geval het bestek niet al te duidelijk was: dat immers drie van de vier inschrijvers lijken te hebben gedwaald door ervan uit te gaan dat het bestek verkeerd was door prijzen te vragen die besloten lagen in het forfait; dat in dat verband zulks ook voor tussenkomende partij het geval leek en haar bewering dat haar initiële offerte volledig was en conform het bestek niet helemaal kan worden bijgevalen; dat in dergelijke omstandigheden, waarbij het bestek hoofdoorzaak van onzekerheid is, het van zorgvuldig bestuur lijkt te getuigen om niet de optie te nemen inschrijvers onregelmatig te verklaren op grond van de betrokken onduidelijkheden in het bestek; dat de procedure herbeginnen dan ook een rechtmatige optie lijkt maar niet de enige, in het licht van de mogelijke toepassing van artikel 115, vijfde lid, zoals hierna blijkt;

Overwegende dat uiteindelijk de vraag rijst of de verwerende partij door te kiezen voor de optie om in contact te treden met de inschrijvers op grond van artikel 115, vijfde lid, buiten het toepassingsgebied van deze bepaling is getreden; dat krachtens die bepaling onderhandelingen over de offerte verboden lijken, gelijke behandeling der inschrijvers bij contactname verplicht lijkt en ook de bedoeling van de verwerende partij relevant is; dat het aldus een oorbare bedoeling van een bevraging kan lijken om de inhoud en de duidelijkheidsgraad van de offertes op elkaar af te stemmen;

Overwegende dat te dezen de ingediende offertes onvergelijkbaar leken :

- de offerte van verzoekende partij had een indexaanpassing verrekend;
- de offertes van de andere inschrijvers hadden bepaalde prestaties op nul euro begroot - en dus wel degelijk een prijs opgegeven - doch onder dien verstande dat ze begrepen waren in het minimumpakket;

Overwegende dat verwerende partij alsdan opteerde voor verduidelijking van en het bestek en de offertes met het oog op het vergelijkbaar maken van de offertes met als gevolg dat de prijzen van de drie met verzoekende partij concurrerende inschrijvers door de uitsplitsing van bepaalde prestaties uit het minimumpakket, zelfs aanzienlijk stegen zoals de verwerende partij in de nota aangeeft en op dat punt niet wordt tegengesproken; dat het aldus niet lijkt dat de gevolgde werkwijze het gelijkheidsbeginsel geschonden heeft daar waar verwerende partij alle inschrijvers die in hun offerte verwezen naar het forfait, verduidelijking vroeg niet om hun offertes alsnog regelmatig te maken doch om deze vergelijkbaar te maken, ook met de offerte van verzoekende partij;

Overwegende dat het enig middel niet ernstig is; dat dienvolgens niet is voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 voorgeschreven voorwaarden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de VZW Interdisciplinaire Dienst voor het Welzijn (IDEWE) in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid , bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achtentwintig december 2006, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. A. WIJNANTS

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. WIJNANTS

D. VERBIEST.