

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 199.397 van 7 januari 2010
in de zaak A. 194.864/XII-6055**

In zake: de VZW IDEWE, externe dienst voor Preventie
en Bescherming op het werk
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Koen Geelen
kantoor houdend te Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE VLAAMS-BRABANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Boomstraat 14, bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de VZW PROVIKMO, externe dienst voor Preventie
en Bescherming op het werk
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 december 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 19 november 2009 van de Provincie Vlaams Brabant, vertegenwoordigd door de Deputatie van Vlaams-Brabant, waarbij de opdracht voor de aansluiting bij een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk, gegund bij wijze van algemene Europese offerteaanvraag betreffende een contract van onbepaalde duur met ingang van 1 januari 2010; werd toegewezen aan de VZW Provikmo,

Externe dienst voor Preventie en Bescherming op het werk, gelegen te 8200 Brugge, Dirk Martenslaan 26/1”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 17 december 2009 heeft de vzw Provikmo gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 december 2009, om 14 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Filip Van Dievoet, die loco advocaat Michel Van Dievoet verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking uit met het oog op de gunning van een aanneming van diensten omschreven als “Opdracht (raamcontract) voor de aansluiting bij een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk (EDPB)”.

Deze gunningswijze en het bestek worden op 30 juni 2009 goedgekeurd door de provincieraad

De gunningscriteria zijn in artikel 1.15 van het bestek als volgt bepaald (blz. 11 en 12):

“1) Criterium 'Prijs' : 30 punten
[...]

2) Criterium 'Kwaliteit' : 70 punten

Bestaande uit :

a) Het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten) : 30 punten

[...]

b) De wijze waarop de medische onderzoeken beheerd worden : 30 punten,
[...]

c) Het beheer van de regionale consultatiecentra : 10 punten, bestaande uit :

- De lijst van de regionale centra (aantal en verdeling over het grondgebied van de provincie Vlaams-Brabant)

- De beschrijving van de werkmethode (middelen, aanpak) voor het opvolgen van medische dossiers en het oproepen van de ambtenaren die in de centra ontvangen worden. Er wordt gevraagd te letten op de uniformiteit van de inhoud van de medische onderzoeken. Er wordt ook gevraagd te letten op de uniforme aanpak van de andere opdrachten (bezoek aan de werkplaats) en bij het opstellen van werkdocumenten (evaluatieverslagen, verslagen van bezoeken aan de werkplaatsen, ...).”

3.2. De offertes moeten worden ingediend uiterlijk tegen 26 augustus 2009 om 11 uur. Er worden offertes ingediend door onder meer de vzw Provikmo, die vraagt te mogen tussenkomen, en door de verzoekende partij.

3.3. Op 19 november 2009 beslist de verwerende partij alle inschrijvers te selecteren en de opdracht toe te wijzen aan de vzw Provikmo, voor een jaarbedrag van 81.000 euro. Alle offertes werden technisch conform bevonden en - na rekenkundig nazicht waarbij “gezien het een contract van onbepaalde duur betreft [...] eenmalige kortingen (korting voor het eerste jaar) niet in rekening [werden] gebracht bij de vergelijking” - getoetst aan de gunningscriteria waarbij de vzw Provikmo de hoogste score behaalde (88, 85), vóór de verzoekende partij (86,50).

Dit is de bestreden beslissing waarin onder meer wordt gesteld :

“V. Onderzoek en motivering:

1. Gunningcriteria:
[...]

B. Kwaliteit: 70 punten
[...]

B.C. Criterium 'Het beheer van de regionale consultatiecentra': 10 punten

De periodieke onderzoeken gebeuren voor het grootste deel binnen de provinciale infrastructuur.

Dit criterium is dan ook vooral van belang voor speciale onderzoeken waarvoor geen team van arbeidsgeneesheer en verpleegkundige op pad gaat, maar waarvoor de medewerkers zelf een verplaatsing dienen te ondergaan.

De jury is van oordeel dat alle inschrijvers voldoende gespreide consultatiecentra bezitten om de verplaatsingen aanvaardbaar te houden.

Het merendeel van de personeelsleden bevindt zich in Leuven, elke inschrijver heeft in Leuven een consultatielokaal. In de streek rond Halle-Vilvoorde heeft ook elke inschrijver een consultatiebureau.

Voor Halle, Huizingen en Dworp moeten de meeste inschrijvers consultatiebureaus aanbieden die verder liggen. Enkel Provikmo en Idewe kunnen een consultatiebureau dicht in de buurt aanbieden dan de andere inschrijvers.

Alle inschrijvers scoren naar verwachting. Doordat Provikmo en Idewe consultatiecentra kunnen aanbieden dicht bij alle tewerkstellingsplaatsen scoren ze hierop uitstekend.

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
percentage	100	75	100	75	75
punten	10	7,5	10	7,5	7,5

3.4. Bij aangetekend schrijven van 24 november 2009 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte werd geselecteerd voor mededinging maar dat de opdracht werd toegewezen aan de vzw Provikmo, die als beste werd gerangschikt rekening houdend met de in het bestek bepaalde gunningscriteria. Een afschrift van de bestreden beslissing is bijgevoegd.

In fine wordt meegedeeld dat de bestendige deputatie “in toepassing van artikel 21 bis, § 2, 3/ van de [...] wet [van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten]” de termijn waarbinnen beroep kan worden aangetekend heeft bepaald op 15 kalenderdagen, ingaand de dag na de verzending van deze brief, dat de eventuele beroepsprocedure dient te worden gevoerd al naargelang het geval voor een justitiële rechter via een procedure in kort geding of voor de Raad van State via een procedure van uiterst dringende rechtspleging en dat, indien binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving van het instellen

van een beroepsprocedure wordt ontvangen, de toewijzingsprocedure zal worden verder gezet.

3.5. Op 10 december 2009 dient de verzoekende partij de huidige vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkost

4. De vzw Provikmo blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkost moet dienvolgens worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

VI. Beoordeling van de eerste en de derde schorsingsvoorwaarde

Standpunt van de partijen

6. Wat de eerste en derde in het voormelde artikel gestelde schorsingsvoorwaarden betreft, verwijst de verzoekende partij inzake het nadeel in essentie naar het dreigende verlies van de opdracht in kwestie, een belangrijke opdracht voor een onderneming in de sector en een belangrijke referentie die zij zelf wenst uit te voeren. Zij wijst voorts, om haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te motiveren, op het risico dat de toewijzingsbeslissing wordt betekend en de overeenkomst met de vzw Provikmo tot stand komt.

De verwerende partij en de tussenkomende partij gedragen zich inzake deze voorwaarden naar de wijsheid van de Raad.

Beoordeling

7. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende partij en de tussenkomen partij een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, een vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan mede gelet op de waarde van de in het geding zijnde opdracht, die werd bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Voorts kan, wegens de dreigende betekening die mag worden afgeleid uit de gegeven wachttermijn van 15 kalenderdagen in de kennisgevingsbrief van 24 november 2009, te dezen worden aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De eerste en derde schorsingsvoorwaarden zijn bijgevolg vervuld.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Standpunt van de partijen

8. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, leidt de verzoekende partij een *tweede middel* af uit “de schending van de bepalingen van het bestek ‘dienst IDPB’, de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, onder andere het materieel motiveringsbeginsel [en] de schending van het legaliteitsbeginsel en de eruit afgeleid[e] ‘patere legem’-plicht”, in essentie doordat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes ten aanzien van het criterium “het beheer van de regionale consulatiecentra” enkel rekening houdt met de voldoende spreiding van de regionale consultatiecentra en aldus de bepalingen van het bestek miskent, dat inzake dit criterium immers in twee beoordelingselementen voorziet, namelijk de lijst van regionale centra en de

beschrijving van de werkmethode. De verwerende partij brengt echter enkel het eerste beoordelingselement, “lijst van de regionale centra”, in rekening.

9. De verwerende partij antwoordt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel aangezien zij het maximum van de punten behaalde op het criterium “het beheer van de regionale consultatiecentra”. Voorts is het niet onwettig dat de verwerende partij bij de beoordeling van het subgunningscriterium “het beheer van de regionale consultatiecentra” de nadruk legt op de voldoende spreiding van deze centra. Dit criterium legt immers de nadruk op de onderzoeken waarvoor de medewerkers zelf een verplaatsing moeten maken. Het bestek vermeldt ook de adresgegevens waar de prestaties moeten worden geleverd of waar het vertrekpunt voor de verplaatsingen van de ambtenaren ligt. Het is dan ook logisch dat wordt nagegaan of alle inschrijvers voldoende gespreide consultatiecentra bezitten om de verplaatsingen aanvaardbaar te maken. Het bestek wijst de 10 punten voor het criterium “beheer van de regionale consultatiecentra” niet specifiek toe maar vraagt een lijst van de regionale centra voor te leggen en de werkmethode te beschrijven voor het opvolgen van medische dossiers en het oproepen van ambtenaren die in de centra worden ontvangen. De vraag om een lijst voor te leggen wordt als eerste vermeld, wat ontegensprekelijk inhoudt dat hieraan een belangrijk gewicht wordt toegekend. Er was gebrek aan relevante informatie in de offertes: de inschrijvers zijn in hun offerte zeer vaag over de werkmethode, dit subcriterium wordt vaak nauwelijks gestructureerd behandeld zodat de jury de nuttige inbreng uit de lijvige informatie moest opzoeken en er wordt praktisch geen informatie gegeven die uniek en specifiek is voor dit subcriterium. Gezien het feit dat de relevante informatie al mee werd beoordeeld in het subgunningscriterium “beheer van de medische informatie”, voor meer punten en gezien het feit dat de relevante informatie voor dit punt geen onderscheid opleverde tussen de inschrijvers, oordeelde de jury dat het correcter was de beoordeling van het ganse criterium niet negatief en ook niet positief te laten beïnvloeden door het tweede subcriterium, namelijk de werkmethode, en dus enkel het eerste subcriterium, de regionale spreiding, te laten spelen.

10. De tussenkomende partij antwoordt dat in essentie wordt opgeworpen dat het tweede inhoudelijk aspect van het derde subcriterium “het beheer van de regionale consultatiecentra” van het tweede gunningscriterium “kwaliteit” onbesproken blijft, en dat in de mate met betrekking tot de beoordeling van de offertes ten aanzien van dit tweede inhoudelijk aspect van dit derde

subcriterium motieven in het gunningsverslag ontbreken, dit een schending betreft van de formele motiveringsplicht, waarvan in dit middel de schending echter niet werd opgeworpen.

Beoordeling

11. Anders dan de tussenkomende partij stelt lijkt in het middel niet de formele motiveringsplicht aan de orde gesteld maar wel de verplichting het bestek toe te passen, het “patere legem”-beginsel, en de materiële motiveringsplicht. Door het element “beschrijving van de werkmethode” niet te beoordelen steunt de bestreden beslissing volgens de verzoekende partij niet op voldoende draagkrachtige motieven, en schendt het artikel 1.15, c), van het bestek, dat in de toelichting wordt geciteerd.

12. Blijkens artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993, dient bij algemene of beperkte offerteaanvraag “de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht”. Artikel 110, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, bepaalt uitdrukkelijk dat “de gunning [plaatsvindt] op basis van het gunningscriterium of van de gunningscriteria”.

Naast de vereisten gesteld in deze formele bepalingen, vloeit reeds uit het in het middel geschonden geacht “patere legem quam ipse fecisti” beginsel voort dat de aanbestedende overheid in elk geval bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld: de inhoudelijke beoordeling van de offertes mag alleen gebeuren aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, zodat geen andere gunningscriteria bij de beoordeling mogen worden betrokken, en de offertes moeten worden beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria, subcriteria inbegrepen.

13. Te dezen gaat de bestreden beslissing, onder het criterium “het beheer van de regionale consultatiecentra”, het derde subcriterium van het tweede gunningscriterium “kwaliteit”, enkel uitdrukkelijk in op de voldoende spreiding van

de consultatiecentra, het eerste onder dit subcriterium in het bestek vermelde beoordelingselement (“de lijst van de regionale centra”) en niet op het tweede daar vermelde beoordelingselement : “de beschrijving van de werkmethode (middelen, aanpak) voor het opvolgen van medische dossiers en het oproepen van de ambtenaren die in de centra ontvangen worden. Er wordt gevraagd te letten op de uniformiteit van de inhoud van de medische onderzoeken. Er wordt ook gevraagd te letten op de uniforme aanpak van de andere opdrachten (bezoek aan de werkplaats) en bij het opstellen van werkdocumenten (evaluatieverslagen, verslagen van bezoeken aan de werkplaatsen, ...)”, element dat de verwerende partij in de nota zelf omschrijft als een subcriterium.

Dit middel is dan ook ernstig. Het feit dat de verzoekende partij op dit derde subcriterium het maximum van de punten behaalde, houdt niet in dat zij geen belang heeft bij dit middel. Wanneer ook het tweede element in de beoordeling wordt betrokken, kan immers niet worden uitgesloten dat dit leidt tot een andere puntenverhouding tussen de verzoekende partij en de tussenkomende partij, die nu elk 10 scoren voor dit subcriterium, en eventueel tot een andere eindrangschikking. Zelfs indien zou worden aangenomen dat de regionale spreiding ongetwijfeld het belangrijkste gewicht heeft in deze beoordeling zoals de verwerende partij stelt, lijkt dit niet uitgesloten.

Wel zou kunnen worden getwijfeld aan het belang bij dit middel in de mate dat de inschrijvers, zoals de verwerende partij stelt in de nota, zeer vaag zijn over de werkmethode, dit subcriterium nauwelijks gestructureerd behandelen en praktisch geen informatie gegeven die uniek en specifiek is voor dit subcriterium, en dat gezien het gebrek aan relevante informatie in de offertes en het feit dat de relevante informatie al mee werd beoordeeld in het subgunningscriterium “beheer van de medische onderzoeken”, redenen waarom dit element volgens haar werd geneutraliseerd en enkel rekening werd gehouden met de regionale spreiding. Aangevoerd zou dan immers kunnen worden dat de beoordeling van dit element hoogstens zou kunnen leiden tot een zelfde vermindering van de score voor alle inschrijvers zodat de puntenverhouding tussen de verzoekende partij en de tussenkomende partij niet zou worden gewijzigd.

Los van de vraag of de Raad zelf deze afweging kan maken aangezien hij aldus uitgaat van een beoordeling en puntentoekenning die niet werden verricht en door de verwerende partij moeten worden gemaakt, kan echter

prima facie bezwaarlijk aan de inschrijvers worden verweten dat zij geen afzonderlijk passage in hun offerte opnamen of stukken bij hun offerte voegden die specifiek gaan over de hier aan de orde zijnde “beschrijving van de werkmethode (middelen, aanpak) voor het opvolgen van medische dossiers en het oproepen van de ambtenaren die in de centra ontvangen worden”. In het bestek wordt daartoe niet uitdrukkelijk een afzonderlijk document gevraagd, niet in artikel 1.14.2 (bij te voegen documenten) (blz. 10) en niet in artikel 9 (wijze waarop de geneeskundige onderzoeken beheerd worden) (blz. 26 en 27) dat slechts verwijst naar een bij de offerte te voegen beschrijving van de wijze waarop en/of van het instrument waarmee de gezondheidsdossiers en de oproepen voor onderzoek door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer moeten worden beheerd en opgevolgd.

Voorts blijkt uit de voorgelegde offertes dat in ieder geval een aantal inschrijvers toch afzonderlijk informatie meedeelden in het kader van de hier aan de orde zijnde beschrijving van de werkmethode zoals omschreven onder het derde subcriterium “beheer van de regionale consultatiecentra”, onder meer de verzoekende partij zelf.

Het kwam aan de verwerende partij toe deze beschrijvingen in de bestreden beslissing te beoordelen en desgevallend te motiveren waarom hiermee geen rekening kon worden gehouden, bijvoorbeeld omdat deze elementen al verrekend waren in de beoordeling van het tweede subcriterium “beheer van de medische onderzoeken” zoals in de nota, zonder verdere toelichting, wordt gesteld.

Het kan niet worden uitgesloten dat dit, zeker gelet op het kleine puntenverschil tussen de verzoekende partij en de tussenkomen partij (2,35 op 100), tot een andere rangschikking zou kunnen leiden zodat de verzoekende partij belang heeft bij een schorsing op grond van dit middel.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de bestreden beslissing lijkt te zijn genomen zonder dat rekening is gehouden met één van de subcriteria, bepaald in het bestek, hetgeen schending lijkt in te houden van de regel “patere legem quam ipse fecisti”, die overheden ertoe verplicht te handelen overeenkomstig hun eigen regelgeving.

Het tweede middel is dan ook in de besproken mate ernstig.

14. Aldus is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de VZW Provikmo tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de provincie Vlaams-Brabant van 19 november 2009 om de overheidsopdracht voor de aansluiting bij een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk, toe te wijzen aan de vzw Provikmo.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 januari 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Silja Doms,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

Silja Doms

Dierk Verbiest