

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 201.840 van 11 maart 2010
in de zaak A. 195.502/XII-6109**

In zake: de VZW IDEWE,
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
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de VZW PROVIKMO
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 15 februari 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 29 januari 2010 van de Provincie Vlaamse 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 24 februari 2010 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 2 maart 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Filip van Dievoet, die 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:

“1) Criterium “Prijs”: 30 punten

[...]

2) Criterium “Kwaliteit”: 70 punten

Bestaande uit:

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

- De minimale duur van de effectieve prestaties van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. De gedetailleerde berekeningswijze van de duur van de prestaties zal worden bijgevoegd (8 punten);
- De minimale duur van de effectieve prestaties van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, in combinatie met een verpleegkundige. De gedetailleerde berekeningswijze van de duur van de prestaties zal worden bijgevoegd (8 punten);
- De minimale duur van de effectieve prestaties van de gespecialiseerde preventieadviseurs (risicobeheer). De gedetailleerde berekeningswijze van de duur van de prestaties zal worden bijgevoegd (8 punten);
- De maximale interventietijd van de gespecialiseerde preventieadviseurs (psycho-sociale aspecten van het werk, arbeidsgeneeskunde, arbeidsveiligheid) in noodgevallen (6 punten).

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

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

Voor de evaluatie van de kwalitatieve gunningscriteria wordt er gebruik gemaakt van quoteringsparameters, met een bijbehorend wegingspercentage:

-onvoldoende, ondermaats, afwezig : 0 %:

Commentaar (algemeen) : dit betekent dat de bekomen informatie helemaal niet overeenkomt met het gevraagde, eventueel zelfs afwezig is.

-matig, beperkt : 50 %:

Commentaar (algemeen) : in de beoordeling van de kwalitatieve aspecten is het niet altijd duidelijk om een beschrijving al dan niet bevredigend te verklaren. In vele gevallen stelt het bestuur vast dat de beschrijving quasi of bijna voldoet aan het gevraagde. De (kleine) afwijking is wel niet van die aard om de beschrijving volledig af te wijzen. Om die reden krijgt het voorstel de helft van de punten;

-goed, bevredigend, volgens verwachting : 75 %:

Commentaar (algemeen) :

De beschrijving of de verkregen informatie komt volledig overeen met het gevraagde in het bestek en beantwoordt aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid;

-meerwaarde, uitstekend : 100 %:

Commentaar (algemeen) : indien de beschrijving veel meer of beter is dan gevraagd in het bestek, of zelfs nieuw of innoverend is, dan wordt dit gehonoreerd, als meerwaarde, en krijgt dit voorstel het maximum van de punten”.

3.2. Na een infosessie op 27 juli 2009 wordt volgens de nota aan de geïnteresseerde kandidaten per e-mail bijkomende informatie meegedeeld uit een activiteitenrapport namelijk het aantal arbeidsgeneeskundige activiteiten uitgevoerd in 2008.

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

3.4. 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 getoetst aan de gunningscriteria waarbij de vzw Provikmo de hoogste score behaalde (88,85), vóór de verzoekende partij (86,50).

3.5. 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.

3.6. Met een op 10 december 2009 ter post aangetekend verzonden verzoekschrift vordert de huidige verzoekende partij bij de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze toewijzingsbeslissing van 19 november 2009.

Bij arrest nr. 199.397 van 7 januari 2010 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de voormelde toewijzingsbeslissing.

Het tweede middel, dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes ten aanzien van het subcriterium “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, wordt ernstig bevonden. De andere middelen worden niet beoordeeld.

3.7. Met een besluit van 28 januari 2010 trekt de verwerende partij de toewijzingsbeslissing van 19 november 2009 in.

3.8. Met een afzonderlijk besluit van 28 januari 2010 beslist de verwerende partij alle inschrijvers te selecteren en de opdracht toe te wijzen aan de vzw Provikmo. Alle offertes worden technisch conform bevonden en getoetst aan de gunningscriteria waarbij de vzw Provikmo opnieuw de hoogste score behaalt (88,85) en de verzoekende partij nu als vierde wordt gerangschikt (86,50) na de vzw Provikmo, de vzw Mensura (88,42) en de vzw Arista (87,76).

In de bestreden beslissing wordt onder meer gesteld:

“V. Onderzoek en motivering:

1. Gunningcriteria:

[...]

B. Kwaliteit: 70 punten

B.A. Criterium ‘Ter beschikking stellen van preventieadviseurs’ : 30 punten

Minimale duur effectieve prestaties PA-arbeidsgeneesheer, max. 8 punten

Het betreft hier vooral de aangeboden tijdsduur voor de bedrijfsbezoeken met het HOC (Hoog Overleg-Comité) door een arbeidsgeneesheer, de aanwezigheid op de vergaderingen van het HOC, e.d.

Onze ervaring leert dat 80 uur in feite voldoende is. Provikmo en Premed krijgen daarom 75% van de 8 punten. Arista, Idewe en Mensura krijgen 100% van de punten omwille van de merkelijk hogere tijdsinvestering.

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
uur/jaar	80	128	124	120	80
percentage	75	100	100	100	75
punten	6	8	8	8	6

Minimale duur effectieve prestaties voor PA-arbeidsgeneesheer + verpleegkundige, max. 8 punten

De hier aangeboden prestaties betreffen vooral de verschillende soorten medische onderzoeken: periodieke onderzoeken, aanwervingsonderzoeken, hervattingsonderzoeken na langdurige afwezigheid, enz.

Onze ervaring leert dat ca. 165 uur voldoende is. Om die reden krijgen Arista, Idewe en Premed 75% van de punten. Provikmo en vooral Mensura bieden een belangrijke hoeveelheid prestaties meer aan, waardoor zij 100% van de punten krijgen.

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
uur/jaar	200	172	160	310,5	168
percentage	100	75	75	100	75
punten	8	6	6	8	6

Minimale duur effectieve prestaties gespecialiseerde PA's, max. 8 punten

De hier aangeboden prestaties betreffen interventies, onderzoeken, enz. door gespecialiseerde preventieadviseurs voor de domeinen arbeidsveiligheid, ergonomie, psychosociale aspecten op het werk (incl. geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag), e.d.

De ervaring leert dat ca. 60 uur te weinig is om een basiswerking uit te bouwen voor psychosociale aspecten, ergonomie, hygiëne, enz. Om een voldoende werking hier rond te kunnen uitbouwen is toch 80 uur toch een minimum.

Om die reden krijgen Idewe, Mensura en Premed slechts 50% van de punten toebedeeld. Provikmo en Arista, die bijna dubbel zo veel tijdsbesteding aanbieden, krijgen 100% van de punten toebedeeld.

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
uur/jaar	100	114	64	63	60
percentage	100	100	50	50	50
punten	8	8	4	4	4

Maximale interventietijd gespecialiseerde PA's in noodgevallen, max. 6 punten

Het betreft hier de tijd om in geval van nood een dringende meting te komen uitvoeren of bij een ernstig ongeval snel het onderzoek te kunnen opstarten, enz.

De dienst vindt dat dit uiterlijk binnen de 2 werkdagen zou moeten kunnen. Om die reden krijgt Provikmo 75% van de punten. Idewe, Mensura en Premed doen merkkelijk beter en krijgen daarom 100% van de punten toebedeeld.

Arista geeft een gedifferentieerd antwoord (3 werkdagen voor PA psychologische aspecten en 1 werkdag voor PA arbeidsveiligheid). Voor de beoordeling wordt het gemiddelde 2 genomen en dus krijgt ook Arista 75% van de punten.

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
werkdagen	2	3 of 1	0,5	1	1
percentage	75	75	100	100	100
punten	4,5	4,5	6	6	6

B.B. Criterium ‘Het beheer van de medische onderzoeken’ : 30 punten

Wat betreft de duur van de medische onderzoeken scoren alle inschrijvers gelijkwaardig. De onderzoeken duren bij alle inschrijvers gemiddeld tussen de 30 en de 35 minuten per werknemer.

Alle inschrijvers voorzien een website (interactieve tool) tussen de EDPB en de provincie waar een duidelijke opvolging kan gebeuren van de planning van de medische onderzoeken. Enkel Premed geeft in zijn offerte geen opvolging via een gemeenschappelijke elektronische tool weer, waardoor de opvolging van de onderzoeken alsook van de facturen minder transparant kan gebeuren en bemoeilijkt wordt.

In alle offertes wordt zeer uitgebreid het verloop van de medische onderzoeken besproken, Premed gaat hier in haar offerte hier minder diep op in.

Binnen Provikmo, Arista en Idewe wordt voor de provincie een vaste contactpersoon aangeduid wat de communicatie vereenvoudigd. Premed en Mensura gaan hierover niet in detail.

Alle inschrijvers met uitzondering van Premed geven aan dat bij het begin van het contract duidelijke afspraken gemaakt worden rond de samenwerking en de communicatie. Het feit dat Premed momenteel contracthouder is mag geen reden zijn om geen nieuwe afspraken te maken.

Alle inschrijvers - met uitzondering van Premed - vermelden een duidelijk initiatief voor periodieke evaluatie van de samenwerking, wat voor de jury een belangrijk punt is voor dergelijke contracten.

Alle inschrijvers - met uitzondering van Premed - bieden de mogelijkheid om de medische onderzoeken te laten doorgaan in speciaal daarvoor ingerichte bussen. Dat is een pluspunt voor locaties waar de eigen lokalen niet vrij zijn of minder geschikt zijn voor de onderzoeken.

Alle inschrijvers voldoen naar verwachting. Enkel Premed scoort beperkt(er) omwille van de aangehaalde redenen.

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
percentage	75	75	75	75	50
punten	22,5	22,5	22,5	22,5	15

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. Binnen het arrondissement Leuven is bij alle inschrijvers voldoende spreiding van de consultatiecentra ten opzichte van de locaties van het provinciebestuur vast te stellen.

Binnen het arrondissement Halle-Vilvoorde heeft elke inschrijver weliswaar een consultatiebureau, maar worden de aanwezigheid van zowel een consultatiecentrum in de noordelijke regio (Vilvoorde, Asse) als in de zuidelijke regio (Halle, Dworp, Huizingen) als een belangrijk pluspunt ervaren.

Voor wat betreft de werkmethode voor het opvolgen van medische dossiers en het oproepen van de ambtenaren die in de centra ontvangen worden scoren alle inschrijvers goed.

Zonder uitzondering werken zij sterk geïnformatiseerd met softwarepakketten die de werking in goede banen leiden. Zij werken allen ook volgens gestandaardiseerde procedures. Geen van de inschrijvers biedt een zodanige meerwaarde die een hogere score voor dit item zou rechtvaardigen.

Alle inschrijvers voldoen dus aan de verwachting, maar diegenen die in beide arrondissementen vertegenwoordigd zijn in de onmiddellijke nabijheid van de provinciale centra krijgen voor deze belangrijke meerwaarde een hogere score toegekend.

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
percentage	10	10	10	10	7,5

2. Eindconclusie:

De resultaten van de criteria ‘prijs’ en ‘kwaliteit’ worden samengevoegd in onderstaande tabel:

	Provikmo	Arista	Idewe	Mensura	Premed
prijs	29,85	28,76	30,00	29,92	28,27
prestaties PA arbeidsgeneesh eer	6	8	8	8	6
prestaties PA arbeidsgeneesh eer + verpleeg- kundige	8	6	6	8	6

prestaties PA risicobeheer	8	8	4	4	4
max. interventietijd in noodgevallen	4,5	4,5	6	6	6
beheer medische onderzoeken	22,5	22,5	22,5	22,5	15
beheer regionale consultatiecentra	10	10	10	10	7,5
Totaal :	88,85	87,76	86,50	88,42	72,77

3.9. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 29 januari 2010 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat op 28 januari 2010 werd beslist om het besluit van 19 november 2009 in te trekken en een nieuw besluit te nemen, waarbij haar offerte werd geselecteerd voor mededinging maar 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.

3.10. Op 15 februari 2010 dient de verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 24 februari 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de vzw Provikmo om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De 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 tweede schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het middel

6. Wat de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft wordt een enig middel als volgt aangevoerd :

“Middel gebaseerd op de schending van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, o.a. het gelijkheidsbeginsel en de eruit voortvloeiende transparantieplicht;

De schending van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, o.a. artikel 2;

De schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, o.a. de artikelen 2 en 3;

De schending van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna ‘Overheidsopdrachtenwet’), o.a. artikel 16;

De schending van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, o.a. het artikel 115, lid 2;

De schending van de bepalingen van het bestek;

De schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het materieel motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat verwerende partij in het gunningsverslag voor het criterium 'Ter beschikking stellen van preventieadviseurs' m.b.t. de beoordeling van de verschillende subcriteria als basis volgende gegevens neemt:

- minimale duur effectieve prestaties PA-arbeidsgeneesheer. 80 uren
- minimale duur effectieve prestatie PA-arbeidsgeneesheer + verpleegkundige: 165 uren
- minimale duur prestaties gespecialiseerde PAs: 80 uren
- maximale interventietijd gespecialiseerde PAs in noodgevallen: 2 werkdagen.

Dat verwerende partij in het gunningsverslag overweegt telkens te vertrekken van haar eigen ervaring om deze gegevens naar voren te schuiven;

Eerste onderdeel

Terwijl op grond van de artikelen 16 Wet overheidsopdrachten en 115, lid 2 K.B. 8 januari 1996 richtlijnconform geïnterpreteerd een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes alle beoordelingselementen voorafgaand moet bekendmaken;

Dat de transparantieplicht vereist dat zoveel mogelijk informatie de deelnemers aan een overheidsopdracht bekend is, opdat zij kunnen nagaan dat de gelijke behandeling gewaarborgd is; dat het achteraf kenbaar maken van gebruikte beoordelingselementen eveneens in strijd is met het gelijkheidsbeginsel;

Dat verwerende partij in het gunningsverslag voor het criterium 'Ter beschikking stellen van preventieadviseurs' m.b.t. de beoordeling van de verschillende subcriteria de offertes heeft vergeleken op grond van een gegeven niet kenbaar gemaakt in het bestek (80 uren, 165 uren, 80 uren en 2 werkdagen); dat het handelt om een norm of minstens een ambitieniveau;

Tweede onderdeel

Terwijl op grond van het materieel motiveringsbeginsel elke administratieve rechtshandeling moet steunen op juiste feitelijke en rechtens aanvaardbare motieven, die in redelijkheid de bestreden beslissing kunnen schragen; dat een deelnemer aan een overheidsopdracht minstens moet kunnen nagaan of de gehanteerde beoordelingselementen en beoordelingsmethodes steun vinden in motieven die in feite en in rechte toelaatbaar zijn;

Dat verwerende partij, door voor het hanteren van een bepaalde norm te verwijzen naar haar ervaring, haar beoordeling van het criterium 'Ter beschikking stellen van preventieadviseurs' in al haar subsubgunningscriteria niet steunt op een draagkrachtig motief; dat de gegevens in het bestek en de bijlagen niet de concrete minima en maxima, gehanteerd bij de verschillende subgunningscriteria, kunnen verantwoorden; dat op geen enkele wijze duidelijk is hoe verwerende partij vanuit de gegevens van het bestek tot de concrete minima en maxima komt;

Derde onderdeel

Terwijl een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes haar eigen besteksbepalingen moet naleven;

Dat voor de beoordeling van de verschillende subsubcriteria van het criterium 'het ter beschikking stellen van preventieve adviseurs' gebruik heeft gemaakt van een beoordelingsmethodiek (0%-50%-75%-100%) waarbij de offertes worden getoetst aan 'het gevraagde';

Dat uit het gunningsverslag blijkt dat volgens verwerende partij 'het gevraagde' de concrete minimumuren van 80, 165 en 80 en het maximum van 2 werkdagen zijn; dat deze concrete maxima of minima niet terug te vinden zijn in het bestek, dat bijgevolg verwerende partij deze concrete minima en maxima bij de beoordeling van de offertes niet kon beschouwen als 'het gevraagde', dat door dit toch te doen verwerende partij de bepalingen van het bestek miskent;

Dat minstens verwerende partij in de bestreden beslissing niet uiteenzet hoe deze minima en maxima als ‘het gevraagde’ kunnen worden beschouwd; dat bijgevolg de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd dienaangaande”;

Excepties

De tussenkomen de partij betwist de ontvankelijkheid van het eerste en derde onderdeel van het middel.

Er is geen noodzaak die exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen nu hierna zal blijken dat het middel in zijn geheel niet ernstig is;

Beoordeling

7. Voorafgaandelijk wordt opgemerkt dat, in de mate dat in het middel wordt verwezen naar een veelheid van geschonden rechtsnormen, en bestaat uit drie onderdelen, het middel - zeker in het kader van een administratief kort geding en *a fortiori* in een administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid - enkel ontvankelijk is voor zover door de verzoekende partij concreet wordt vermeld welk artikel of specifiek beginsel zij te dezen geschonden acht door de vervolgens ingeroepen feiten.

Eerste onderdeel

8.1. Artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993 luidt onder meer als volgt:

“Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient 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. De gunningscriteria moeten betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukeurmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst na-verkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de datum van levering of uitvoering [...]”.

Artikel 115 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“De aanbestedende overheid kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht. [...]

Onverminderd de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten, vermeldt de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang; in dat geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.

Wat de overheidsopdrachten betreft die de bedragen voor de Europese bekendmaking bereiken, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium, die eventueel kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid [...].”

Wat betreft dit koninklijk besluit van 8 januari 1996, wordt in het eerste onderdeel van het eerste middel enkel uitdrukkelijk verwezen naar het tweede lid van dit artikel 115.

Het uitdrukkelijk ingeroepen artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG bepaalt: “Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen”.

8.2. De door een aanbestedende dienst vastgestelde gunningscriteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie eerbiedigen.

Dit betekent meer in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of de aankondiging zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren, dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen en dat de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.

Te dezen somt het bestek de gunningscriteria en subcriteria op waaraan de offertes dienen te worden getoetst met vermelding van de daarmee overeenstemmende maximaal te behalen punten. Ook worden de “quoteringsparameters, met een bijbehorend wegingspercentage” vermeld waarvan gebruik zal worden gemaakt “voor de evaluatie van de kwalitatieve gunningscriteria”, zoals te dezen het subcriterium “ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)”.

De verzoekende partij neemt aanstoot aan het gebruik van wat zij beschouwt als een niet in het bestek kenbaar gemaakte norm, minstens een ambitieniveau waaraan de aangeboden minimale effectieve prestaties van de respectieve preventieadviseurs dan wel de maximale interventietijd van de gespecialiseerde preventieadviseurs in noodgevallen worden getoetst, namelijk de aangehaalde 80, 165 en 60 uren en twee werkdagen.

De vraag rijst bijgevolg of uit de in dit onderdeel ingeroepen bepalingen en beginselen voortvloeit dat dergelijk gegeven verplicht vooraf moest worden bekend gemaakt.

8.3. Te dezen verwijst het bestek onder het in dit middel aan de orde zijnde eerste subcriterium “het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)” van het tweede gunningscriterium “kwaliteit” uitdrukkelijk als beoordelingselementen naar:

- “- De minimale duur van de effectieve prestaties van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. De gedetailleerde berekeningswijze van de duur van de prestaties zal worden bijgevoegd (8 punten);
- De minimale duur van de effectieve prestaties van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, in combinatie met een verpleegkundige. De gedetailleerde berekeningswijze van de duur van de prestaties zal worden bijgevoegd (8 punten);
- De minimale duur van de effectieve prestaties van de gespecialiseerde preventieadviseurs (risicobeheer). De gedetailleerde berekeningswijze van de duur van de prestaties zal worden bijgevoegd (8 punten);
- De maximale interventietijd van de gespecialiseerde preventieadviseurs (psycho-sociale aspecten van het werk, arbeidsgeneeskunde, arbeidsveiligheid) in noodgevallen (6 punten)”.

Aldus werden in het bestek de gegevens bekendgemaakt, die zullen worden beoordeeld, namelijk de aangeboden minimale prestaties respectievelijk de maximale interventietijd, alsook de weging van die gegevens.

Voorts worden in het bestek “quoteringsparameters” omschreven: de quoterings “onvoldoende, ondermaats, afwezig: 0 %” wordt gegeven wanneer “de bekomen informatie helemaal niet overeenkomt met het gevraagde, eventueel zelfs afwezig is”, de quoterings “matig, beperkt: 50 %” wanneer “de beschrijving quasi of bijna voldoet aan het gevraagde”, de quoterings “goed, bevredigend, volgens verwachting : 75 %” wanneer “de beschrijving of de verkregen informatie volledig overeen[komt] met het gevraagde in het bestek en beantwoordt aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid” en de quoterings “meerwaarde, uitstekend : 100 %” indien “de beschrijving veel meer of beter is dan gevraagd in het bestek, of zelfs nieuw of innoverend is”.

8.4. Alvast zijn de aangeboden minimale prestaties en de aangeboden maximale interventietijd gegevens die vermeld zijn in het bestek, en wat niet werd bekendgemaakt lijkt enkel het verwachtingspatroon ter zake van de verwerende partij dat zij uit haar ervaring afleidt en dat tot 0 %, 50 %; 75 % of 100 % van de maximaal toe te kennen punten leidt.

In die zin lijkt “het gevraagde” in het bestek, begrip waaraan de verzoekende partij aanstoot neemt, anders dan zij meent, te dezen ook te kunnen verwijzen naar de aan te bieden prestaties, en deze zijn omschreven in het bestek en is, waar het in dit onderdeel en middel om gaat, het verwachtingspatroon, dat bepaalt of wat wordt aangeboden onvoldoende, matig, goed of uitstekend daaraan beantwoordt.

In het bestek wordt aldus in artikel 3.1 de aard van de prestaties beschreven: “De te leveren prestaties bestaan uit het gezondheidstoezicht en het risicobeheer. Ze worden verder in dit lastenboek meer in detail besproken”. Dit gebeurt in de artikelen 7 en 11. Voor de minimumduur van de prestaties bepaalt artikel 3.2:

“De inschrijver vult het offerteformulier ‘prestatie-offerte’ in. Om de duur van de prestaties vast te stellen die zullen geleverd worden in het kader van het gezondheidstoezicht en het risicobeheer, kan de inschrijver zich baseren op de lijst van functies met risico’s (bijlage 1) en het personeelsbestand (bijlage 2).

Deze gegevens zullen aangepast worden op 1 januari van elk jaar, om rekening te houden met het personeelsverloop en de aanwezige risico’s. Behoudens dwingende wettelijke bepalingen, kan de wijze van berekening van de geleverde prestaties slechts gebeuren mits instemming van beide partijen”.

Daarnaast lijkt uit artikel 26, § 2, van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk, dat de berekening van het minimum aantal preventieadviseurs bepaalt volgens een verdeling van hun prestaties en een gemiddelde duur naar gelang de prestatie en de betrokken preventieadviseur en/of arbeidsgeneesheer, minstens afgeleid te kunnen worden wat de gemiddelde duur van een prestatie is.

De verzoekende partij kon aldus, zo lijkt het, in het licht van de in het bestek omschreven gunningscriteria en quoteringsparameters en de voormelde gegevens, geenszins onwetend zijn van het feit dat de verwerende partij bij de beoordeling van het hier aan de orde zijnde subcriterium “het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)” van dit regelgevend kader zou uitgaan om een bepaalde minimumduur van effectieve prestaties en interventietijd te bepalen die dan zou leiden tot 75 % van de punten.

Er wordt ook niet *prima facie* aangetoond dat de inschrijvers met de voormelde gegevens niet een voldoende duidelijke indicatie hadden of konden hebben van wat kon worden verwacht aan prestaties. Het valt trouwens op dat de verzoekende partij op 2 van de 4 hier aan de orde zijnde (sub)subcriteria uitstekend of 100 % scoort, op 1 goed of 75 % en slechts op 1 - de minimale duur effectieve prestaties gespecialiseerde PA's - matig of 50 %. Ook de andere inschrijvers scoren steeds minstens 75 % behalve de vzw Mensura en de vzw Premed, die voor dat laatste subcriterium, zoals de verzoekende partij, 50 % scoren.

Met het oog op het beoordelen van de offertes aan de hand van dit subcriterium “het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)” heeft de verwerende partij, zo lijkt het, de uit te voeren opdrachten hertaald naar een minimum aantal uren prestaties respectievelijk een maximale interventietijd die toelaat de gedefinieerde opdrachten, namelijk het gevraagde, “goed, bevredigend, volgens verwachting” uit te voeren, en heeft in feite in concreto toepassing gemaakt van de reeds in het bestek bepaalde beoordelingsmethodiek, zijnde een verwachtingspatroon dat een element van die beoordelingsmethodiek lijkt, in plaats van een gunningscriterium als dusdanig.

8.5. De verzoekende partij lijkt aldus niet voldoende concreet en specifiek en met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste *prima facie* ernst aan te tonen dat de ingeroepen artikelen 16 van de wet van

24 december 1993 en 115, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geïnterpreteerd conform het ingeroepen artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG en de beginselen van gelijkheid en transparantie, inhouden dat het bestek, naast de gunningscriteria en de weging ervan, meer dan het al deed en dan door die artikelen vereist is, in de vermelding van de quoteringsparameters ook had moeten vermelden welk niveau van effectieve minimale prestaties en maximale interventietijd wordt verwacht.

8.6. Zelfs wanneer met de verzoekende partij zou worden aangenomen dat, nu de ervaring inzake de gewenste minimale prestaties en maximale interventietijd reeds aanwezig was, deze verwachting reeds in het bestek kon worden opgenomen, zoals zij stelt in de toelichting bij dit onderdeel, wordt hiermee niet *prima facie* aangetoond dat zij daartoe ook verplicht was, des te meer nu met de verwerende partij lijkt te kunnen worden aangenomen dat het vooraf bekend maken van de minimale verwachtingen van het bestuur, de mededinging veeleer zou uithollen die qua prijszetting door de toepasselijke reglementering beperkt blijkt.

8.7. De verzoekende partij voert in dit verband nog aan dat, indien al aangenomen wordt dat deze bekendmaking de mededinging zou inperken, dit geen afbreuk doet aan de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht, die er ook zijn om de optimale mededinging te waarborgen.

In de huidige stand van het geding volstaat de vaststelling dat het uitgangspunt, dat de gelijke behandeling en de transparantieplicht deze bekendmaking vereisen, niet met de vereiste *prima facie* ernst wordt aangetoond. Haar argument dat, indien de bekendmaking van deze norm de mededinging zou beperken, eerder deze norm niet hanteerbaar of onrechtmatig lijkt en getuigt van onzorgvuldig bestuur en een flagrante schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en artikel 115, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 uitmaakt, is niet nader uitgewerkt en om die reden alleen al niet vatbaar voor een *prima facie* toetsing in het kader van een administratief kort geding. Hetzelfde geldt voor de verwijzing in dat verband naar artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG en naar de artikelen 43 en 59 van het EG Verdrag.

8.8. In de mate dat de verzoekende partij in dit verband in de toelichting van het middel nog opmerkt dat deze niet-bekendmaking betekent dat de

verwerende partij voor zichzelf een marge wilde achterhouden om de offertes te rangschikken, gaat het om een loutere bewering die niet concreet wordt aangetoond.

Het argument dat de tussenkomende partij “als bij toeval” telkens het beweerde minimum of maximum behaalt zoals gevraagd en dat het “er al [aldus] alle schijn naar [heeft] dat verwerende partij beoordelingselementen heeft gebruikt waarmee zij de vzw Provikmo kon bevoordelen” overtuigt evenmin alleen al omdat iedereen, behalve de verzoekende partij, de vzw Mensura en de vzw Premed voor het criterium “effectieve prestaties gespecialiseerde preventieadviseurs”, steeds minstens 75 % scoort; de verzoekende partij scoort trouwens op 2 van de 4 elementen 100 % en op die twee elementen beter dan de tussenkomende partij.

8.9. Het eerste onderdeel is bijgevolg niet ernstig.

Tweede onderdeel

9. In het tweede onderdeel wordt de materiële motiveringsplicht geschonden geacht, in essentie omdat de verwerende partij voor de beoordeling van de offertes aan de hand van het hier aan de orde zijnde subcriterium “het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)” voor het hanteren van een bepaalde norm - dit zijn de voornoemde uren en werkdagen - verwijst naar haar ervaring terwijl de gegevens in het bestek en de bijlagen niet de concrete minima en maxima, gehanteerd bij deze (sub)subcriteria kunnen verantwoorden.

10. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en zelf de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het wettigheidsstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

In dat kader kan in de huidige stand van het geding niet *prima facie* worden ingezien waarom de eigen ervaring van de verwerende partij geen draagkrachtig motief kan zijn om te beoordelen of de in het kader van het

voornoemde subcriterium “het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)” van het tweede gunningscriterium “kwaliteit voorgestelde minimale effectieve prestaties van de respectieve preventieadviseurs”, deze prestaties al dan niet aanvaardbaar zijn.

Het valt trouwens op dat de verzoekende partij in het verzoekschrift de uitgangspunten ter zake niet inhoudelijk betwist en er kan niet *prima facie* worden ingezien waarom zij dit desgewenst niet had gekund, mede in aanmerking genomen de gegevens die ter zake in het bestek werden opgenomen of aan de inschrijvers meegedeeld en de betrokken reglementering, reeds eerder vermeld bij de beoordeling van het eerste onderdeel. Dit geldt ook voor de verwijzing in de bestreden beslissing, bij de beoordeling in dit kader van de maximale interventietijd, naar het feit dat de verwerende partij vindt dat dit uiterlijk binnen twee werkdagen moet kunnen.

Het tweede onderdeel is bijgevolg niet ernstig.

Derde onderdeel

11. In het derde onderdeel wordt in de eerste plaats aangevoerd dat de verwerende partij de bepalingen van het bestek schendt door bij de beoordeling van de offertes aan de hand van het voornoemde subcriterium “het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)” de voornoemde concrete minimumuren van 80, 165 en 60 uren en het maximum van twee werkdagen te beschouwen als “het gevraagde”, zonder dat deze minima en maxima werden opgenomen in het bestek. Minstens wordt in de bestreden beslissing niet uiteengezet hoe deze minima en maxima als “het gevraagde” kunnen worden beschouwd zodat de bestreden beslissing dienaangaande niet afdoende is gemotiveerd.

Dit derde onderdeel lijkt in essentie te kunnen worden herleid tot een kritiek op het gebruik van niet in het bestek opgenomen, dus niet bekend gemaakte, minima en maxima, en lijkt aldus een andere formulering te zijn van het eerste onderdeel. In de mate het hier gaat om de motivering van de gehanteerde minima en maxima, kan dit worden herleid tot een andere formulering van het tweede onderdeel.

12. Er blijkt niet *prima facie* hoe te dezen de bepalingen van het bestek werden geschonden aangezien de offertes in het kader van dit criterium worden getoetst aan de in het bestek vermelde elementen waarbij de gevraagde en aangeboden minimale prestaties en de maximale interventietijd binnen wat onder de opdracht valt worden beoordeeld in functie van wat volgens de verwerende partij volgens verwachting is. Door te bepalen wat volgens haar mag worden verwacht of nodig is om te voldoen aan het bestek, lijkt zij, zoals reeds vastgesteld, enkel de in het bestek opgenomen beoordelingsmethode in concreto toe te passen. In de mate dat de verzoekende partij -zoals het lijkt- in dit onderdeel via een andere formulering bedoelt dat deze beoordelingsmethode die zij norm of ambitieniveau noemt, had moeten worden bekendgemaakt in het bestek, lijkt dit vreemd aan de ingeroepen “schending van de bepalingen van het bestek” waarmee het beginsel “patere legem” lijkt te zijn bedoeld.

13. In de mate dat nog wordt aangevoerd dat in de bestreden beslissing niet wordt uiteengezet hoe deze minima en maxima als “het gevraagde” kunnen worden beschouwd, zodat de bestreden beslissing dienaangaande niet afdoende zou zijn gemotiveerd, valt het derde onderdeel samen met het -hiervoor reeds niet ernstig bevonden- tweede onderdeel, nog daargelaten de vraag of een dergelijke motivering wel is vereist.

14. Ook het derde onderdeel is niet ernstig.

15. Nu het enig middel in zijn geheel niet ernstig is bevonden is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

**3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.
De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkommst, begroot op 125 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 maart 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest