

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 220.298 van 12 juli 2012
in de zaak A. 205.264/XII-6986**

In zake : de NV YOUSTON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Stéphanie Taelemans
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het ALGEMEEN ZIEKENHUIS VESALIUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV ALLGEIER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Yves Lenders en Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juni 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 18 april 2012 van de raad van bestuur van het Algemeen Ziekenhuis Vesalius te Tongeren:

- waarbij de offerte van de nv Youston in het kader van de gunning van een opdracht voor het inscannen van het medisch archief (bestek nr. 2011-102) niet werd geselecteerd
- waarbij de opdracht toegewezen wordt aan de nv Allgeier.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juli 2012, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jens Debièvre, 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 uit voor een aanneming van diensten, in de aankondiging genaamd “Inscannen Medisch Arc(h)ief”. Het bestek “nr. 2011-102 - inscannen medisch archief” is van toepassing.

De opdracht heeft volgens het proces-verbaal van opening van offertes een geraamde waarde van 150.000 euro, exclusief btw. Daarmee ligt de opdracht beneden de Europese drempels en valt zij onder de regeling van titel 3 van boek II bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993).

De aankondiging van de opdracht wordt op 12 december 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Artikel II.2 van het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“Betreft het scannen van papieren patiëntendossiers van het A.Z. Vesalius ziekenhuis.

Voor bepaalde oude, in dozen bewaarde, dossiers die niet in het patiëntenbestand zijn opgenomen is een manuele indexatie vereist. Na deze manuele indexatie dienen de juiste indexen aangeleverd te worden zodat de dossiers op de juiste plaats in het elektronisch archiefsysteem terecht komen. Daarnaast moet dit ook in de medical viewer terechtkomen waarbij de beelden via de medical viewer in C2M (Cegeka) en CPD (Infobios) kunnen opgeroepen worden via het patiëntnummer.

Voor 2012 gaat het over 20.000,00 dossiers (150 sheets per dossier).

Mogelijk (zonder hiermee enige verbintenissen aan te gaan) zal in 2013 en/of 2014 eenzelfde dienstverlening (waarvan de dossierhoeveelheid niet gekend is) moeten worden uitgevoerd, door het indienen van de offerte verklaart de inschrijver zich akkoord met het feit dat de prijs per image voor deze mogelijke opdrachten in 2013 en 2014 gehanteerd zal worden. Indien de aard van de opdracht, onder welke vorm dan ook, wijzigt zal deze prijs per image niet gehanteerd worden en zal er een nieuwe offerteaanvraag worden opgestart.

Enkel de prijs per image zal worden gehanteerd (opgegeven in het offerteformulier onder bijlage I). Alle overige vereiste kosten om te voldoen aan de onderstaande minimumeisen moeten zodoende vervat zitten in deze prijs per image”.

Artikel II.2.1 van het bestek omschrijft wat het aanbod minimaal moet bevatten en dus ook in de prijs moet inbegrepen zijn. Zo wordt onder meer gesteld:

“Koppeling met het C2M (Cegeka) en CPD (Infohos) is gewaarborgd: de gegevens moeten in de Medical Viewer en in het archief van allgeier geïntegreerd worden zonder dat hiervoor bijkomende kosten vereist zijn, indien deze toch vereist zouden zijn moet de kost hiervan mee verrekend worden in de prijs per image (opgevraagd onder bijlage I). Verder is het zo dat alle kosten in verband met het waarborgen van deze koppeling (onder welke vorm dan ook) die zich tijdens of na de uitvoering van de opdracht voordoen ten laste van de inschrijver vallen”.

Artikel I.9 van het bestek betreft de kwalitatieve selectie en bevat de volgende vereisten inzake technische bekwaamheid:

“9.2.De technische bekwaamheid (art 71 (diensten) KB 08/01/1996)

Er is minimaal voldaan aan de minimale vereisten qua technische bekwaamheid.

Bewijsvoering (wordt bij de offerte gevoegd met de vermelding ‘bewijsvoering i.v.m. kwalitatieve selectie- technische bekwaamheid’):

- minstens 3 referenties in de afgelopen 3 jaar van een soortgelijke dienstverlening aan een ziekenhuis, waarvan er voor minstens 1 een koppeling met de Medical Viewer is geleverd waarbij
 - Ingescande documenten in het archief van allgeier worden geplaatst
 - Ingescande documenten in de applicatie medical viewer toegankelijk worden gemaakt
- een bewijs van de inschrijving in het beroeps- of handelsregister overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land van vestiging moet worden voorgelegd”.

Artikel II.7 van het bestek bevat de gunningscriteria.

3.3. De offertes worden op 27 januari 2012 geopend. De nv Allgeier, de nv Input For You en de nv Youston dienen een offerte in.

De offerte van de verzoekende partij zegt het volgende over haar technische bekwaamheid:

“Bewijsvoering i.v.m. kwalitatieve selectie – technische bekwaamheid

3 referenties in de afgelopen 3 jaar van een soortgelijke dienstverlening aan een ziekenhuis, waarvan er voor minstens 1 een koppeling met de Medical Viewer is geleverd waarbij

- Ingescande documenten in het archief van allgeier worden geplaatst
- Ingescande documenten in de applicatie medical viewer toegankelijk worden gemaakt

Referenties in de zorgsector in de afgelopen drie jaar

- Het Ziekenhuis Oost-Limburg (ZOL) is het resultaat van de fusie tussen
 - het A. Dumontziekenhuis in Waterschei
 - het St.-Barbaraziekenhuis in Lanaken
 - het St.-Jansziekenhuis in Genk
 - Voor deze drie ziekenhuizen heeft Youston in 2011 de digitalisatie verzorgd van een eerste deel van dossiers. Verdere verwerking volgt in 2012.
 - De verwerking hiervan was complexer gelet de uitgebreide dossieropschoning en documentclassificatie die hiervoor nodig was

Vergelijkbare digitalisatieopdracht:

- Zenito: verwerking volgens hetzelfde proces, waarbij ook dossiers werden gedigitaliseerd met gestructureerde inhoud

Integraties in Medical Viewer

Deze werden door Youston nog niet uitgevoerd, met volgende kanttekeningen:

- Peter Beerten, momenteel commercieel directeur van Youston, was verantwoordelijk voor de ScanFactory bij Allgeier, waarbij er voor meerdere ziekenhuizen in België en Nederland integraties werden uitgevoerd - ook in de Medical Viewer Silverlight-versie (laatste versie). Daarnaast heeft hij ook de functionaliteiten van de Medical Viewer Silverlight gestructureerd en kent bijgevolg de componenten en werkwijze van de Medical Viewer zeer goed. De werkwijze van Youston is dan ook een verbeterde versie van die van de ScanFactory (zie bijgevoegd document).
- Youston levert een XML-formaat strikt conform de specificaties die wij ontvangen hebben. ScanFlow zorgt daarna voor het importeren van deze beelden in de Medical Viewer.
- Door onze strategische alliantie met Cegeka wordt de integratie van de gescande beelden in C2M verzekerd.
 - Wij werken momenteel samen met Cegeka voor het GOCA-project (zie bijgevoegde referentiefiche). Dit is een project dat drie jaar in beslag zal nemen.
 - Wij werken samen met Cegeka voor de ontwikkeling van nieuwe projecten, waaronder het ZNA
 - Dhr. André Knaepen, CEO van Cegeka, zetelt in de raad van bestuur van Youston
 - Cegeka heeft de technische ondersteuning bij AZ Vesalius toegezegd. Contactpersonen in dit verband zijn Nick Raemen (nick.raemen@cegeka.be) en Philippe Lejoly (philippe.lejoly@cegeka.be).

Bijgevoegd worden een referentiefiche Ziekenhuis Oost-Limburg en een referentiefiche Zenito, blijkbaar een Sociaal Verzekeringsfonds voor zelfstandigen.

3.4. Met een brief van 15 februari 2012 wordt aan de verzoekende partij een bevestiging gevraagd inzake de prijs. Hierop wordt met een brief van 16 februari 2012 geantwoord.

3.5. Blijkens een “Gemotiveerde beslissing Dossier 2011-102” wordt de offerte van de verzoekende partij niet geselecteerd omdat niet voldaan is aan de vereiste inzake technische bekwaamheid; de andere inschrijvers worden geselecteerd. Er wordt gesteld:

“[...]

5. Analyse leveranciers - technische bekwaamheidscriteria

In het bestek werden volgende eisen met betrekking tot de technische bekwaamheid gevraagd:

- Minimum drie referenties in de afgelopen 3 jaar van een soortgelijke dienstverlening aan een ziekenhuis, waarvan er voor minstens 1 een koppeling met de Medical Viewer is geleverd waarbij:
 - o Ingescande documenten in het archief van Allgeier worden geplaatst
 - o Ingescande documenten in de applicatie Medical Viewer toegankelijk worden gemaakt

- Een bewijs van inschrijving in het beroeps- of handelsregister

De volgende leveranciers voldoen aan deze criteria:

- Allgeier
- Input for you

De volgende leverancier voldoet niet aan deze criteria:

- Youston

De volgende bewijsvoering ontbreekt namelijk in de offerte:

- minstens 3 referenties in de afgelopen 3 jaar van een soortgelijke dienstverlening aan een ziekenhuis, waarvan er voor minstens 1 een koppeling met de Medical Viewer is geleverd waarbij:
 - Ingescande documenten in het archief van Allgeier worden geplaatst
 - Ingescande documenten in de applicatie Medical Viewer toegankelijk worden gemaakt

Aangezien dit criterium opgenomen is onder de selectiecriteria gelden enkel de referenties van de inschrijver en dus het bedrijf op zich en gelden de referenties die een medewerker kan voorleggen (als gevolg van het feit dat hij hiervoor bij een ander bedrijf heeft gewerkt dat wel de referenties zou kunnen voorleggen) niet.

De offerte van Youston voldoet bijgevolg niet aan de gestelde eisen met betrekking tot de technische bekwaamheid en wordt bijgevolg niet opgenomen voor verdere evaluatie”.

Vervolgens wordt de offerte van de nv Input For You onregelmatig bevonden omdat zij twee prijsvoorstellen opnam in het offerte-formulier terwijl het bestek bepaalt dat het aanbieden van varianten (onder welke vorm dan ook) niet is toegestaan en artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996) bepaalt dat iedere inschrijver slechts één offerte mag indienen, onafgezien van het aantal varianten. Er wordt uiteindelijk besloten de opdracht te gunnen aan de nv Allgeier.

3.6. De aankoop wordt, overeenkomstig voormelde ontwerp-beslissing, op 18 april 2012 goedgekeurd door de raad van bestuur van het AZ Vesalius.

3.7. Met een aangetekende brief van 23 april 2012, verzonden op 24 april 2012, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de nv Allgeier. De “gemotiveerde gunningsbeslissing” -dit is het sub 3.5 vermelde stuk- wordt bijgevoegd en in fine wordt vermeld:

“Overeenkomstig artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State melden wij u dat u tegen deze beslissing beroep tot nietigverklaring kan aantekenen bij de Raad van State. Dit beroep moet op straffe van onontvankelijkheid worden ingediend binnen de 60 dagen na de betekening die u hierbij gedaan wordt. Het beroep wordt ingeleid door een gedagtekend verzoekschrift dat door u of door een advocaat ondertekend moet zijn. Het verzoekschrift moet bij aangetekende brief gestuurd worden aan de Eerste Voorzitter van de Raad van State, Wetenschapsstraat 33, 1040 Brussel”.

3.8. Met een aangetekende brief “Kennisgeving sluiting” van 23 april 2012, eveneens verzonden op 24 april 2012, deelt de verwerende partij aan

de nv Allgeier mee dat de opdracht aan haar werd gegund. Volgens de nota is de nv Allgeier overgegaan tot aanvang van uitvoering van de opdracht.

3.9. Op 20 juni 2012 dient de verzoekende partij in een enig verzoekschrift bij de Raad van State een annulatieberoep en een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkoms

4. Met een op 30 juni 2012 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Allgeier om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft het administratief kort geding.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende en de tussenkomende partij betwisten de tijdigheid van de vordering en het belang van de verzoekende partij. Deze excepties worden, nu het enig middel niet ernstig wordt bevonden, niet onderzocht.

VI. Het ernstig karakter van het enig middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 11 van de wet van 24 december 1993, van artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996), van de materiële motiveringsplicht, van het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat de vereiste van technische bekwaamheid die in het bestek als een selectie-eis is geformuleerd, te weten dat minstens drie referenties van soortgelijke dienstverlening aan een ziekenhuis, waarvan er voor minstens één een koppeling

met Medical Viewer is geleverd waarbij ingescande documenten in het archief van de nv Allgeier worden geplaatst en waarbij ingescande documenten in de applicatie Medical Viewer toegankelijk worden gemaakt, de mededinging vertekent.

Zij ontwikkelt het middel als volgt:

- De nv Allgeier is een speler op de markt van de digitalisering en de archivering van gegevens van ondernemingen die zelf ook software ontwikkelt, met name de “Medical Viewer” die bij de verwerende partij in gebruik is. De verzoekende partij en de nv Input for You zijn concurrenten van de nv Allgeier en samen bezetten zij ongeveer de gehele markt van digitalisatie en archivatie van papieren documenten. De verwerende partij wil dat de gedigitaliseerde documenten geraadpleegd kunnen worden met de software waarover zij reeds beschikt en dat vormt voor de verzoekende partij geen probleem. In dit geval vraagt de verwerende partij evenwel dat de inschrijver, op het niveau van de technische bekwaamheid, het bewijs levert van ervaring met een welbepaald softwareprogramma maar daarmee vertekent zij de mededinging.
- Het is een minimumeis voor de toewijzing dat de gedigitaliseerde en gescande informatie gekoppeld is met het C2M en CPD en ook de gunningscriteria betreffende de kwaliteit en de compatibiliteit van de gepresteerde diensten hebben rechtstreeks verband met de integratie van de informatie in het systeem Medical Viewer. Dat betekent dat de aanbestedende overheid zich langs die weg voldoende zekerheid verschaft heeft dat de inschrijvers de opdracht met betrekking tot de integratie van de gedigitaliseerde informatie technisch conform kunnen uitvoeren.
- Het invoeren van een selectie-eis die de selectie van de gegadigden afhankelijk maakt van het bezit van ervaring met een systeem waarvan bij voorbaat geweten is dat het tot één welbepaalde dienstverlener behoort, vertekent de mededinging; door de selectie-eis afhankelijk te maken van ervaring met een bepaald softwareproduct reduceert de verwerende partij de markt van het inscannen en digitaliseren van papieren documenten tot één gegadigde. De

referentie-eis heeft dus niet meer tot doel vast te stellen of de inschrijver in staat is om de documenten van het ziekenhuis te digitaliseren en in te scannen, maar wel om de opdracht te draineren naar de onderneming waarvan zij weet dat zij de gevraagde dienst kan verlenen. De selectie-eis reduceert de mogelijkheid van inschrijving tot de ondernemingen die geen enkele andere bedrijvigheid hebben dan hetgeen het rechtstreeks voorwerp van de opdracht uitmaakt en dat vertekent de mededinging.

- De onredelijkheid van de eis wordt ook bewezen door het feit dat de verzoekende partij wel kan voldoen aan de minimale bestek-eis -die nagenoeg overeenkomt met de selectie-eis-. Zij heeft dit ook toegelicht bij het gunningscriterium dat de toelichting van een plan van aanpak vereist en waarbij zij een uitvoerige toelichting heeft verstrekt. De betwiste concurrentie-beperkende selectie-eis was dus niet nodig en hij belet eigenlijk dat de inschrijvers kunnen aantonen dat zij de opdracht conform kunnen uitvoeren. De appreciatiemarge waarover het bestuur beschikt om de selectie-eisen te bepalen, laat het niet toe in te grijpen op de eerlijke mededinging en de gelijkheid van de inschrijvers.
- De onwettigheid van de bestek-eis ontnemt aldus de selectiebeslissing een deugdelijke grondslag.

Beoordeling

7. Artikel 11 van de wet van 24 december 1993 verbiedt elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen en verplicht het bestuur offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, te weren.

Overeenkomstig artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt de bekwaamheid van de dienstverlener beoordeeld aan de hand van “met name zijn vakkundigheid, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid” en wordt de technische bekwaamheid van de dienstverlener aangetoond door voorlegging van de referentie die de aanbestedende overheid, met

inachtneming van de lijst vermeld in artikel 71, in de aankondiging heeft vastgelegd. Artikel 74 van hetzelfde besluit bepaalt dat bij het inwinnen van de desbetreffende inlichtingen niet verder gegaan mag worden dan wat, gelet op het voorwerp van de opdracht, verantwoord is.

8. Mag de Raad van State zich bij de toetsing aan artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet in de plaats van het bestuur stellen, dan onderzoekt hij wel of de aanbestedende overheid door het vereisen van een bepaalde referentie niet het kader van artikel 71 te buiten gaat, de mededinging ontoelaatbaar beperkt of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengt. Volgens de verzoekende partij verstoort de in het bestek opgenomen selectievereiste inzake de technische bekwaamheid de mededinging.

9. De verzoekende partij betwist niet dat zij de voorwaarde van het bestek kende en dat zij haar kon tegengeworpen worden; zij heeft in haar offerte ter zake ook, als gevraagd, een verantwoording gegeven.

10. Overeenkomstig artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kan de verwerende partij vragen dat de dienstverlener zijn technische bekwaamheid aantoont met een lijst van prestaties uitgevoerd in de laatste drie jaar.

Te dezen is gevraagd naar het bewijs van een “soortgelijke dienstverlening aan een ziekenhuis”. De verzoekende partij voert niet aan dat dergelijke voorwaarde niet het vereiste verband met de opdracht zou vertonen. Op dat vlak kan geen schending van het gelijkheidsbeginsel of het redelijkheidsbeginsel of een verstoring van de mededinging worden vastgesteld.

11. Er is ook gevraagd dat voor minstens één uitgevoerde opdracht de koppeling met Medical Viewer van de nv Allgeier zou bewezen worden. Ook dergelijke vereiste heeft verband met de opdracht en staat er in redelijk verband mee, aangezien de opdracht er precies in bestaat de papieren documenten te

integreren voor gebruik in het systeem van Medical Viewer van de nv Allgeier, waarmee de verwerende partij reeds werkt.

12. De verzoekende partij maakt ook niet duidelijk waarom het toespitsen van de vereiste van ervaring op een bepaald specifiek systeem van software -dat van de tussenkomende partij- de mededinging zou verstoren of kennelijk onredelijk zou zijn. Immers, zij stelt zelf dat zij in de mogelijkheid is om “de integratie van de documenten (...) af(te)stemmen op de welbepaalde software die de cliënt daarvoor wenst te hanteren”, waarmee zij erkent dat zij in de mogelijkheid is om met die software -die overigens reeds geruime tijd op de markt aanwezig blijkt te zijn- te werken. Bovendien blijkt uit de bestreden beslissing dat de derde inschrijver toch ook aan de gestelde voorwaarde heeft voldaan.

13. Dat de verzoekende partij erop wijst dat het voldoen aan de gestelde voorwaarde even accuraat door middel van de controle van de inschrijvingsvoorwaarden kon onderzocht worden, moet op zich niet doen besluiten tot de onregelmatigheid of de kennelijke onredelijkheid van de bestreden selectievoorwaarde.

14. Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Allgeier tot tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 juli 2012,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

André Vandendriessche