

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.968 van 3 januari 2014
in de zaak A. 210.966/XII-7520**

In zake: de VZW IDEWE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE LIMBURG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leen De Vuyst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 december 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de Provincie Limburg genomen door haar Deputatie op 21 november 2013 waarbij aan VZW Mensura een overheidsopdracht wordt toegewezen met als voorwerp ‘een algemene offerteaanvraag voor het inhuren van een externe preventiedienst voor bescherming en preventie (EDPB) voor [...] het Provinciebestuur Limburg’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 december 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Wouter Moonen en Koen Geelen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 bij wijze van algemene offerteaanvraag een overheidsopdracht uit voor de verlening van diensten met als voorwerp ‘Inhuren van een Externe Dienst voor Bescherming en Preventie (EPDB) voor het provinciebestuur van Limburg’.

De opdracht wordt geraamd op 160.000 euro op jaarbasis; de duur van de opdracht is vijf jaar.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 31 mei 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 juni 2013.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek 2013/018.

De gunningscriteria zijn: (1) prijs, 25 punten, (2) kwaliteit en organisatie van de dienstverlening, 60 punten, en (3) beschikbaarheid en bereikbaarheid van de EPDB, 15 punten.

In de toelichting bij het gunningscriterium ‘Prijs’ wordt bepaald dat, wat betreft het medisch toezicht, alle opgegeven hoeveelheden (opgenomen in besteksbijlage B – Inventaris) vermoedelijke hoeveelheden voor een periode van één jaar zijn. Die bijlage bevat, voor wat betreft de medische onderzoeken in het kader van het medisch toezicht, onder meer volgende categorie: (A) forfaitaire bijdrage voor onderworpen werknemers (jaarlijkse controle).

Het tweede gunningscriterium is onderverdeeld in de volgende acht subgunningscriteria: Nr. 3. Dienstverlening, 15 punten, Nr. 4. Tijdskrediet inbegrepen in de forfaitaire bijdragen voor onderworpen en niet-onderworpen werknemers, 10 punten, Nr. 5. Het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten), 10 punten, Nr. 6. Wijze waarop medische onderzoeken worden beheerd en gevoerd, 5 punten, Nr. 7. Risicobeheer, 5 punten, Nr. 8. Afdeling psychosociale belasting, 5 punten, Nr. 9. Facturatie, 5 punten, en Nr. 10. Introductiebezoeken, 5 punten.

In de toelichting bij het subgunningscriterium ‘Nr. 4. Tijdskrediet inbegrepen in de forfaitaire bijdragen voor onderworpen en niet onderworpen werknemers’ is het volgende opgenomen:

“Beschrijving / op te geven:

De inschrijver zal een gedetailleerde opgave doen van het totaal aantal uren die zullen gepresteerd worden inzake risicobeheersing waarvoor de kosten inbegrepen zijn in de forfaitaire bijdrage.

Die prestaties zullen geleverd worden in het kader van de 7 welzijnsdomeinen beschreven in de welzijnswet; arbeidsveiligheid, bescherming van de gezondheid van de werknemer op het werk, psychosociale belasting veroorzaakt door het werk, ergonomie, verfraaiing van de arbeidsplaatsen, arbeidshygiëne en het intern leefmilieu gekoppeld aan de voorgaande 6 welzijnsdomeinen.

De inschrijver zal hierbij vertellen hoeveel procent van de tijd zal besteed worden aan de administratieve verwerking.

Binnen dit basispakket moet de opdrachtgever keuzen kunnen maken mits het totaalpakket (totaal aantal uren prestatie inzake risicobeheersing) niet wordt overschreden.

Prestaties, in voornoemde domeinen, die het totaal aantal uren begrepen in het basispakket overschrijden zullen verrekend worden volgens een uurtarief, zoals voorzien in de inventaris inzake. Hiervoor zal de inschrijver de kostprijs per uur vermelden. RISICOBEGHE[E]RSING (2.A. t.e.m.2F.)

De opdrachten voor deze dienstverlening gebeuren uitsluitend door de IDPB en niet door derden.

Opdrachten gegeven door derden dienen aan deze gefactureerd te worden.”

In de toelichting bij het subgunningscriterium ‘Nr. 5. Het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)’ is het volgende bepaald:

“Beschrijving/ op te geven:

- De minimale duur van de effectieve prestaties van de preventieadviseur - arbeidsgeneesheer (aantal halve dagen).
- De minimale duur van de effectieve prestaties van de preventieadviseur - arbeidsgeneesheer in combinatie met een verpleegkundige (aantal halve dagen)
- Het maximaal aantal medische onderzoeken voor onderworpen werknemers die verricht per dag en per arts. De totale tijdsduur van 1 onderzoek, met de verdeling van de tijd arts/verpleegkundige.
- De minimale duur van de effectieve prestaties van de gespecialiseerde preventieadviseurs (risicobeheer) (aantal halve dagen).
- De maximale interventietijd van de gespecialiseerde preventieadviseurs (psychosociale aspecten van het werk, arbeidsgeneeskunde, arbeidsveiligheid) in noodgevallen.”

In de toelichting bij het subgunningscriterium ‘Nr. 6. De wijze waarop medische onderzoeken gevoerd worden’ is het volgende opgenomen:

“Beschrijving/ op te geven:

- De beschrijving van de werkmethode (middelen, aanpak) voor het opvolgen van medische dossiers
 - Overname en beheer medische dossiers
 - alle medische dossiers op te vragen bij de huidige EDPB
 - archivering van de dossiers
 - klassering en bestudering van de dossiers
- De beschrijving van de werkmethode voor het oproepen van de werknemers van het bestuur
- De tijdsspanne waarbinnen het onderzoek en de rapportering na ziekte, na werkhervatting en bij aanwervingen wordt uitgevoerd.

- De uitvoering van de medische onderzoeken door éénzelfde aangestelde preventieadviseur-arbeidsgeneesheer (garantiepercentage).”

De beoordelingsmethodiek van de kwalitatieve gunningscriteria die in het bestek is opgenomen, luidt:

“Voor de evaluatie van de kwalitatieve gunningscriteria wordt er gebruik gemaakt van quoteringsparameters, met een bijhorend wegingpercentage:

- ontbreekt, niet terzake: 0%

Commentaar (algemeen): het voorstel ontbreekt of het voorstel beantwoordt totaal niet aan het gevraagde.

- onvoldoende, ondermaats: 20%

Commentaar (algemeen): het voorstel beantwoordt nauwelijks aan het gevraagde doch is niet van die aard om het volledig af te wijzen.

- matig, beperkt: 50%

Commentaar (algemeen): het voorstel beantwoordt bijna of quasi aan het gevraagde. De (kleine) afwijking is wel niet van die aard om de beschrijving als onvoldoende of ondermaats te bestempelen.

- goed, bevredigend, volgens verwachting: 70%

Commentaar (algemeen): het voorstel komt goed overeen met het gevraagde en beantwoordt volledig aan de verwachtingen voor de opdracht.

- zeer goed, beter dan de verwachting: 85%

Commentaar (algemeen): het voorstel beantwoordt volledig aan het gevraagde en weet zich te onderscheiden door een lichte, functionele meerwaarde die relevant is voor de opdracht.

- sterke meerwaarde, uitstekend: 100%

Commentaar (algemeen): het voorstel beantwoordt volledig aan het gevraagde en biedt bovendien een sterke functionele meerwaarde die relevant is voor de opdracht, bv. wegens het bruikbaar nieuw of innoverend karakter.”

Het bestek bepaalt dat er geen vrije, verplichte of facultatieve varianten zijn toegestaan.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 9 augustus 2013. Er worden zeven offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de vzw Mensura (de gekozen inschrijver).

3.4.1. In het gunningsverslag van 22 oktober 2013 wordt vastgesteld dat de verzoekende partij de goedkoopste conforme offerte heeft aangeboden,

waarvoor zij dan ook de score 25 op 25 punten behaalt. De gekozen inschrijver behaalt voor dit criterium 22,22 punten.

3.4.2. Op de subgunningscriteria van het tweede gunningscriterium ‘Kwaliteit en organisatie van de dienstverlening’ behalen de verzoekende partij en de gekozen inschrijver onder meer de volgende scores.

3.4.2.1. Voor het subgunningscriterium “nr. 4: Tijdskrediet inbegrepen in de forfait”:

- 5/10 voor de offerte van de verzoekende partij met als commentaar: “Er worden door IDEWE weinig uren ter beschikking gesteld (55u), in vergelijking met de reële verwachting (minder dan 50% van de huidige situatie – volgens referentiekader afgelopen jaren met gemiddeld 113,15u). Matig, beperkt (50%)”.
- 10/10 voor de offerte van de gekozen inschrijver: “Erg ruim, royaal aanbod van MENSURA aan kredieturen (271 u) – meer dan een verdubbeling van de actuele situatie volgens referentiekader afgelopen jaren : gemiddeld 113,15u). Uitstekend: 100%”.

3.4.2.2. Voor het subgunningscriterium “nr. 5: Het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)”:

- 7/10 voor de offerte van de verzoekende partij met als commentaar: “IDEWE voorziet een behoorlijk en realistisch contingent (halve dagen) voor de hulpverleners. Ook het aantal onderzoeken per dag is realistisch en in duurtijd normaal. Reactietijd in noodgevallen is prima en uitgewerkt (professioneel). Goed, bevredigend, volgens verwachting (70%)”.

In de bijlage van het gunningsverslag is hieromtrent nog het volgende opgenomen:

Minimale duur van de effectieve prestatie van de preventie-adviseur arbeidsgeneesheer. (aantal halve dagen)	Commentaar: duidelijk, concreet en goed uitgewerkte overzicht 149 halve dagen, inclusief 80 halve dagen medisch toezicht incl 12 halve dagen introductie bezoeken: totaal van 57 halve dagen
Minimale duur van de effectieve prestatie van de preventie-adviseur arbeidsgeneesheer in combinatie met een verpleegkundige. (aantal halve dagen)	Commentaar: 75 halve dagen per jaar
Het maximum aantal medische onderzoeken voor onderworpen werknemers verricht per dag/per arts. De totale tijdsduur van 1 onderzoek met de verdeling van de tijd arts/verpleegkundige.	Commentaar: 30 onderzoeken per dag, tijdsduur, 1 onderzoek (15 min arts, 15 min verpleegkundige)
De minimale duur van de effectieve prestaties van de gespecialiseerde preventieadviseurs (risicobeheersing) (aantal halve dagen)	37 halve dagen psycho.soc. 5 halve dagen werkoverleg HRM – psycho.soc. 6 halve dagen intake gesprekken – psycho.soc. GGG 2 halve dagen ondersteuning zorgsysteem waaronder 56 kredieturen (14 halve dagen)
De maximale interventietijd van de gespecialiseerde preventieadviseurs in noodgevallen	Commentaar: binnen 10 min. iemand telf. te bereiken. Max. interventietijd 1 uur Idewe-emergency binnen de 2u PAPS

- 7/10 voor de offerte van de gekozen inschrijver met als commentaar: “MENSURA voorziet een goed en realistisch contingent (halve dagen) voor de hulpverleners. Ook het aantal onderzoeken per dag is realistisch en in duurtijd normaal. Reactietijd in noodgevallen is bevredigend. Goed, bevredigend, volgens verwachting (70%)”.

3.4.2.3. Voor het subgunningscriterium “nr. 6: Wijze waarop medische onderzoeken gevoerd worden”:

- 3,5/5 voor de offerte van de verzoekende partij met als commentaar: “IDEWE hanteert een goed uitgewerkte werkmethode, met duidelijke tijdspanne,

electronische oproep en planning. Garantiepercentage AG eerder laag, onzeker. Goed, bevredigend, volgens verwachting (70%)”.

- 5/5 voor de offerte van de gekozen inschrijver met als commentaar: “Het voorstel van MENSURA biedt via de uitgewerkte werkmethode een dubbele, sterk relevante meerwaarde, met name: enerzijds, op functioneel / organisatorisch vlak, én, anderzijds, op financieel vlak (besparend). Mensura is de enige deelnemer die effectief dit gegeven voorstelt. Dubbele, sterke meerwaarde relevant is voor de opdracht (bruikbaar, innoverend karakter). Tijdsperiode van oproep en planning prima uitgewerkt. Garantiepercentage AG ok. Sterke meerwaarde, uitstekend: 100%”.

In de bijlage bij het gunningsverslag is hieromtrent onder meer nog het volgende opgenomen:

“Commentaar: Elektronisch gezondheidsdossier (EGD)
duidelijk uitgewerkte werkmethode inzake opvolgen medische dossiers met verbetervoorstellen

Opmerking: sterk innoverend voorstel betreffende het gezondheidstoezicht:

1) voorstel tot 2-jaarlijks periodiek onderzoek door R&A + voorafgaand advies HOC, dit alles conform KB gezondheidstoezicht. (functioneel vereenvoudigend),

2) extra budget komt hierdoor vrij (besparend effect).”

3.4.2.4. Voor het subgunningscriterium “nr. 9: Facturatie”:

- 3,5/5 voor de offerte van de verzoekende partij met als commentaar: “toelichting facturatiemethodiek is goed en concreet beschreven, conform de bepalingen van het bestek. In orde. Goed, bevredigend, volgens verwachting: 70%”.
- 3,5/5 voor de offerte van de gekozen inschrijver met als commentaar: “Toelichting facturatiemethodiek is goed en concreet beschreven, conform de bepalingen van het bestek. In orde. Goed, bevredigend, volgens verwachting: 70%”.

3.4.2.5. De totale score op het gunningscriterium ‘Kwaliteit en organisatie van de dienstverlening’ bedraagt dan ook 49,50 op 60 punten voor de offerte van de gekozen inschrijver en 43,75 op 60 punten voor de offerte van de verzoekende partij.

3.4.3. Op het gunningscriterium ‘Beschikbaarheid en bereikbaarheid van de EPDB krijgen zowel de offerte van de verzoekende partij als die van de gekozen inschrijver 10,5 op 15, met voor beiden de volgende motivering:

“Beschikbaarheid /bereikbaarheid van [de verzoekende partij en de vzw Mensura] binnen de provincie is conform de verwachtingen. Aanwezigheid regionaal in orde. Goed, bevredigend, volgens verwachting: 70%”.

3.4.4. De finale rangschikking in het gunningsverslag is:

Nr.	Naam	Score	Rangorde	*Prijs incl. btw
3	Mensura vzw	82,22	1	€ 180.566,08
6	Idewe vzw	79,25	2	€ 160.515,14

De score wordt “bijkomend” wat de verzoekende partij en de begunstigde inschrijver betreft als volgt gemotiveerd:

“De firma MENSURA behaalt in totaliteit de hoogste score (82,22 op 100). De offerte van MENSURA is duidelijk en transparant opgesteld: zij scoort goed op vlak van prijs (22,22 op 25), maar behaalt vooral een sterke meerwaarde voor de kwalitatieve criteria. Vooral het royale contingent kredieturen en de wijze waarop de medische onderzoeken in de toekomst beheerd en gevoerd worden (met enkele belangrijke, relevante meerwaarden op functioneel - organisatorisch én financieel vlak) zijn doorslaggevend in de analyse. Voor de overige kwalitatieve criteria behaalt MENSURA steeds goed, bevredigend tot zeer goed (bijvoorbeeld qua dienstverlening en risicobeheer). Een uitstekend en waardevol aanbod. De firma IDEWE behaalt eveneens een hoge eindscore (2de plaats: 79,25 op 100). IDEWE legt de goedkoopste, conforme offerte neer die eveneens duidelijk en transparant is opgesteld. Het aantal voorziene kredieturen is evenwel erg laag, vertrekkende vanuit het aangenomen uitgangspunt waarbij verondersteld wordt – ten onrechte – dat de VH in het bestek erg ruim berekend zijn. Hierdoor verliest de offerte aan aantrekkelijkheid en

waarde. Op de meeste gunningscriteria scoort IDEWE wel goed tot zeer goed (o.a. qua dienstverlening en risicobeheer).”

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de vzw Mensura.

3.5. De verwerende partij beslist op 21 november 2013 om de opdracht te gunnen aan de vzw Mensura. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 2 & 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, het artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 84, 89, 103, 110 § 2, 113 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, artikel 33 § 1 van het koninklijk besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers, het zorgvuldigheidsbeginsel, en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het beginsel van de gelijke behandeling als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht en de eruit afgeleide transparantieplicht”.

De verzoekende partij betoogt dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden:

“Doordat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij verkiest omdat het een voorstel bevat dat innoverend en kostenbesparend zou zijn, waarbij de gekozen inschrijver een tweejaarlijks periodiek medisch onderzoek voorstelt.

Terwijl, het bestek de indiening van een vrije variante uitsluit en de vrije variante bij de beoordeling van de gunning moet worden uitgesloten.

En terwijl het bestek bepaalt dat er een prijsopgave moet gebeuren voor een jaarlijkse medische controle.

En terwijl artikel 33 § 1 van het Koninklijk Besluit van 28 mei 2003 bepaalt dat de periodieke gezondheidsbeoordeling eenmaal per jaar wordt uitgevoerd.

Terwijl een offerte die dermate ver verwijderd is van de vereisten van het bestek absoluut onregelmatig is.”

De verzoekende partij doelt hier op de beoordeling van de offerte van de begunstigde inschrijver wat het subgunningscriterium “nr. 6. Wijze waarop medische onderzoeken gevoerd worden” betreft.

Uit de commentaar in de bijlage bij het gunningsverslag leidt de verzoekende partij af dat de begunstigde inschrijver in zijn offerte voorstelt “dat de wettelijk verplichte periodieke gezondheidsonderzoeken voor werknemers, niet meer jaarlijks maar twee-jaarlijks gehouden zouden worden”. Het is, zo vervolgt de verzoekende partij, die vrije variante die de verwerende partij heeft gekozen omwille van, zo verduidelijkt het gunningsverslag, het “innoverend karakter”. Het bestek verbiedt niet alleen een vrije variante, de variante wijkt ook van een essentiële besteksbeeping, namelijk de jaarlijks medische controle, die door artikel 33, § 1, van het koninklijk besluit van 28 mei 2003 ‘betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers’ is opgelegd. Om die redenen is de offerte van de begunstigde inschrijver onregelmatig.

Beoordeling

7. Uit de offerte van de begunstigde inschrijver blijkt dat die voorstelt om samen met de aanbestedende overheid een actieplan op te starten om

risicoanalyses uit te voeren en preventiemaatregelen te treffen en zo, op termijn en voor zover het mogelijk is, de periodiciteit van de gezondheidsbeoordeling aan de nieuwe situatie aan te passen.

Dit voorstel lijkt te kaderen in artikel 33, § 3, van het koninklijk besluit van 28 mei 2003, bepaling die luidt:

“§ 3. Wanneer de resultaten van de gezondheidsbeoordeling van de werknemers wijzen op een onzekerheid betreffende het effectief bestaan van het risico kan de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer voorstellen de tussentijd van de periodieke gezondheidsbeoordeling met één jaar te verlengen. Een gepast systeem voor toezicht op de blootstelling van de werknemers wordt binnen de tussentijd ingesteld en jaarlijks geëvalueerd. Dit systeem bevat de bijkomende handelingen bedoeld in artikel 28, § 2, 2° en 3°.”

Het is dit voorstel dat door de verwerende partij als innoverend werd beoordeeld en positief gesanctioneerd. Dat er geen gegarandeerde slaagkans is voor dit voorgesteld beleid, lijkt er niet toe te leiden de waarde van het voorstel af te wijzen.

Prima facie lijkt er gelet op geciteerd artikel 33, § 3, geen schending van het koninklijk besluit van 28 mei 2003.

Evenmin lijkt het om een vrije variante te gaan. De verwijzing door de verzoekende partij naar de vermoedelijke hoeveelheid jaarlijkse controles zoals opgenomen in de besteksinventaris lijkt niet tot een ander oordeel te moeten leiden. De verzoekende partij toont niet aan dat met deze hoeveelheid onomstotelijk werd bepaald dat voornoemd artikel 33, § 3, wordt uitgeschakeld. Het bestek bepaalt ook dat de opdracht wetsconform dient te worden uitgevoerd. Overigens hebben de verzoekende partij en de begunstigde inschrijver een zelfde prijs opgegeven voor deze post.

Evenzeer lijkt hier ook de beoordelingsmethodiek van belang. Een hogere score dan 70 % is voorbehouden voor de offertes die een functionele

meerwaarde ten aanzien van het besteksvereiste bieden, wat hier als dusdanig door de verwerende partij werd aanvaard.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, het artikel 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en het zorgvuldigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij betoogt dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden:

“Doordat de offerte van de verzoekende partij op onjuiste of onbetrouwbare wijze wordt voorgesteld in het gunningsverslag, onder meer wat het aantal voorgestelde uren tijdskrediet betreft
En doordat de quoterings van de gekozen inschrijver steunt op de indiening van een vrije variatie;
Terwijl de zorgvuldigheidsplicht algemeen beginsel van behoorlijk bestuur de aanbestedende overheid verplicht tot een zorgvuldige en correcte feitenvinding.
En terwijl bij de beoordeling van de gunningscriteria er geen rekening mag worden gehouden met een variatie die onregelmatig is
En terwijl uit de materiële motiveringsplicht volgt dat een motivering draagkrachtig moet zijn en zodoende geen willekeur mag inhouden.
En terwijl uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen de overheid verplicht om in het document van de beslissing zelf de motieven moet opnemen die haar beslissing motiveren en de motieven in feite en in rechte correct moeten zijn, de motieven objectief en relevant moeten zijn en de beslissing moeten schragen.”

In de toelichting bij het middel volgt een uiteenzetting van diverse grieven die hierna bij de beoordeling afzonderlijk aan bod komen.

Beoordeling

9. In het verzoekschrift wordt inzake het subgunningscriterium ‘nr. 6. Wijze waarop medische onderzoeken gevoerd worden’ opgemerkt dat “[u]it het gunningsverslag blijkt [...] dat het enige waarin de gekozen inschrijver zich onderscheidt van de overige inschrijvers de aanbidding van de vrije variant is”.

Zoals uit de beoordeling van het eerste middel volgt, heeft, op het eerste gezicht, de gekozen inschrijver geen gebruik gemaakt van een vrije variant; het uitgangspunt van dit middelonderdeel lijkt dan ook onbestaande. Overigens moet worden vastgesteld dat in het gunningsverslag inzake dit subgunningscriterium wordt opgemerkt dat de tijdsperiode van oproep en planning in de offerte van de gekozen inschrijver “prima” is uitgewerkt, terwijl die in de offerte van de verzoekende partij als “duidelijk” wordt beoordeeld; tevens wordt het garantiepercentage AG in de offerte van de tussenkomen partij “ok” bevonden, terwijl dit in de offerte van de verzoekende partij als “eerder laag, onzeker” wordt beoordeeld; het lijkt dat het standpunt van de verzoekende partij ook om die redenen feitelijke grondslag mist.

10. De verzoekende partij werpt inzake het subgunningscriterium ‘nr. 5. Het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)’ op dat in het gunningsverslag louter melding wordt gemaakt van de tijdsduur van 30 minuten per onderzoek, terwijl zij in haar offerte ook had opgenomen dat de tijdsduur kan oplopen tot 40 minuten.

Het bestek vereist dat in de offerte wordt opgegeven de “totale tijdsduur van 1 onderzoek, met de verdeling van de tijd arts/verpleegkundige”. Hoewel de verzoekende partij in haar offerte inderdaad vermeldt dat de totale tijdsduur voor een onderzoek kan oplopen tot 40 minuten, geeft zij enkel bij de

voorstelling van het standaard periodiek medisch onderzoek per werknemer de opsplitsing van de tijdsduur over de arts en de verpleegkundige. Op het eerste gezicht lijkt dat in dergelijke omstandigheid het de verwerende partij niet ten kwade kan worden geduid dat zij enkel rekening heeft gehouden met de door de verzoekende partij voorgestelde totale tijdsduur van het onderzoek waarin tevens de door het bestek vereiste opsplitsing tussen arts en verpleegkundige is opgenomen.

11. Inzake ditzelfde subgunningscriterium merkt de verzoekende partij op dat de aanbestedende overheid voor haar offerte ten onrechte slechts 50 halve dagen ‘minimale duur van de effectieve prestaties van de gespecialiseerde preventieadviseurs risicobeheersing’ in plaats van de door haar aangeboden 64 halve dagen.

In de offerte van de verzoekende partij wordt na de voorstelling van 50 halve dagen terbeschikkingstelling van gespecialiseerde preventie-adviseurs risicobeheersing het volgende vermeld:

“Bij toekenning van de opdracht zal in 2014 de terbeschikkingstelling nog uitgebreid worden met de tijd die nodig is om zich volledig in te werken in het Provinciebestuur Limburg.

- 14 halve dagen: kredieturen
Bij de bepaling van de terbeschikkingstelling is er rekening mee te houden dat er nog kredieturen beschikbaar blijven die voor het Provinciebestuur Limburg vrij inzetbaar zijn volgens de evolutie van de effectieve noden. Dit pas[t] eveneens in het opzet van een geïntegreerde preventie. Het is de totale beschikbaarheid, inclusief kredieturen, die een correct beeld geeft van de prestaties van IDEWE binnen de forfaitaire financiering.

Totaal: 64 halve dagen”

In de bijlage van het gunningsverslag is inzake dit aspect het volgende opgenomen:

“37 halve dagen psycho.soc.
5 halve dagen werkoverleg HRM – psycho.soc.
6 halve dagen intake gesprekken – psycho.soc. GGG
2 halve dagen ondersteuning zorgsys
waaronder weliswaar 56 kredieturen (14 halve dagen).”

Uit de offerte van de verzoekende partij lijkt niet te kunnen worden afgeleid dat zij 64 halve dagen recurrent gedurende de vijf jaar van de opdracht aanbiedt aangezien zij pas gewag maakt van de 14 halve dagen na de verwijzing dat zij haar aanbod uitbreidt in 2014 “om zich volledig in te werken”. Het feitelijk uitgangspunt van dit middelonderdeel mist dan ook grondslag. Ter zitting betoogt de verzoekende partij weliswaar dat de 14 kwestieuze halve dagen niets te maken hebben met het zich inwerken in 2014 doch met nog een extra ureninvestering in 2014; dit laatste komt in de huidige stand van het geding niet overtuigend over temeer de verzoekende partij hier aldus een aanbod zou hebben gedaan dat voorwaardelijk is, namelijk slechts door haar zelf te bepalen, wat de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang zou kunnen brengen.

12. Nog steeds wat ditzelfde subgunningscriterium betreft merkt de verzoekende partij inzake de beoordeling van het aantal beschikbare halve dagen op: “Ondanks het uiteenlopende aantal dagen dat geoffreerd wordt (de verzoekende partij offreert dubbel zoveel dagen als de vzw Premed die op dit onderdeel de hoogste score krijgt), krijgen al deze offertes dezelfde geschreven beoordeling: ‘... voorziet een goed en realistisch contingent (halve dagen) voor de hulpverleners’.”

De grief lijkt evenwel feitelijke grondslag te missen alleen al omdat niet telkens “dezelfde geschreven beoordeling” werd gegeven; voorts betreft deze zinsnede slechts één aspect van het te beoordelen criterium en lijken de eventuele puntenverschillen te worden verklaard door de verschillende appreciatie van andere aspecten van het criterium.

13. Wat, nog altijd binnen dit subgunningscriterium, de beoordeling van de opgegeven reactietijd betreft is de verzoekende partij de mening toegedaan dat aan de vzw Premed geen hogere score mocht worden gegeven dan aan de verzoekende partij, gelet op het feit dat de reactietijd van laatstgenoemde veel sneller is (24 uur van de vzw Premed tegenover één uur van de verzoekende partij) en dat zijzelf een hogere score verdiende dan de begunstigde inschrijver omdat die laatste ook een duur van 24 uur voorzag.

Ook hier beperkt de kritiek van de verzoekende partij zich tot één enkel aspect van dit subgunningscriterium. De onderscheiden beoordeling betreft meerdere aspecten die de verschillende beoordeling van het volledig subgunningscriterium kunnen verklaren. Zo wordt bijvoorbeeld in de bijlage van het gunningsverslag gemotiveerd, wat betreft de offerte van de vzw Premed, dat (1) een “goed en realistisch” contingent (halve dagen) voor de hulpverleners wordt voorzien (tegenover een “behoorlijk en realistisch” contingent in de offerte van de verzoekende partij) en (2) het aantal onderzoeken per dag “zeer realistisch” is (tegenover “realistisch” bij de verzoekende partij). Zo biedt de begunstigde inschrijver een groter aantal halve dagen prestaties van gespecialiseerde geneesheren risicobeheersing dan de verzoekende partij.

14. De verzoekende partij stelt, wat betreft de beoordeling van het subgunningscriterium ‘nr. 4. Tijdskrediet inbegrepen in de forfaitaire bijdragen voor onderworpen en niet onderwerpen werknemers’, dat niet enkel naar het lager aantal aangeboden kredieturen door de verzoekende partij mocht worden gekeken, maar ook een correcte vergelijking van de “titels en verdiensten van de offerte van de verzoekende partij wat betreft de ter beschikking gestelde diensten” diende plaats te grijpen. Volgens de verzoekende partij is het “fundamentele verschil in het aanbod van de verzoekende partij en dat van de gekozen inschrijver, [...] dat in de offerte van de verzoekende partij de beschreven dienstverlening volledig in het basisaanbod is inbegrepen en de aanbestedende overheid geen kredieturen moet inzetten om over deze dienstverlening te beschikken”.

De verzoekende partij lijkt de bedoeling achter dit subgunningscriterium te miskennen; deze bedoeling, zo lijkt, is te beoordelen in welke mate een inschrijver aan de aanbestedende overheid de vrijheid laat haar noden zelf te bepalen en hieraan te verhelpen middels de kredieturen. De verzoekende partij lijkt hier dan ook bestekskritiek te geven wat, gelet op haar stilzwijgen daarover tijdens de gunningsprocedure, nogal faciel overkomt. Haar kritiek dat haar ruimer basisaanbod, dus buiten de kredieturen om, niet gunstig kon worden beoordeeld bij de gunningscriteria, lijkt evenmin ernstig, nu, zoals de verwerende partij terecht opmerkt, dit ruimer aanbod verrekend lijkt in haar lagere prijs – kredieturen lijken duurder – die gunstiger werd beoordeeld bij het gunningscriterium prijs.

15. Ten slotte merkt de verzoekende partij in het kader van het subgunningscriterium ‘nr. 5. Het ter beschikking stellen van preventieadviseurs’ nog op dat in de bijlage van het gunningsverslag verkeerdelijk wordt gesteld dat er maximaal 30 medische onderzoeken zouden zijn. Zij stelt dat in haar offerte het aantal onderzoeken wordt beperkt tot maximaal 28 per dag.

De verzoekende partij heeft inderdaad in haar offerte maximaal 28 onderzoeken per dag vooropgesteld. In het gunningsverslag behaalt zij de score 7/10 voor het subgunningscriterium ‘het ter beschikking stellen van preventieadviseurs (arbeidsgeneesheren en specialisten)’. De enige inschrijver die het aantal onderzoeken nog meer beperkte, namelijk de vzw Premed die 24 onderzoeken per dag vooropstelt, kreeg een score van 8,5/10. Gelet op het gegeven dat de verzoekende partij niet beweert dat het aanbod van maximaal 28 medische onderzoeken per dag dergelijk “bruikbaar nieuw of innoverend karakter” vertoont dat zij op dit subgunningscriterium 10/10 diende te scoren, mag op het eerste gezicht, nu de andere kritieken niet zijn aanvaard, niet worden aangenomen dat, zelfs indien de verzoekende partij evenveel zou hebben gescoord als de vzw Premed, de rangschikking in het voordeel van de verzoekende partij die dus anderhalf punt meer zou moeten krijgen, zo zou zijn gewijzigd dat zij het

puntenverschil met de begunstigde inschrijver zou hebben kunnen overbruggen. Deze vaststelling op zich volstaat om het onderdeel te verwerpen.

16. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, het artikel 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en het zorgvuldigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij betoogt dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden:

“Doordat de verwerende partij voor het subgunningscriterium 9 facturatie en het gunningscriterium Netwerk Onderzoekcentra EDPWB oordeelt dat alle inschrijvers beantwoorden aan de verwachtingen van het bestek. Terwijl het bestek toelaat een gedifferentieerde beoordeling te maken op grond van de omschrijving van de (sub)gunningscriteria. Terwijl de verzoekende partij niet in staat is zich op behoorlijke wijze te verweren nu de verzoekende partij niet kan vaststellen of de beoordeling van de (sub)gunningscriteria gesteund is op waarheidsgetrouwe en objectieve redenen. Dat dergelijke formele motivering totaal ontbreekt; Terwijl de verzoekende partij niet in staat is vast te stellen waarom zij een gelijke score behaalt op het subgunningscriterium 9 facturatie en het gunningscriterium Netwerk Onderzoekcentra EDPWB bij gebreke aan enige feitelijke ondersteuning. Dat verzoekende partij niet kan inschatten of een hogere score tot de mogelijkheden behoorde. Terwijl de zorgvuldigheidsplicht algemeen beginsel van behoorlijk bestuur de aanbestedende overheid verplicht tot een zorgvuldige en correcte feitenvinding. En terwijl uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen de overheid verplicht om in het document van de beslissing zelf de motieven moet opnemen die

haar beslissing motiveren en de motieven in feite en in rechte correct moeten zijn, de motieven objectief en relevant moeten zijn en de beslissing moeten schragen.”

Beoordeling

18. In de eerste plaats merkt de Raad van State op dat in het verzoekschrift de verzoekende partij nu eens opmerkt dat het “bestek [niet] bepaalt [...] wat de verwachtingen zijn van de aanbestedende overheid” en dan weer dat het bestek “duidelijk eisen voorop[stelt] aangaande hetgeen zij verwacht van de inschrijvers”. Dergelijke diffuse omschrijving van het middel laat niet onmiddellijk toe om een schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen vast te stellen.

19. Voorts mag worden opgemerkt dat de verzoekende partij op het subgunningscriterium ‘nr. 9. Facturatie’ een score van 3,5/5 heeft behaald, net zoals alle overige inschrijvers, waardoor volgens het gunningsverslag alle offertes “volledig aan het gevraagde [beantwoordt], echter zonder functionele meerwaarde die relevant is voor de opdracht”. Dit lijkt op zich een duidelijke motivering waarvan de verzoekende partij de ernst niet in het gedrang brengt door bijvoorbeeld te beweren dat zij een facturatiemethodiek voorstelde die wel een functionele meerwaarde voor de aanbestedende overheid kon betekenen.

20. De verzoekende partij heeft op het gunningscriterium ‘Nr. 11. Beschikbaarheid en bereikbaarheid van de EDPB’ een score van 10,5/15 gekregen net zoals de overige inschrijvers behoudens één inschrijver die slechts 7,5/15 heeft gekregen. Ook hier was de verwerende partij van mening dat de offerte van de verzoekende partij volledig aan het gevraagde beantwoordde zoals die van alle andere inschrijvers met uitzondering van één. Dit lijkt een duidelijke motivering. Hoewel de verzoekende partij in haar verzoekschrift beweert, zonder concrete aanduiding, dat “haar lokale verankering haar aanbod sterker maakt dan sommige van haar concurrenten” lijkt zij hiermee niet aan te tonen dat haar offerte een functionele meerwaarde biedt die relevant is voor de opdracht en in de motivering,

en de punten, tot uiting had moeten komen. Bovendien blijkt uit de offerte van de gekozen inschrijver dat hij minstens over een zelfde spreiding aan onderzoekscentra beschikt als de verzoekende partij.

21. Ter zitting merkt de verzoekende partij nog op dat uit de nota van de verwerende partij blijkt dat de gekozen inschrijver een clause in zijn offerte heeft opgenomen betreffende de betaaltermijn van facturen, die strijdt met de dwingende reglementaire bepalingen. Hieruit blijkt, zo stelt de verzoekende partij, dat er niet alleen een onderscheid is tussen wat de verschillende inschrijvers voorstellen – element kaderend in haar oorspronkelijk aangevoerd middel – doch ook dat deze offerte onregelmatig is en diende te worden geweerd.

Het aanvoeren van de onregelmatigheid van de gekozen offerte lijkt hier een nieuw middel. Mocht dergelijk middel al kunnen worden aangevoerd in de voorliggende procedure – in beginsel zou dit problematisch kunnen zijn – dan nog moet dit middel om andere redenen worden afgewezen. De verzoekende partij is reeds op 17 december 2013 van deze nota op de hoogte gebracht doch ontwikkelt pas ter zitting haar nieuw middel op basis van de informatie uit die nota; dit lijkt procedureel laattijdig daar het het Auditoraat en de verwerende partij ernstig bemoeilijkt in hun respectieve werkzaamheden en rechten van verdediging. Voorts is de ernst van dit nieuw middel niet evident; de aangeklaagde onwettigheid, die de begunstigde inschrijver, zo lijkt, geen voordeel bijbrengt bij de opdracht – het lijkt ook geen voorbehoud – en geen voordeel heeft bijgebracht bij de gunning, lijkt hoe dan ook te worden gecounterd door de besteksbeperking dat de opdracht dient te worden uitgevoerd volgens de wettelijke bepalingen.

22. Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 januari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Pierre Barra