

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.017 van 24 november 2015
in de zaak A. 217.392/XII-7953**

In zake: de VZW PROVIKMO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

tegen:

de POLITIEZONE MECHELEN-WILLEBROEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

MENSURA EXTERNE DIENST VOOR PREVENTIE EN
BESCHERMING OP HET WERK (MENSURA EDPB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jens Debièvre
Tour & Taxis
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 oktober 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing genomen op basis van het advies van de heer Tom Ginsberg

d.d. 28 september 2015, opgenomen in het document getiteld ‘Gemotiveerde gunningsbeslissing’ om

- (i) de offerte van Verzoekende Partij als substantieel onregelmatig weren; en
- (ii) de opdracht te gunnen Belanghebbende Partij.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 10 november 2015 heeft Mensura Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk (Mensura EDPB) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 november 2015, om 11.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Caroline De Mulder, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 politiezone Mechelen-Willebroek schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp het “aanstellen

externe dienst voor preventie en bescherming op het werk voor lokale politie Mechelen-Willebroek”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 februari 2015.

3.3. Het op de opdracht van toepassing zijnde bijzonder bestek nr. 2014-KCA-001 beschrijft de opdracht als volgt:

“I.1 Beschrijving van de opdracht

Voorwerp van deze diensten: Aanstellen externe dienst voor preventie en bescherming op het werk voor de PZ Mechelen-Willebroek.

Toelichting:

De PZ Mechelen-Willebroek dient over te gaan tot de aanstelling van een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk vanaf 1 januari 2016. De tarieven die opgegeven worden moeten dus voldoen aan de vigerende wettelijke bepalingen van toepassing vanaf 2016 (zie toepasselijke reglementering hierboven)”

Het bestek bepaalt tevens dat de offertes zullen worden beoordeeld aan de hand van drie gunningscriteria, meer bepaald 1) prijs, 2) kwaliteit van de dienstverlening en 3) wijze van rapportering, documentatie, communicatie.

3.4. De opdracht wordt aanvankelijk gegund via een open offerteaanvraag.

3.5. De offertes worden geopend op 3 april 2015. Er worden vier offertes ontvangen, onder meer die van de verzoekende partij en van de EDPB Mensura.

3.6. Bij e-mailbericht van 10 juni 2015 deelt de verwerende partij aan de inschrijvers mee dat bij nazicht van de offertes is gebleken dat al de ingediende offertes materieel onregelmatig zijn, aangezien de ingediende tarieven blijkbaar niet conform de wetgeving zouden zijn die van kracht wordt op 1 januari 2016. Bovendien zou door de verwerende partij zijn vastgesteld dat de ingediende tarieven onvergelijkbaar zijn.

Bij hetzelfde e-mailbericht van 10 juni 2015 worden de inschrijvers ingelicht dat het Politiecollege op 4 juni 2015 heeft besloten – goedgekeurd door de politieraad op 25 juni 2015 – om niet over te gaan tot de gunning van de opdracht en om met toepassing van artikel 26, § 1, 1°, e, van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ de procedure voort te zetten in de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

De nieuwe offertes (Best And Final Offers) dienen uiterlijk op 16 juni 2015 te worden ingediend.

3.7. Bij e-mailbericht van 23 juni 2015 wordt een nieuwe inventaris overgemaakt aan alle inschrijvers. Dit bericht luidt:

“Zoals vorige vrijdag besproken ontvangt U bij deze het aangepaste Excel formulier voor de prijsopgave. Gelieve dit aandachtig in te vullen en gelieve rekening te houden met de opmerkingen bovenaan het formulier (groene tekst).

Dit correct ingevulde formulier moet ten laatste op dinsdag 30/06/2015 ingediend zijn. Het formulier moet ondertekend op papier ingediend worden en moet ook elektronisch (Excel bestand) ter beschikking gesteld worden”.

3.8. Op 30 juni 2015 wordt onder meer door de verzoekende partij en door de EDPB Mensura een offerte ingediend op grond van de aangepaste inventaris.

3.9. Op 6 juli 2015 richt de verwerende partij zich tot de toezichthoudende overheid, zijnde de dienst Toezicht op het welzijn op het werk, directie Antwerpen, met de volgende vraag:

“De politie Mechelen-Willebroek heeft een overheidsopdracht geplaatst voor het aanstellen van een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk (aanvang opdracht op 01/01/2016).

Onderstaand wettelijk kader werd in het bestek van toepassing gemaakt:

1. Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens en zijn uitvoeringsbesluiten, en latere wijzigingen.

2. Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en latere wijzigingen.
 3. Koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, en latere wijzigingen.
 4. Koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, en latere wijzigingen.
 5. Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.
 6. Het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming (ARAB), Welzijnswet en Codex over het welzijn op het werk.
 7. Koninklijk besluit van 24 april 2014 tot wijziging van diverse bepalingen inzake welzijn op het werk.
 8. Koninklijk besluit van 24 april 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk wat betreft de tarifiering, dat in zijn geheel in werking treedt op 01/01/2016.
 9. Alle latere aanvulling op voormelde reglementeringen geldig op datum van indienen der offertes.
- Eén der inschrijvers biedt boven de wettelijk voorziene preventie-eenheden nog 72 extra preventie-eenheden (zie inventaris in bijlage).
Is dit conform de vigerende regelgeving?”

Hierop antwoordt de dienst Toezicht op het welzijn op het werk, directie Antwerpen, op 9 juli 2015 wat volgt:

“Het lastenboek is ons niet bekend, dus is uw vraag ook moeilijk te beoordelen.

Het principe gaat uit van (aantal werknemers X tarief onderneming)/150 = aantal PE. Het aantal berekende PE is derhalve correct; alleen is volstrekt onduidelijk hoe men een bonus van 30 % kan toekennen. Dit is zeker merkwaardig vermits artikel 11 van het KB Externe diensten stelt:

Art. 11.- Geen enkele vorm van korting, ristorno, terugbetaling of andere commerciële praktijk die tot doel heeft of als gevolg heeft het bedrag van de verplichte forfaitaire minimumbijdragen bedoeld in afdeling IIbis te verlagen, mag door de externe dienst worden toegepast of voorgesteld aan de werkgever en deze laatste mag dit noch vragen noch aanvaarden, zelfs niet wanneer de overeenkomst werd gesloten ingevolge een overheidsopdracht.

Mogelijks kan u de betreffende externe dienst toelichting vragen over een en ander waarbij u de link legt met het betreffende artikel ?”

Bij e-mailbericht van 10 juli 2015 maakt de verwerende partij het bijzonder bestek over aan deze dienst.

3.10. Op 7 augustus 2015 stelt de verwerende partij de volgende vraag aan de verzoekende partij:

“Het aantal berekende preventie-eenheden (237) in uw offerte is correct, alleen is volstrekt onduidelijk hoe de bonus van 30% op de preventie-eenheden kan toegekend worden. Dit is merkwaardig vermits artikel 11 van het KB Externe diensten stelt:

Geen enkele vorm van korting, ristorno, terugbetaling of andere commerciële praktijk die tot doel heeft of als gevolg heeft het bedrag van de verplichte forfaitaire minimumbijdragen bedoeld in afdeling IIbis te verlagen, mag door de externe dienst worden toegepast of voorgesteld aan de werkgever en deze laatste mag dit noch vragen noch aanvaarden, zelfs niet wanneer de overeenkomst werd gesloten ingevolge een overheidsopdracht.

Kan u aangeven hoe u de toekenning van deze bonus verantwoord[t] en hoe dit gekaderd is binnen de vigerende wetgeving ?

Mag ik u vragen om mij een antwoord te verschaffen tegen ten laatste 11 augustus 2015?”

Op 7 augustus 2015 antwoordt de verzoekende partij als volgt:

“Het artikel waar u naar verwijst, verbiedt idd de EDPBW's om de werkgever finaal minder te doen betalen dan de minimum forfaitaire bijdrage. In ons voorstel houden wij ons strikt aan deze regelgeving: de forfaitaire minimumbijdrage is immers jaarlijks verschuldigd.

Wij kunnen door een hoge efficiëntie, een lagere overheadkost en door een goede samenwerking 30% extra preventie-eenheden toekennen.

Bij het verbruik worden de wegingsfactoren toegepast zoals in het KB wordt bepaald.”

3.11. Beide e-mailberichten van 7 augustus 2015 worden op 11 augustus 2015 overgemaakt aan de dienst Toezicht op het welzijn op het werk.

Bij e-mailbericht van 13 augustus 2015 antwoordt voormelde dienst wat volgt:

“In overleg met mijn collega en volgens de huidige regelgeving kan ik u het volgende antwoorden (een aanpassing van de wet en het KB liggen voor bij de Raad van State) :

- Het aantal PE berekend op basis van het personeelsbestand bedraagt: $(409 \times 87)/150 = 237$ PE (in feite 237,22)

- Het aantal PE nodig om de verschillende taken te verrichten bedraagt 301,6 PE. Dit beteken[t] dat het saldo PE (A) onvoldoende is, en dat er bijkomend gefactureerd dient te worden $(301,6 - 237) = 64,6$ PE. Dit bedrag wordt niet teruggevonden in de eindafrekening.

Indien in het bestek staat dat er een PAAG gedurende x tijd aanwezig dient te zijn bij een aantal activiteiten, dan dient op basis hiervan de offerte berekend te worden. Men moet niet zeggen het goedkoper te kunnen doen door een andere medewerker (niet-arts) te gebruiken, maar men kan wel suggereren dat het niet altijd een arts hoeft te zijn en het dus goedkoper zou kunnen (in de vergelijking met de anderen diensten dient dit zelfde principe dan ook gehanteerd te worden bij de vergelijking). In de legende van de tabel wordt trouwens ook aangegeven als de PE uitgeput zijn (wat in dit geval zo is), de kostprijs als dusdanig ingevuld dient te worden.

Als een dienst bepaalde prestaties die normaal worden aangerekend via PE niet aanreken ('bonus van 30%'), dan kan dit beschouwd worden als een niet geoorloofde korting.

De prestaties die geleverd dienen te worden zijn verplichte prestaties. Het systeem van PE kan 'extra's' opleveren op voorwaarde dat het aantal medische onderzoeken niet al te groot is ten opzichte van het totaal aantal werknemers, zodat het saldo voor andere zaken kan benut worden (risicobeheer bijvoorbeeld). Hier is 85% onderworpen aan een jaarlijkse gezondheidsbeoordeling.

Indien het forfaitaire systeem ontoereikend is om alle verplichte prestaties te dekken, dan dient dit extra gefactureerd te worden: ik verwijs in dat verband naar het KB externe diensten art 13/3, § 2 laatste alinea:

‘Indien er onvoldoende preventie-eenheden zijn om de in het eerste lid bedoelde prestaties te kunnen leveren, garandeert de externe dienst niettemin dat deze prestaties worden uitgevoerd; in dat geval worden deze prestaties afzonderlijk aangerekend.’

Tevens vermeldt art 13/6, § 2, 3°:

§ 2. De volgende prestaties in het kader van de opdrachten inzake gezondheidstoezicht worden aangerekend aan 77,53 euro per prestatie of aan 115 euro per gepresteerd uur met toepassing van de wegingsfactoren bedoeld in artikel 13/4, § 2:

3° de preventieve handelingen in het kader van het gezondheidstoezicht die afzonderlijk moeten worden aangerekend na uitputting van de preventie-eenheden bedoeld in artikel 13/4, bij een werkgever van groep A, B of C die in zijn interne dienst beschikt over een preventieadviseur die met vrucht een aanvullende vorming niveau I of II heeft beëindigd.

De ‘bonus’ die hier dus vooropgesteld wordt is dus het niet-aanrekenen van vergoedbare prestaties.”

3.12. Op 28 september 2015 stelt de verwerende partij een gemotiveerd gunningsverslag op, waarin het volgende wordt vastgesteld:

“IV. Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

De ontvankelijke offertes van de inschrijvers die een offerte hebben ingediend werden onderzocht op het vlak van hun formele regelmatigheid. Uit dit onderzoek is gebleken dat alle offertes formeel regelmatig zijn.

De formeel regelmatige offertes werden onderzocht in het raam van de materiële regelmatigheid van de offertes.

Uit het materiële regelmatigheidsonderzoek van de offertes is gebleken dat ze allemaal materieel regelmatig zijn, behalve de offerte van Provikmo.

Provikmo vermeldt in zijn offerte : ‘Provikmo voorziet een extra van 72 PE dit komt neer op een bonus van 30% – met een totaal van 309 PE waardoor extra dienstverlening kan aangeboden worden binnen het preventiebudget’. Ten einde uitsluitel te hebben over de wettelijkheid van de door Provikmo toegekende bonus werd hierover advies gevraagd aan de Directie Antwerpen van de dienst Toezicht op het welzijn op het werk. Uit dit advies bleek dat de offerte van Provikmo niet in overeenstemming is met het Koninklijk besluit van 24 april 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk wat betreft de tarifiering, dat in zijn geheel in werking treedt op 01/01/2016.

Aangezien de offerte niet in regel is met de bepalingen van het KB van 24 april 2014 en aangezien het bestek onder punt I.1 duidelijk stelt dat de opgegeven tarieven moeten voldoen aan de vigerende wettelijke bepalingen van toepassing vanaf 2016, wordt de offerte van Provikmo als materieel onregelmatig beschouwd.

Bovendien blijkt uit de offerte van Provikmo dat er een tekort van 2,6 preventie-eenheden is in de ingediende inventaris. Dit zou als een rekenfout beschouwd kunnen worden en door de aanbestedende overheid worden gecorrigeerd, daarmee zou het totale inschrijvingsbedrag op 361.728 euro btw incl. komen.

[...]

VI. Onderzoek van de best and final offers in het raam van het gunningscriterium prijs OF Onderzoek van de best and final offers in het raam van de gunningscriteria

- Gelet op het feit dat, ingevolge de gevoerde onderhandelingen, de inschrijvers een best and final offer hebben ingediend op 30/06/15;
- Gelet op het feit dat de best and final offers werden onderzocht in het raam van de gunningscriteria vermeld in het bestek;
- Gelet op het feit dat de quotaties als volgt kunnen worden samengevat

	Gewicht 30	Gewicht 55	Gewicht 15	
	Prijs	Kwaliteit vd dienstverlening	Wijze van rapportering, documentatie, communicatie	Totaal
Provikmo (uitgesloten wegens materieel onregelmatig)	28,87	55	15	98,87
Mensura	30	55	15	100
Idewe	28,84	55	15	98,84
premed	23,36	42	15	80,36

- Gelet op het feit dat uit dit onderzoek gebleken is dat de best and final offer van Mensura de hoogste eindquotatie heeft behaald”.

3.13. Op 1 oktober 2015 keurt het Politiecollege van de verwerende partij de “gemotiveerde beslissing” goed “om inzake de aanneming van diensten voor het aanstellen van een externe dienst preventie en bescherming op het werk ten voordele van de lokale politie de opdracht te gunnen aan de firma Mensura [...] voor een jaarlijks werkmiddelen bedrag van 58018,45 euro btw incl. (voor een periode van 6 jaar)”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.14. Bij brief van 9 oktober 2015 wordt aan de verzoekende partij een uittreksel bezorgd van de gemotiveerde gunningsbeslissing waarin de redenen om haar offerte te weren, worden uiteengezet.

Bij aangetekende brief van 9 oktober 2015 wordt de EDPB Mensura in kennis gesteld dat haar offerte is gekozen en dat de opdracht aan haar wordt gegund.

3.15. Bij e-mailbericht van 16 oktober 2015 vraagt de verzoekende partij om een kopie van de gemotiveerde gunningsbeslissing. Deze wordt haar bezorgd op 28 oktober 2015 .

IV. Tussenkomst

4. Mensura Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk 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. Ontvankelijkheid van het beroep

5. 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 excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Een eerste middel is geput uit de schending van artikel I.13 van het bestek, samen genomen met de artikelen 95 en 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht deze artikelen en beginselen geschonden:

“Doordat de offerte van Verzoekende Partij als substantieel onregelmatig wordt verworpen op grond van de schending van artikel 11 van het Koninklijk Besluit van 27 maart 1998, met name het niet naleven van de

verplichte forfaitaire minimumbedragen betreffende de door de Opdracht omvatte dienstverlening;

Terwijl, eerste onderdeel, Verzoekende Partij in haar offerte en de aanvullende toelichting uitdrukkelijk heeft bevestigd de forfaitaire minimumbedragen na te leven en enkel een bijkomende dienstverlening op te nemen onder de vorm van extra preventie-eenheden;

Terwijl, tweede onderdeel, het toekennen van gratis preventie-eenheden boven het verplicht aan te kopen pakket-eenheden tegen de forfaitaire minimumbedragen niet verboden is, zoals blijkt uit het juridisch advies van het Advocatenkantoor Van Eeckhoutte Taquet & Clesse;

Zodat de Bestreden Beslissing artikel I.13 juncto artikel 95 en artikel 107 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 schendt, in samenhang met het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ispe fecisti’, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het beginsel van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.”

Beoordeling

8. De tussenkomende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang bij dit middel op.

Nu hierna zal blijken dat het middel niet kan worden aangenomen, behoeft deze exceptie geen nader onderzoek.

9. Artikel 11 van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk bepaalt:

“Geen enkele vorm van korting, ristorno, terugbetaling of andere commerciële praktijk die tot doel heeft of als gevolg heeft het bedrag van de verplichte forfaitaire minimumbijdragen bedoeld in afdeling IIbis te verlagen, mag door de externe dienst worden toegepast of voorgesteld aan de werkgever en deze laatste mag dit noch vragen noch aanvaarden, zelfs niet wanneer de overeenkomst werd gesloten ingevolge een overheidsopdracht”.

Het koninklijk besluit van 24 april 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe dienst voor preventie

en bescherming op het werk, vervangt de voormelde afdeling IIbis met ingang van 1 januari 2016 door een afdeling II/1, en bepaalt wat volgt:

“AFDELING II/1 - VERPLICHTE FORFAITAIRE MINIMUMBIJDRAGEN UIT HOOFDE VAN DE PRESTATIES VAN DE PREVENTIEADVISEURS VAN DE EXTERNE DIENSTEN

[...]

Art. 13/2. § 1. De werkgever is jaarlijks aan de externe dienst een forfaitaire minimumbijdrage verschuldigd die wordt bepaald op basis van het aantal tewerkgestelde werknemers, en die wordt berekend aan standaardtarief of verlaagd tarief. Het tarief is afhankelijk van de hoofdactiviteit van de werkgever zoals bepaald in bijlage 1.

§ 2. De forfaitaire minimumbijdrage bedoeld in § 1 bedraagt :

1° 87 euro per werknemer aan standaardtarief;

[...]

Art. 13/3. § 1. [...]

§ 2. Voor de werkgever van groep A, B of C die in zijn interne dienst beschikt over een preventieadviseur die met vrucht een aanvullende vorming niveau I of II heeft beëindigd zoals bepaald in artikel 22 van het koninklijk besluit betreffende de interne dienst, wordt de forfaitaire minimumbijdrage omgezet in preventie-eenheden zoals bepaald in artikel 13/4, die bij voorrang worden besteed aan de volgende prestaties :

a) de preventieve handelingen in het kader van het gezondheidstoezicht, evenals het organiseren van het inzagerecht in het gezondheidsdossier, zoals bedoeld in § 1, 3° en 4°;

b) het uitvoeren van de opdrachten van de preventieadviseur psychosociale aspecten, zoals bedoeld in § 1, 9°, tenzij de werkgever binnen zijn interne dienst voor preventie en bescherming op het werk beschikt over een preventieadviseur psychosociale aspecten;

Indien er preventie-eenheden overblijven na het uitvoeren van de prestaties bedoeld in het eerste lid, kunnen deze preventie-eenheden door de werkgever, in overleg met de externe dienst, worden opgenomen onder de vorm van andere prestaties die rechtstreeks verband houden met het preventiebeleid van de onderneming. De overblijvende preventie-eenheden zijn overdraagbaar.

Indien er onvoldoende preventie-eenheden zijn om de in het eerste lid bedoelde prestaties te kunnen leveren, garandeert de externe dienst niettemin dat deze prestaties worden uitgevoerd; in dat geval worden deze prestaties afzonderlijk aangerekend.

§ 3. [...]

Art. 13/4. § 1. Een preventie-eenheid bedraagt 150 euro.

Preventie-eenheden kunnen door de werkgever worden opgenomen door middel van prestaties door het personeel van de externe dienst zoals bepaald in § 2, of door omzetting van de kostprijs van de prestaties zoals bedoeld in artikel 13/5.

[...]

Art. 13/5. Worden beschouwd als aanvulling op de prestaties bedoeld in artikel 13/3, § 1 en § 2, eerste lid, en kunnen door de externe dienst afzonderlijk aan de werkgever worden aangerekend :

1° technische handelingen in het kader van de opdrachten inzake risicobeheer en die deel uitmaken van de analyse- en expertisemethoden, inzonderheid onderzoeken, controles en metingen die een laboratoriumanalyse vergen;

2° bijkomende handelingen in het kader van de opdrachten inzake gezondheidstoezicht, inzonderheid de kosten van de analyses, radiologische onderzoeken, gerichte onderzoeken of gerichte functionele tests; deze worden aangerekend conform de erelonen die zijn opgenomen in de nomenclatuur van de gezondheidsprestaties, die is opgesteld in uitvoering van artikel 35 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkering, gecoördineerd op 14 juli 1994;

3° reële verplaatsingskosten van de preventieadviseurs en van de personen die hen bijstaan;

Art. 13/6. § 1. De volgende prestaties in het kader van de opdrachten inzake risicobeheer worden aangerekend aan 115 euro per gepresteerd uur met toepassing van de wegingsfactoren bedoeld in artikel 13/4, § 2 :

[...]

2° de prestaties die worden uitgevoerd na uitputting van de preventie-eenheden bedoeld in artikel 13/4, bij een werkgever van groep A, B of C die in zijn interne dienst beschikt over een preventieadviseur die met vrucht een aanvullende vorming niveau I of II heeft beëindigd.

§ 2. De volgende prestaties in het kader van de opdrachten inzake gezondheidstoezicht worden aangerekend aan 77,53 euro per prestatie of aan 115 euro per gepresteerd uur met toepassing van de wegingsfactoren bedoeld in artikel 13/4, § 2 :

[...]

3° de preventieve handelingen in het kader van het gezondheidstoezicht die afzonderlijk moeten worden aangerekend na uitputting van de preventie-eenheden bedoeld in artikel 13/4, bij een werkgever van groep A, B of C die in zijn interne dienst beschikt over een preventieadviseur die met vrucht een aanvullende vorming niveau I of II heeft beëindigd.”

10. Centraal in deze zaak is de vraag of de verwerende partij vermocht te oordelen dat de bonus van extra preventie-eenheden strijdig is met de toepasselijke regelgeving en de bepalingen van het bestek om op grond daarvan de offerte van de verzoekende partij te weren als materieel onregelmatig.

Uit de motieven opgenomen in het gunningsverslag kan immers worden afgeleid dat volgens de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij strijdt met het van kracht zijnde artikel 11 van het koninklijk besluit van

27 maart 1998, de bepaling I.1 van het bestek en de bepalingen van het koninklijk besluit van 24 april 2014, dat een nieuwe afdeling II/1 invoegt in het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk en die in werking zal treden op 1 januari 2016.

11. Uit het bestek blijkt dat de inschrijvers de bepalingen van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk, zoals gewijzigd bij koninklijk besluit van 24 april 2014, dienden na te leven.

Punt I.1 van het bestek “Beschrijving van de opdracht” vermeldt immers dat “de tarieven die opgegeven worden moeten [...] voldoen aan de vigerende wettelijke bepalingen van toepassing vanaf 2016”. Op bladzijde 3 van het bestek wordt het “koninklijk besluit van 24 april 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk wat betreft de tarifiering, dat in zijn geheel in werking treedt op 01/01/2016” toepasselijk verklaard.

12. Partijen betwisten voorts niet dat voor de politiezone Mechelen-Willebroek de forfaitaire minimumbijdrage beantwoordt aan het aantal berekende preventie-eenheden van 237.

13. De verzoekende partij betwist dat de bonus van 72 preventie-eenheden in haar offerte een door artikel 11 van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 verboden korting uitmaakt. Zij betoogt dat de verwerende partij finaal wel de forfaitaire minimumbijdrage jaarlijks zou zijn verschuldigd en dat zij enkel met het oog op het tweede gunningscriterium “kwaliteit van de dienstverlening” een bijkomende dienstverlening zou hebben aangeboden.

Deze argumentatie kan op het eerste gezicht niet overtuigen. Het gratis aanbieden als “bonus” van 72 preventie-eenheden die nodig blijken te zijn om de verschillende taken te verrichten, lijkt op het eerste gezicht in strijd met artikel 11 van het koninklijk besluit van 27 maart 1998 dat geen enkele vorm van korting, ristoro, terugbetaling of andere commerciële praktijk toelaat die tot doel of als gevolg heeft het bedrag van de verplichte forfaitaire minimumbijdragen te

verlagen, samen genomen met artikel 13/3, § 1, laatste lid, van hetzelfde koninklijk dat bepaalt dat indien het aantal preventie-eenheden berekend op grond van het personeelsbestand onvoldoende is, de externe dienst niettemin garandeert dat de bedoelde prestaties worden uitgevoerd, in welk geval deze prestaties afzonderlijk worden aangerekend. Het niet aanrekenen van die prestaties die moeten worden gegarandeerd en waarvan de tarieven worden bepaald in artikel 13/6, te dezen in de vorm van een bonus van 30 %, lijkt dan ook op het eerste gezicht te moeten worden aangezien als een niet geoorloofde vorm van korting in de zin van artikel 11 van het koninklijk besluit van 27 maart 1998.

In dezelfde lijn vermeldt de legende bij de gewijzigde inventaris ook dat “indien geen preventie-eenheden meer beschikbaar zijn dan vult u hier de correcte prijs in uitgedrukt in cijfers”, en “indien geen preventie-eenheden meer beschikbaar zijn dan vult u hier de correcte prijs in uitgedrukt in letters”.

14. Voorts lijken een hoge efficiëntie, een lagere overheadkost en een goede samenwerking op het eerste gezicht geen afbreuk te kunnen doen aan de voormelde conclusie.

15. Hetzelfde lijkt te gelden voor wat betreft het juridisch advies van advocatenkantoor Van Eeckhoutte, Tacquet & Clesse dat de verzoekende partij ter haren verdediging inroept. Dit advies stelt immers dat de bewoordingen van het artikel 13/3, § 2, tweede lid, “laten uitschijnen dat bijkomende prestaties, steeds afzonderlijk aangerekend moeten worden”. Deze prestaties betreffen “de in het eerste lid bedoelde prestaties”, zijnde de preventieve handelingen in het kader van het gezondheidstoezicht”, waarvan de uitvoering, ook indien er onvoldoende preventie-eenheden zijn, “niettemin” moet worden “[ge]garandeerd” overeenkomstig artikel 13/3, § 2, tweede lid en die “afzonderlijk moeten worden aangerekend na uitputting van de preventie-eenheden” overeenkomstig artikel 13/6, § 2, 3°. Ook het kwestieuze advies stelt dat “het gebruik van het woord ‘moeten’ in [voormeld] artikel, [...] eerder [doet] vermoeden dat het minstens de bedoeling moet zijn geweest dat ook bijkomende prestaties, steeds aangerekend dienen te worden. Het advies concludeert overigens dat “noch de wetsgeschiedenis, noch de bepalingen van het KB 1998 [...] [laten toe] een eenduidig antwoord te bieden op de vraag of het mogelijk is om een werkgever een pakket

gratis preventie-eenheden aan te bieden bovenop het pakket dat hij bij wet verplicht is aan te kopen”.

Anderzijds blijkt ook de verwerende partij zich in het kader van deze problematiek door derden te hebben laten bijstaan en de zienswijze van de verzoekende partij te hebben afgetoetst bij de Directie Antwerpen van de Dienst Toezicht op het Welzijn op het Werk, die formeel is in haar stelling dat “de ‘bonus’” neerkomt op “het niet-aanrekenen van vergoedbare prestaties”. Deze dienst bevestigt dat te dezen het forfaitaire systeem ontoereikend was om alle verplichte prestaties te dekken zodat “bijkomend gefactureerd dient te worden”.

16. De beslissing van de verwerende partij om de offerte van de verzoekende partij te weren op grond van strijdigheid met de toepasselijke reglementering en het bestek, lijkt dan ook op het eerste gezicht gesteund op wettige motieven. Bovendien lijkt deze de resultante van een zorgvuldig en gedegen onderzoek, gevoerd met respect voor de gelijke behandeling der inschrijvers en de mededinging.

De schending van het patere legem-beginsel, het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel lijkt dan ook niet aangetoond. Nu de schending van de overige in de aanhef van het eerste middel geduide beginselen en bepalingen niet blijkt te zijn gestoeld op andere gronden, behoeven deze geen nader onderzoek.

17. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. Een tweede middel is geput uit de schending van artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de

uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald de formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en het gelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat uit de Bestreden Beslissing blijkt dat, voor het tweede en het derde gunningscriterium punten aan de verschillende offertes werden toegekend – waaronder zeven op acht quoteringen de maximumscore – zonder dat deze quotering op enigerlei wijze door een materiële motivering wordt onderbouwd;

Terwijl, zoals bevestigd door de rechtspraak van uw Raad, een loutere puntentoekenning niet volstaat als toereikende motivering nu aan de gegeven punten motieven ten grondslag liggen en die motieven zichtbaar dienen te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie, doorgaans in woorden;

Zodat de Bestreden Beslissing de formele motiveringsplicht schendt, minstens niet is aangetoond dat Verwerende Partij met de passende zorgvuldigheid de offertes heeft getoetst aan het tweede en derde gunningscriterium;

Zodat bijgevolg artikel 5, 9° van de Wet van 17 juni 201[3] alsmede de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 zijn geschonden, evenals artikel I.13 van het Bestek, juncto artikel 107 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 nu niet vaststaat dat de economisch meest voordelige regelmatige offerte is gekozen.”

Beoordeling

19. Uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat de verzoekende partij er niet in is geslaagd de beslissing van de verwerende partij om haar offerte als onregelmatig te weren, te ontbloten van wettigheid.

Bijgevolg moet de verzoekende partij, wil zij belang hebben bij haar vordering, aantonen dat aan geen enkele inschrijver de opdracht mocht worden gegund.

In het voorliggende tweede middel wordt de regelmatigheid van de overige inschrijvingen niet betwist. Hoogstens leidt bedoeld middel ertoe dat een formeel motiveringsgebrek in de gunningsbeslissing wordt vastgesteld.

Het besluit is dan ook dat de excepties die de tegenpartijen in dit verband opwerpen, moeten worden aangenomen en dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar tweede middel.

VIII. Besluit

20. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Kosten

21. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van Mensura Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk (Mensura EDPB) tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Bovin