

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.537 van 4 oktober 2018
in de zaak A. 226.144/XII-8614**

In zake: de CVBA INFOHOS SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Toby De Backer
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AZ SINT-JAN BRUGGE-OOSTENDE AV
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Koning Leopold I-sstraat 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 september 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 30 augustus 2018 van de Algemeen directeur van het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende AV houdende de niet-selectie van de [cvba Infohos Services] voor de overheidsopdracht tot levering, implementatie, ontwikkeling en onderhoud van een ziekenhuisbreed geïntegreerd elektronisch patiëntendossier (EPD)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 oktober 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Jens Debièvre en Elisabeth Robbrouckx, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. Op 28 maart 2018 beslist de verwerende partij om een mededingingsprocedure met onderhandeling te starten voor de aanschaf, implementatie en onderhoud van een elektronisch patiëntendossier voor een periode van 10 jaar. Het betreft een procedure in twee fasen, namelijk een selectiefase met een oproep tot kandidatuurstelling en vervolgens een onderhandelingsfase. Het betreft een dienstenopdracht.

De opdracht wordt geraamd op “tussen 2,2 en 5 miljoen [euro] per jaar incl btw [...] voor één jaar”.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 mei 2018 en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 mei 2018. De aankondiging omschrijft de opdracht meer in detail als volgt:

“De levering, implementatie, ontwikkeling en onderhoud van een ziekenhuis breed geïntegreerd elektronisch patiëntendossier (EPD). Hierbij is het

essentieel om een EPD aan te bieden dat het ziekenhuis toelaat zijn rol in het ziekenhuislandschap optimaal in te vullen conform de technologie van vandaag en klaar voor de eisen van morgen. Datamigratie tussen het bestaande EPD en het toekomstige EPD is essentieel. Patiëntenadministratie en facturatie vallen buiten het voorwerp van deze opdracht.”

Wat de van de kandidaten vereiste technische en beroepsbekwaamheid betreft, luidt de aankondiging:

“Lijst en beknopte beschrijving van de selectiecriteria:

1. De kandidaat voegt een lijst van gelijkaardige projecten toe van de afgelopen drie jaar die door de kandidaat werden opgestart/uitgevoerd in België. Dit met vermelding van de naam van de instelling, de coördinaten van de contactpersoon, beknopte beschrijving van de opdracht, datum implementatie en jaarbudget. De referenties dienen van een gelijkaardige omvang te zijn als de uitgeschreven opdracht.

[...]

Eventuele minimumeisen:

1. Lijst met referenties: deze lijst van referenties moet minstens 2 gedocumenteerde en vergelijkbare projecten van de afgelopen drie jaar bevatten. Daarbij gaat het om projecten die door de kandidaat werden opgestart of uitgevoerd in België van een gelijkaardige omvang als deze opdracht. Een vergelijkbaar project is er een bestaande uit de levering, implementatie, ontwikkeling en onderhoud van een ziekenhuis breed geïntegreerd elektronisch patiëntendossier (EPD) voor een algemeen en/of universitair ziekenhuis.”

3.3. Op 22 juni 2018 worden de kandidaturen geopend. Vijf ondernemingen hebben zich kandidaat gesteld, waaronder de huidige verzoekende partij.

3.4. In augustus 2018 wordt een ‘verslag van nazicht van de kandidaatstellingen’ opgesteld.

In dit verslag wordt vastgesteld dat de verzoekende partij niet voldoet aan de vereisten inzake technische en beroepsbekwaamheid. Deze vaststelling wordt als volgt gemotiveerd:

“Infohos Services CVBA: voldoet niet.

. Toepassing: geen éénduidige naam, betreft samenbrengen van aparte toepassingen, ‘best of breed’):

- CPD Spoed, Medisch en Verpleegkundig
- Medicatiebeheer
- RIS
- Meddos (vernoemen ze niet)

Referenties min eisen:

AZ Vesalius Tongeren

AZ Oudenaarde

AZ Lokeren

. Andere (onderhoud en support EPD):

AZ Vesalius Tongeren

AZ Oudenaarde

AZ Lokeren

AZ Sint Jan Brugge Oostende AV

ASZ Aalst

Infohos Services cvba voldoet niet aan de technische- en beroepsbekwaamheid wegens het niet kunnen aanbieden van een ziekenhuis breed geïntegreerd patiëntendossier omdat ze de volgende basisfunctionaliteiten niet in hun aanbod hebben: afsprakenbeheer, operatiekwartier en intern transport.”

Er wordt dan ook voorgesteld om de verzoekende partij niet te selecteren.

3.5. Op 29 augustus 2018 beslist de verwerende partij om het verslag van nazicht van de kandidaatstellingen bij te vallen en de verzoekende partij niet te selecteren. Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 30 augustus 2018 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van haar niet-selectie; hierbij is het nazichtsverslag niet gevoegd. In deze brief wordt de niet-selectie van de verzoekende partij als volgt gemotiveerd:

“Wij hebben uw inschrijving niet geselecteerd om volgende reden(-en):
Infohos Services CVBA voldoet niet aan de technische- en beroepsbekwaamheid wegens het niet kunnen aanbieden van een ziekenhuis breed geïntegreerd patiëntendossier omdat ze de volgende basisfunctionaliteiten niet in hun aanbod hebben: afsprakenbeheer, operatiekwartier en intern transport.”

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

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

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 kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4 en 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van artikel 68, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in

‡AEKSNFCBH-BDEJHBV‡

de klassieke sectoren', van het gelijkheidsbeginsel, van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van artikel 5, 6°, 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 en concessies' en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing besluit de verzoekende partij niet te selecteren om reden dat diens kandidatuur niet zou tegemoetkomen aan de in de oproep gestelde selectiecriteria m.b.t. de technische en beroepsbekwaamheid, en meer bepaald omdat afsprakenbeheer, operatiekwartier en intern transport niet in de basisfunctionaliteiten van de kandidatuur zouden zijn opgenomen.

Terwijl de verwerende partij zich moest beperken tot het toetsen van de kandidatuur aan de selectiecriteria zoals vervat in de oproep.

Terwijl de door de verwerende partij t.a.v. de technische en beroepsbekwaamheid van de verzoekende partij ingeroepen toetsstenen van afsprakenbeheer, operatiekwartier en intern transport nergens voorkomen in de oproep en al zeker geen deel uitmaken van de minimale eis.

Terwijl deze toetsstenen eerder de inhoud van de beoogde dienstverlening betreffen, waardoor zij als gunningscriteria en niet als selectiecriteria kwalificeren.

Terwijl de bestreden beslissing op geen enkele andere wijze aantoont dat de kandidatuur van verzoekende partij, die zeer gedetailleerd antwoord[t] op de oproep, inzonderheid wat betreft de technische en beroepsbekwaamheid, niet zou voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria.”

In de toelichting bij het middel laat de verzoekende partij onder andere gelden dat de “Wet Motivering Bestuurshandelingen geschonden [is] omdat de motivatie van de Bestreden Beslissing niet afdoende is om de niet-selectie te rechtvaardigen”. “Er wordt in de Bestreden Beslissing immers geen enkele schending door of tekortkoming in de Kandidatuur aangehaald die grondslag vindt in de Oproep. De Bestreden Beslissing is derhalve gebrekkig gemotiveerd.”

Ter terechtzitting hekelt de verzoekende partij, binnen het middel zo lijkt, onder meer het feit dat uit de nota van de verwerende partij er in essentie een andere motivering van haar niet-selectie naar voren komt dan deze opgenomen in de bestreden beslissing. In de nota is er onder meer sprake van het feit dat de verzoekende partij geen geïntegreerd elektronisch patiëntendossier zou hebben aangeboden in haar referenties als reden van niet-selectie terwijl deze kritiek helemaal niet blijkt uit de bestreden beslissing.

5.1.2. De verwerende partij merkt in haar nota op dat de verzoekende partij niet is geselecteerd omdat uit haar referenties blijkt dat deze handelen over een niet-geïntegreerd elektronisch patiëntendossier terwijl de referenties een geïntegreerd elektronisch patiëntendossier moeten betreffen. Dergelijk dossier dient volgens de verwerende partij op de eerste plaats te worden gekenmerkt door het gebruik maken van één portaal en niet van een variatie van applicaties die nochtans blijkt uit de referenties van de verzoekende partij en op de tweede plaats door het aanbieden van de 15 corefunctionaliteiten, waaronder het afsprakenbeheer, die expliciet vermeld zijn in bijlage 19 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’.

Volgens de verwerende partij zijn de “motieven van de bestreden beslissing, namelijk dat de verzoekende partij niet voldoet aan de technische en beroepsbekwaamheid wegens het niet kunnen aanbieden van een ziekenhuis breed geïntegreerd elektronisch patiëntendossier, [...] dan ook rechtens aanvaardbaar”. “Bovendien is de motivatie afdoende om de niet-selectie van de verzoekende partij te rechtvaardigen. De vaststelling dat de verzoekende partij niet voldoet aan de vooropgestelde minimumeis is immers voldoende om de beslissing tot niet-selectie te rechtvaardigen.”

Beoordeling

5.2. Zoals de verzoekende partij opmerkt, lijkt in de bestreden beslissing de draagwijdte van de motivering tot de niet-selectie van de verzoekende partij fundamenteel anders dan degene die in de nota van de verwerende partij wordt weergegeven.

‡AEKSNFCBH-BDEJHBV‡

In de nota wordt vermeld dat er slechts kan sprake zijn van een “geïntegreerd elektronisch patiëntendossier indien: 1) er gebruik wordt gemaakt van één portaal in plaats van het gebruik van een variatie van applicaties en 2) de 15 corefunctionaliteiten, waaronder het beheer van afspraken, worden aangeboden” en dat de verzoekende partij dit niet heeft aangeboden in haar referenties aangezien zij erin een niet-geïntegreerd dossier zou aanbieden. In de bestreden beslissing is er dan weer slechts sprake van het “niet [voldoen] aan de technische en beroepsbekwaamheid wegens het niet kunnen aanbieden van een ziekenhuis breed geïntegreerd patiëntendossier omdat ze de volgende basisfunctionaliteiten niet in hun aanbod hebben: afsprakenbeheer, operatiekwartier en intern transport”.

In de bestreden beslissing wordt de niet-selectie niet expliciet gesteund op het niet-aanbieden in de referenties van een geïntegreerd elektronisch patiëntendossier terwijl dit niet-aanbieden in de nota als de meest fundamentele reden wordt beschouwd voor de niet-selectie, namelijk de afwezigheid van één portaal in deze referenties; voorts wordt in de nota niet meer gerept van een manco aan de functionaliteiten ‘operatiekwartier’ en ‘intern transport’ terwijl dit in de bestreden beslissing wel het geval is; overigens toont de verwerende partij niet aan dat deze functionaliteiten opgenomen zijn onder de voormelde bijlage 19 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 en dus dat ze zouden horen bij een geïntegreerd elektronisch patiëntendossier.

In die omstandigheden lijkt de bestreden beslissing aangetast met een motiveringsgebrek waarvan de vaststelling volstaat om de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan te bevelen.

VI. Besluit

6. Het enig middel is in de besproken mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden gewilligd.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 30 augustus 2018 van het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende AV houdende de niet-selectie van de cvba Infohos Services voor de overheidsopdracht tot levering, implementatie, ontwikkeling en onderhoud van een ziekenhuisbreed geïntegreerd elektronisch patiëntendossier (EPD).

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 oktober 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra