

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.698 van 7 februari 2023
in de zaak A. 238.101/XII-9314**

In zake: de NV FILTER SERVICE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pierre Lejeune, Gabrielle Poquette en
Laetitia Raux
kantoor houdend te 4020 Luik
Rue des Fories 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Koning Leopold I-sstraat 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij:

de NV DIALEX BIOMEDICA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en
Manon De Weser
kantoor houdend te 3500 Hasselt,
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 januari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de Raad van Bestuur van de AZ Sint-Jan Brugge-Oostende AV van 21 december 2022 die aan Dialex Biomedica nv de overheidsopdracht gunt

van ‘Raamovereenkomst voor producten voor handverzorging’ (bestek APO-2022/01)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 januari 2023 heeft de nv Dialex Biomedica gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 januari 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gabrielle Poquette en Laetitia Raux, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Tom De Gendt en Elias Put, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Thomas Christiaens, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp “raamovereenkomst voor producten voor handverzorging”.

De opdracht wordt geplaatst met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

De oproep tot aanvraag tot deelneming is nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. In deel I ‘Administratieve bepalingen’ van het toepasselijk bestek worden in punt I.9 ‘Gunningscriteria’ de volgende gunningscriteria en hun respectieve gewicht bepaald:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	45
	Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
2	Kwaliteit product	35
	Wordt gescoord adhv het testformulier dat toegevoegd wordt aan het bestek.	
3	Plan van aanpak en timing	10
	<p>Volgende aspecten worden afzonderlijk gescoord:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Eventuele omschakeling van dispensers? - Opleidingsplan voor ziekenhuismedewerkers en artsen? - Ondersteuning bij communicatie naar en motivatie van de ziekenhuismedewerkers en artsen? - Doorlooptijd van het plan van aanpak. <p>Elk onderdeel wordt afzonderlijk gescoord, en een gemiddelde score wordt berekend op 10 punten.</p> <p>Onbruikbaar = 0 punten Onvoldoende = 1 punt Voldoende = 2,5 punten Goed = 4 punten Heel goed = 5 punten</p>	
4	Dienst na verkoop	10
	<p>Volgende aspecten worden afzonderlijk gescoord:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Worden sensibilisatietools voor handhygiëne aangeboden en wat houden die sensibilisatietools in? - Is er ondersteuning bij compliance metingen van handhygiëne en wat houdt deze ondersteuning in? - Hoe worden stockbreuken voorkomen? - Wordt er een vlotte bereikbaarheid/communicatie voorzien bij eventuele stockbreuken en/of kwaliteitsproblemen? - Op welke manier geeft de inschrijver advies omtrent alternatieve producten in geval van een allergie? <p>Elk onderdeel wordt afzonderlijk gescoord, en een gemiddelde score wordt berekend op 10 punten.</p> <p>Onbruikbaar = 0 punten Onvoldoende = 1 punt Voldoende = 2,5 punten Goed = 4 punten Heel goed = 5 punten</p>	
Totaal gewicht gunningscriteria:		100

In punt 1.16 ‘Afgifte van stalen’ wordt vermeld:

“[...]

Om de aangeboden producten te evalueren worden er stalen opgevraagd. Volgende aantallen worden opgevraagd:

- Handontsmetting in flacon van 450 ML tot 600 ML: 40 stuks
- Handontsmetting in flacon [...] voor gebruik in houder/dispenser met elleboogbediening: 6 stuks
- Handontsmetting in pocketverpakking 80 ML tot 150 ML: 30 stuks
- Handzeep in flacon van 450 ML tot 600 ML: 6 stuks
- Verzorgende handcrème in flacon 450 ML tot 600 ML: 6 stuks
- Alle aangeboden opties: 1 stuk

De verbruiksgoederen zullen bij het testen uitgetest worden, dit in beide ziekenhuizen, bij een uitgebreide groep medewerkers en artsen.

De stalen van de aangeboden opties, kunnen na gunning terug opgehaald worden bij de aanbestedende overheid.

Bij het testen wordt een evaluatieformulier ingevuld. Een voorbeeld van dit evaluatieformulier is toegevoegd als bijlage aan dit bestek.”

Dit testformulier, aan de hand waarvan het gunningscriterium ‘Kwaliteit van het product’ op 35 punten wordt beoordeeld, somt de subgunningscriteria op om de ‘Kwaliteit van de oplossing – totale score 30 punten’, respectievelijk de ‘Kwaliteit van het pompsysteem – totale score 5 punten’ te beoordelen, als volgt:

“

Kwaliteit van de oplossing - Totale score (30 punten)

Kwantiteit van de oplossing - Totale score (30 punten)			
Aanvoelen van de huid na opdrogen product	Heel plakkerig/korrelig (0 punten)	Beetje plakkerig/korrelig (5 punten)	Niet plakkerig/korrelig, dringt goed in de handen (10 punten)
Motivatie			
Droogtijd bij een volume van 3 ML	Traag: >= 1 min (0 punten)	Matig: >= 45 sec en < 1 min (5 punten)	Snel: > 30 en < 45 sec (10 punten)
Motivatie			
Staat van de huid (gehydrateerde en soepele huid/roodheid, irritatie)	Slecht: irritatie, roodheid (0 punten)	Goed: geen opmerkingen (5 punten)	Perfect: huidverzorgend effect merkbaar (10 punten)
Motivatie			
Algemene opmerkingen:			

Kwaliteit van het pompsysteem - totale score 5 punten

Criterium	NVT	Onbruikbaar (0 punten)	Onvoldoende (1 punt)	Voldoende (2,5 punten)	Goed (4 punten)	Heel goed (5 punten)
Kan de pomp eenvoudig gebruiksklaar						

gemaakt worden?						
Wat is het gemak waarmee de pomp kan worden ingedrukt?						
Is de basis van de drukpomp stabiel?						
Wordt hierbij steeds voldoende vloeistof opgepompt?						
Gebeurt de vloeistofverdeling zonder ongewenst spatten?						
Is het een gesloten systeem?						
Restvolume na gebruik van volledige flacon?						
Kan er een antidiefstal beveiliging ingezet worden in openbare ruimtes?						
Algemene opmerkingen:						
Elk criterium wordt afzonderlijk gescoord, en een gemiddelde score wordt berekend op 5 punten.						

.”

3.3. Acht ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder de verzoekende partij.

Bij beslissing van 16 mei 2022 worden vier kandidaten geselecteerd voor deelname aan de plaatsingsprocedure. Samen met de uitnodiging om een offerte in te dienen, ontvangen de kandidaten het bestek.

Twee ondernemingen dienen een offerte in, dit zijn de verzoekende partij en de nv Dialex Biomedica.

3.4. Een verslag van nazicht wordt opgesteld op 28 november 2022. Uit dit verslag blijkt dat beide offertes regelmatig worden bevonden.

De toetsing van die offertes aan het gunningscriterium ‘Prijs’ leidt tot de volgende puntentoekenning:

1.	Filter Service nv	45
2.	Dialex Biomedica nv	39,06

De toetsing van de offertes aan het gunningscriterium ‘Kwaliteit product’ leidt tot de volgende puntentoekenning:

1.	Dialex Biomedica	27,01
2.	Filter Service	26,55

Toegelicht wordt:

“Er werd een evaluatie gedaan van de ontvangen stalen. De stalen werden volledig geblindeerd en aangeduid met firma A en firma B, om de evaluatie niet te biassen.

Deze test werd uitgevoerd zowel in het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende AV als in het AZ Sint-Lucas adhv identieke evaluatieformulieren die toegevoegd werden aan het bestek.

In totaliteit werden de stalen geëvalueerd door 57 testpersonen, die de kwaliteit van de oplossing geëvalueerd hebben.

Onderdeel van het evaluatieformulier:

Kwaliteit van de oplossing – Totale score (30 punten)

[...]

Kwaliteit van het pompsysteem – totale score (5 punten)

[...]

Het te volgen protocol voor de test werd als volgt opgesteld:

- Indrukken van de pomp dient steeds volledig te gebeuren en 2x per ontsmettingsmoment.
- 6 ontsmettingsmomenten met telkens 5 minuten tussen.
- Chrono wordt gestart na het pompen en gestopt bij een droog gevoel. Dit is de gemeten droogtijd en wordt gescoord volgens de opgegeven tijdsmomenten.
- Het aspect ‘aanvoelen huid’ en ‘staat van de huid’ kan ingevuld worden na de 6 ontsmettingsmomenten.

De kwaliteit van het pompsysteem werd door de werkgroep geëvalueerd.

Alle ontvangen evaluatieformulieren werden verzameld en er werd een gemiddelde score genomen van alle criteria die gescoord werden.

Samenvatting gemiddelde score

Evaluatiepunt	Dialex Biomedica	Filterservice
Aanvoelen van de huid na opdrogen van het product	8/10	6,79/10
Droogtijd bij een volume van 3 ML	8,08/10	9,06/10
Staat van de huid	6,43/10	6,32/10
Pompsysteem	4,50/5	4,38/5
Totaal	27,01/35	26,55/35

Uit de evaluatie zijn dit de belangrijkste opmerkingen die ontvangen zijn van de testpersonen

Dialex Biomedica

[...]

Filterservice

- Aanvoelen van de huid na opdrogen product
vettig gevoel na aantal ontsmettingen; gevoel van laagje; niet korrelig; plakt matig bij het droogproces, maar verdwijnt na enkele minuten; zachte handen; vooral vettige film op handen die niet zo aangenaam voelt, maar voelt wel voor geen uitdrogend gevoel.
- Droogtijd bij een volume van 3 ML
droogt snel op; sneller dan bij eerste test; opvallend snelle droogtijd.
- Staat van de huid
geen irritatie, enkel een laag op de handen wat onaangenaam is; handen voelen zacht aan, snel [droog]; onaangename geur; licht branderig gevoel; roodheid van handpalmen[;] geen nadelig gevoel; soms prikkelend gevoel aan de handpalmen, beetje roodheid.
- Pompsysteem
Bijna alle aspecten worden als heel goed ervaren[;] De werkgroep ervaart een makkelijker indrukken van de pomp dan bij Dialex Biomedica en het verdelen van de vloeistof gebeurt niet zonder ongewenst spatten.”

De toetsing van de offertes aan het derde gunningscriterium ‘Plan van aanpak en timing’ leidt tot de volgende puntentoekenning:

1.	Dialex Biomedica	10,00
2.	Filter Service	4,25

Hierbij wordt de volgende motivering gegeven voor de nv Dialex Biomedica:

“Het plan van aanpak van de inschrijver Dialex wordt op alle punten als heel goed gescoord.

- voor de standaard dispensers is geen omschakeling nodig, in het OK wordt dit door de firma voorzien ==> 5/5
- het opleidingsplan focust zich op de kritische diensten en is volledig uitgeschreven ==> 5/5
- de firma geeft de meest uitgebreide ondersteuning bij de communicatie in het ziekenhuis ==> 5/5
- de doorlooptijd is heel duidelijk afgelijnd in het voorstel van de inschrijver, waardoor we een goed zicht hebben hoe dit zal verlopen.

Deze kan ook aangepast worden volgens noodzaak van het ziekenhuis bij de omschakeling ==> 5/5
Verrekenende score van 20/20 bedraagt 10/10.”

En de volgende motivering voor de nv Filter Service:

“Het plan van aanpak van de inschrijver Filterservice wordt op bepaalde punten als onvoldoende gescoord, omdat in het plan van aanpak geen rekening gehouden wordt met het ziekenhuis St. Lucas.

- Bij de omschakeling wordt beschreven in de offerte dat alle voorgestelde flessen in de huidige houders passen, wat niet het geval is voor de dispensers in het operatiekwartier in het St. Lucas ==> 1/5

- Het opleidingsplan is minder uitgebreid uitgeschreven, maar voldoet aan de verwachtingen van de werkgroep ==> 4/5

- De inschrijver biedt een stuk ondersteuning aan bij de communicatie in het ziekenhuis, maar deze is niet zo uitgebreid ==> 2,5/5

- Voor de doorlooptijd wordt ook geen rekening gehouden met de situatie in het St. Lucas, waar er momenteel een ander product gebruikt wordt ==> 1/5

Verrekenende score van 8,5/20 geeft een score van 4,25/10.”

De toetsing van de offertes aan het gunningscriterium ‘Dienst na verkoop’ leidt tot de volgende puntentoekenning:

1.	Dialex Biomedica	8,00
2.	Filter Service	6,6

Hierbij wordt de volgende motivering gegeven voor de nv Dialex Biomedica:

“De dienst na verkoop van de inschrijver Dialex Biomedica wordt op volgende deelaspecten gescoord:

- Sensibilisatietools die aangeboden worden zijn heel uitgebreid en worden als heel goed gescoord ==> 5/5

- Er is een uitgebreide ondersteuning bij de compliance meting, met o.a. een app, NosoEx monitoring systeem, ondersteuning bij online bijscholing ==> 4/5

- De beschreven acties om stockbreuken te voorkomen zijn heel uitgebreid, en deze worden als heel goed beschreven door de werkgroep ==> 5/5

- Een duidelijk plan van aanpak wordt beschreven om een pro-actieve communicatie op te starten als er een dreiging is van stockbreuk.

Deze worden als heel goed geëvalueerd ==> 5/5

- Er wordt geen alternatief product voorgesteld uit het eigen gamma in de offerte. De procedure hoe om te gaan met een eventueel huidprobleem wordt wel beschreven, maar omdat er geen alternatief voorgesteld wordt, wordt dit onderdeel als onvoldoende geëvalueerd. ==> 1/5
Verrekende score van 20/25 bedraagt 8/10.”

En de volgende motivering voor de nv Filter Service:

“De dienst na verkoop van de inschrijver Filterservice wordt op volgende deelaspecten gescoord:

- De aangeboden sensibilisatietools zijn minder uitgebreid en worden als voldoende geëvalueerd door de werkgroep ==> 2,5/5
- Er is ondersteuning bij de compliance meting met een observe-app. Er wordt verder geen uitgebreide ondersteuning aangeboden, waardoor dit criterium als voldoende geëvalueerd wordt door de werkgroep ==> 2,5/5
- De beschreven acties om stockbreuken zijn goed, maar worden in vergelijking met de aangeboden acties van Dialex Biomedica als iets minder geëvalueerd door de werkgroep ==> 4/5
- Er wordt geen pro-actieve communicatie voorgesteld in de offerte bij een dreiging van stockbreuk. We krijgen enkel de contactpersonen opgegeven in de offerte die te contacteren zijn bij stockbreuken. Dit wordt als voldoende geëvalueerd door de werkgroep ==> 2,5/5
- Er wordt een betere ondersteuning voorgesteld bij eventuele huidproblemen. Ook biedt de inschrijver effectief een alternatief product aan uit [zijn] eigen gamma ==> 5/5

Verrekende score van 16,5/25 geeft een score van 6,6/10.”

De eindrangschikking is de volgende:

1.	Dialex Biomedica	84,07 %
2.	Filter Service	82,40 %

3.5. Op 21 december 2022 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Dialex Biomedica.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomen

4. De nv Dialex Biomedica blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie 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. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, van “de bepalingen van het bestek betreffende de gunningscriteria” en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het zorgvuldigheidsbeginsel, “en het beginsel dat een beslissing moet berusten op duidelijke, juiste, pertinente, concrete, precies en volledige motieven, zonder manifeste beoordelingsfout, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 [‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’], en de artikelen 4 en 5 van de [rechtsbeschermingswet]”.

8. In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* geschonden is doordat het subgunningscriterium ‘Droogtijd bij een volume van 3 ML’ niet volgens de in het bestek voorziene “puntenmethode” is beoordeeld. Aangezien de puntenmethode mathematisch was, had de verwerende partij volgens haar noodzakelijkerwijs een van de drie aangekondigde scores (0 punten – 5 punten – 10 punten) moeten toekennen, afhankelijk van de droogtijd. Dit is echter niet het geval: de verzoekende partij kreeg een score van 9,06 punten en de gekozen inschrijver een score van 8,08 punten. De motivering in de bestreden beslissing bevestigt dat de verwerende partij dit subgunningscriterium niet heeft opgesomd zoals aangekondigd in het bestek.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* geschonden is doordat het subgunningscriterium ‘Staat van de huid’ niet kan worden beoordeeld op basis van de geur van het product, ook al wordt deze geur als onaangenaam ervaren. Door gebruik te maken van dit kenmerk geeft de verwerende partij voor dit subgunningscriterium geen score volgens het bestek. Bovendien is het tegenstrijdig om enerzijds te stellen dat een product de huid niet irriteert maar een licht branderig gevoel veroorzaakt en dat de handpalmen roodheid vertonen, en anderzijds dat de handen snel drogen en zacht zijn, maar dat er een laagje product achterblijft dat een onaangenaam gevoel veroorzaakt.

9. In een tweede onderdeel stelt de verzoekende partij dat het transparantiebeginsel is geschonden. Dit beginsel houdt in dat de aanbestedende overheid de inschrijvers voldoende gedetailleerd informeert over alle elementen die zij in aanmerking wil nemen. Zij stelt dat zij slechts een score van 1 op 5 punten voor het subgunningscriterium ‘Eventuele omschakeling van dispensers’ krijgt omdat de voorgestelde flacons niet passen in de dispensers in het operatiekwartier van het AZ Sint-Lucas, terwijl “noch de kenmerken noch de bijzondere overwegingen betreffende het operatiekwartier van het ziekenhuis Sint-Lucas [...] in de contractuele documenten [werden] gedefinieerd”. Door in punt III.1.4 ‘Productspecificaties’ de technische specificaties van de dispensers uiteen te zetten (flacon compatibel met de universele houder met een opening van

7 op 7 cm), en vervolgens te beslissen dat deze specificaties niet van toepassing zijn op het operatiekwartier van het AZ Sint-Lucas, verdraait de verwerende partij dit gunningscriterium en tast zij het gewettigd vertrouwen van de verzoekende partij aan.

10. In een derde onderdeel verwijt de verzoekende partij de verwerende partij een gebrek aan zorgvuldigheid en een manifeste beoordelingsfout bij het onderzoek van haar offerte voor het derde en het vierde gunningscriterium.

10.1. De offerte van de verzoekende partij zou onzorgvuldig zijn beoordeeld wat het derde gunningscriterium ‘Plan van aanpak en timing’ betreft, voor zover wordt geoordeeld dat zij “een stuk ondersteuning aan[biedt] bij de communicatie in het ziekenhuis, maar deze is niet zo uitgebreid”. Hieruit blijkt volgens haar een onzorgvuldige beoordeling van haar offerte nu zij daarin “een online leermiddel aan[bood], Hartmann Science Center, de UV-lamptechniek, Hand-in-Scan en [...] een reeks mogelijkheden voor de marketing van de producten: posters, folders of stickers. Om de werknemers te motiveren gebruikt de verzoekende partij de HyTrain”. Zij verwees ook naar de mogelijkheid om zich aan de verwerende partij aan te passen volgens haar behoeften.

De offerte van de verzoekende partij zou eveneens onzorgvuldig zijn beoordeeld wat het voormelde criterium betreft, voor zover wordt geoordeeld dat “[v]oor de doorlooptijd [...] ook geen rekening [wordt] gehouden met de situatie in het St. Lucas, waar er momenteel een ander product gebruikt wordt”. Het bestek vereist speciale aandacht in geval van een productwijziging, wat het geval is voor het AZ Sint-Lucas, doch de verzoekende partij stelt dat zij in haar offerte schreef “dat zij alle diensten zou bezoeken om de productwijziging uit te leggen en eventuele vragen van werknemers te beantwoorden”.

10.2. Voorts is de offerte van de verzoekende partij ook onzorgvuldig beoordeeld wat het vierde gunningscriterium ‘Dienst na verkoop’ betreft, waarover onder meer werd geoordeeld dat de aangeboden sensibilisatietools minder uitgebreid zijn en dat er geen proactieve communicatie

wordt voorgesteld in de offerte bij een dreiging van stockbreuk. Zij betwist het eerste punt met verwijzing naar haar offerte waarin zij “gratis online opleiding, Hy-Train, timers voor de operatiekamer, wetenschappelijke informatie via Hartmann, het tijdschrift Disinfectants, enz.” aanbood, en ook verslag deed van een gedetailleerd document over de werking van de ‘Observe-app’. Wat het voorraadtekort betreft, had de verzoekende partij in haar offerte verklaard dat zij op ieder moment beschikbaar zou zijn en beschikbare varianten zou voorstellen.

11. In een vierde onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van de formelemotiveringsplicht. De toekenning van punten moet worden gemotiveerd en uitgedrukt in een beschrijvende beoordeling met concrete verwijzingen naar de inhoud van de offerte. Het louter toekennen van punten of een algemene, niet-onderbouwde uitspraak is in dit verband onvoldoende. Om de in de eerste drie onderdelen uiteengezette redenen, kan de formele motivering van de bestreden beslissing niet als toereikend worden beschouwd.

Beoordeling

Eerste onderdeel

12. De kritiek in het eerste onderdeel betreft het gunningscriterium ‘Kwaliteit van het product’.

De verzoekende partij stelt, in essentie, dat de verwerende partij de mathematische “puntenmethode” in het bestek niet zou hebben gevolgd voor de beoordeling van het subgunningscriterium ‘Droogtijd bij een volume van 3 ML’. Dit volgt, volgens haar, uit het feit dat geen van de drie aangekondigde scores werden toegekend (de score 0 voor een droogtijd ≥ 1 min, de score 5 voor een droogtijd ≥ 45 sec en de score 10 voor een droogtijd tussen 30 en 45 sec), maar een score van 9,06/10 voor de verzoekende partij en een van 8,08/10 voor de tussenkommende partij.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat het subgunningscriterium ‘Staat van de huid (gehydrateerde en soepele

huid/roodheid, irritatie)’ is beoordeeld op grond van irrelevante kenmerken en dat deze beoordeling tegenstrijdigheden zou bevatten.

13. Blijkens het bestek wordt het gunningscriterium ‘Kwaliteit van het product’, onderverdeeld in drie subgunningscriteria, beoordeeld aan de hand van het testformulier dat aan het bestek wordt toegevoegd. Blijkens punt I.16 ‘Afgifte van stalen’ van het bestek (zoals weergegeven *sub* 3.2) worden grote hoeveelheden stalen van de aangeboden producten gevraagd, die “bij het testen uitgetest worden, dit in beide ziekenhuizen, bij een uitgebreide groep medewerkers en artsen”, en wordt “[b]ij het testen [...] een evaluatieformulier ingevuld. Een voorbeeld van dit evaluatieformulier is toegevoegd als bijlage aan dit bestek”.

Uit het gunningsverslag blijkt dat 57 personen de kwaliteit hebben beoordeeld aan de hand van dit evaluatieformulier. De stalen werden “volledig geblindeerd en aangeduid met firma A en firma B, om de evaluatie niet te biassen”. Uit de evaluatieformulieren die de verwerende partij bij het administratief dossier heeft gevoegd, blijkt dat de aangeboden stalen voor de handalcohol enerzijds en de chirurgische alcohol anderzijds werden getest in de beide ziekenhuizen. Onder meer wat het betrokken subgunningscriterium ‘Droogtijd bij een volume van 3 ML’ betreft, heeft elke evaluator per product een score van 0, 5 of 10 punten op het evaluatieformulier ingevuld, alsook een “motivatie”. Uit die evaluatieformulieren blijkt dat de evaluatoren de in het bestek vooropstelde “puntenmethode” hebben gebruikt, en dus telkens één van de drie aangekondigde scores hebben gegeven. Het stuk 13 ‘Samenvatting evaluatieformulieren’ dat bij het administratief dossier werd gevoegd, bevat de gemiddelde scores voor elk van de drie subgunningscriteria, waaronder de ‘Droogtijd bij een volume van 3 ML’. Het feit dat de definitieve score, die een gemiddelde is van alle 57 opgegeven scores, logischerwijze niet resulteert in één van de drie aangekondigde scores, lijkt op het eerste gezicht niet te doen besluiten dat bijgevolg zou zijn afgeweken van de beoordelingsmethode bepaald in het bestek. Het feit dat de producten niet door één persoon, maar door meerdere personen zouden worden getest, blijkt bovendien uitdrukkelijk uit voornoemd punt 1.16 ‘Afgifte van stalen’ van het bestek.

14. Ook voor het subgunningscriterium ‘Staat van de huid (gehydrateerde en soepele huid/roodheid, irritatie)’ hebben 57 evaluatoren elk van de producten getest en één van de drie aangekondigde scores gegeven in het evaluatieformulier, wat resulteerde in een gemiddelde score van 6,32/10 voor de offerte van de verzoekende partij en een gemiddelde score van 6,43/10 voor de offerte van de tussenkomende partij. Vervolgens bevat het verslag van nazicht een motivering in woorden waarin “de belangrijkste opmerkingen die ontvangen zijn van de testpersonen” werden opgenomen.

De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht aannemelijk te maken dat het kenmerk “geur” wel degelijk relevant kan zijn voor de beoordeling van het product op de staat van de huid, aangezien, zo lijkt, ook de geur die de huid afgeeft na gebruik van het product, en dus niet de geur van het product zelf, begrepen kan worden onder de staat van de huid.

Wat de beweerde tegenstrijdigheden in de motivering betreft, lijken deze, zoals de verwerende partij stelt, het logische gevolg van het feit dat de verscheidene evaluatoren niet allemaal dezelfde beleving hebben bij het testen van de producten en zij hun ervaringen elk in hun eigen bewoordingen formuleren. De beweerd tegenstrijdige motieven zijn door twee verschillende evaluatoren geformuleerd, zodat de verzoekende partij hiermee op het eerste gezicht geen motiveringsgebrek aantoont.

15. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat de verwerende partij de beoordelingsmethode bepaald in het bestek, of nog, een gunningscriterium, in de loop van de plaatsingsprocedure zou hebben gewijzigd, en bijgevolg het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* zou hebben geschonden. Evenmin toont zij op het eerste gezicht een motiveringsgebrek aan.

16. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

17. De kritiek in het tweede onderdeel betreft het gunningscriterium ‘Plan van aanpak en timing’.

De verzoekende partij beklaagt zich erover dat de verwerende partij haar offerte wat het subgunningscriterium ‘Eventuele omschakeling van dispensers?’ betreft, negatief zou hebben beoordeeld omdat de flacons van de verzoekende partij niet zouden passen in de elleboogdispenser in het operatiekwartier van het AZ Sint-Lucas, terwijl de opdrachtdocumenten geen specificaties bevatten over deze dispenser.

18. De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht uit te gaan van een verkeerd feitelijk uitgangspunt.

De verwerende partij licht toe dat er twee soorten flacons moeten worden aangeboden: de flacon met handpompje voor gebruik in een universele houder, en de flacon voor gebruik in een elleboogdispenser (verplicht in het operatiekwartier). Zij stelt ook dat er momenteel twee verschillende soorten elleboogdispensers in gebruik zijn waardoor een omschakeling in één van de beide ziekenhuizen in elk geval noodzakelijk zal zijn. Zij maakt in haar nota aannemelijk dat zij met dit subgunningscriterium van het gunningscriterium ‘Plan van aanpak en timing’ enkel heeft willen peilen naar de wijze waarop de inschrijvers het ziekenhuis ondersteuning zullen bieden bij een eventuele omschakeling van die dispensers, en dat net daarom in het bestek niet als technische eis is opgenomen dat de flacons moeten passen in de bestaande elleboogdispensers.

Dit lijkt op het eerste gezicht te worden bevestigd door het antwoord op de vraag die door de inschrijvers over dit subgunningscriterium werd gesteld, als volgt:

“

Voor wat betreft plan van aanpak en timing * Wat bedoelen jullie concreet met eventuele omschakeling van dispensers? Gaat het om de tijd die hiervoor nodig is of hoe moeten wij dit interpreteren?	* We willen hierbij weten of jullie ondersteuning geven voor het eventueel omschakelen van dispensers.
--	--

* Wat bedoelen jullie met ‘doorlooptijd’ van plan van aanpak?	* Doorlooptijd is de tijd die jullie voorzien voor de ondersteuning.
---	--

.”

In haar offerte, zoals in de bestreden beslissing wordt vermeld, beschrijft de verzoekende partij onder punt 2 ‘Omschakeling dispensers’ enkel:

“Aangezien alle voorgestelde flessen van zowel handontsmetting als handzeep en handcrème in de huidige houders passen, is het niet nodig om een omschakeling naar andere dispensers te doen.”

Anders dan de verzoekende partij betoogt, lijkt haar offerte wat dit subgunningscriterium betreft “onvoldoende” te worden beoordeeld, niet omdat zij flacons zou aanbieden die niet passen in de dispensers die momenteel worden gebruikt in het operatiekwartier van het AZ Sint-Lucas, maar wel omdat zij in haar plan van aanpak geen aandacht besteedt aan de wijze waarop zij een eventuele “omschakeling” van dispensers zou ondersteunen. Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aangenomen dat de verzoekende partij ervan op de hoogte was dat er twee types van dispensers zijn. Blijkens de inventaris wordt immers ook de prijs gevraagd voor flacons “voor gebruik in houder/dispenser met elleboogbediening”, en de verzoekende partij biedt zelf, als toegestane optie, een dispenser met elleboogbediening aan.

19. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat de verwerende partij het transparantiebeginsel zou hebben geschonden.

20. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

21. In het derde onderdeel verwijt de verzoekende partij de verwerende partij een gebrek aan zorgvuldigheid bij het onderzoek van haar offerte en een “manifeste beoordelingsfout”, wat het derde en het vierde gunningscriterium betreft.

22. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en de toetsing ervan aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsruimte. Het is in de eerste plaats de aanbestedende overheid die bepaalt wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt en die daaraan dienovereenkomstig punten toekent.

De Raad van State is niet bevoegd om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht vermag hij wel desgevraagd na te gaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij de grenzen van de redelijkheid niet te buiten is gegaan. De Raad mag daarbij desgevraagd nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd.

23. De verwerende partij blijkt te dezen de offertes te hebben vergeleken en, wat het derde en het vierde gunningscriterium betreft, aan elk van de offertes per (sub)gunningscriterium een waardebeoordeling te hebben toegekend op grond van een woordelijke motivering, wat vervolgens aanleiding heeft gegeven tot toekenning van een score bepaald volgens de beoordelingsmethode die is aangekondigd in het bestek, namelijk met behulp van een ordinale schaal, gaande van “Onbruikbaar = 0 punten” tot “Heel goed = 5 punten”.

De verzoekende partij bekritiseert de beoordeling van haar offerte wat de toetsing aan het subgunningscriterium ‘Ondersteuning bij communicatie naar en motivatie van de ziekenhuismedewerkers en artsen’ en aan het subgunningscriterium ‘Doorlooptijd van het plan van aanpak’, onder het gunningscriterium ‘Plan van aanpak en timing’ betreft, waarvoor zij 2,5 respectievelijk 1 op 5 punten scoort, alsook wat de toetsing aan het subgunningscriterium ‘Worden sensibilisatietools voor handhygiëne aangeboden en wat houden die sensibilisatietools in’ en aan het subgunningscriterium ‘Wordt er een vlotte bereikbaarheid/communicatie voorzien bij eventuele stockbreuken en/of kwaliteitsproblemen?’, onder het gunningscriterium ‘Dienst na verkoop’ betreft, waarvoor zij telkens 2,5 op 5 punten scoort.

24. De tussenkomen­de partij wijst er terecht op dat de beoorde­ling van de offertes noodzakelijkerwijze een vergelijking van de beide offertes inhoudt, en dat de ene offerte in functie van de andere wordt afgewogen. Hoewel de in het gunningsverslag opgenomen vergelijkende motivering eerder summier is, lijkt deze motivering, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij laat uitschijnen in haar verzoekschrift, wel de relatieve voordelen van de offertes te bevatten.

Blijkens de stukken waarop de Raad van State vermag acht te slaan, in het bijzonder de offertes, alsook de ‘Samenvatting relevante passages offerte voor gunningscriteria plan van aanpak en dienst na verkoop’ – niet-vertrouwelijk stuk dat in de huidige procedure ook aan de verzoekende partij ter kennis werd gegeven – blijkt op het eerste gezicht niet dat de bekritiseerde minpunten voor de offerte van de verzoekende partij geen steun zouden vinden in de vergelijking van de offertes en dat de offertes aldus niet zorgvuldig zouden zijn onderzocht.

25. Zo lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk te maken dat de verwerende partij niet mocht concluderen dat de “ondersteuning bij de communicatie in het ziekenhuis” van de tussenkomen­de partij het meest uitgebreid is.

Met de loutere verwijzing naar haar engagement om “de diensten [te] bezoeken om de productwijziging uit te leggen en eventuele vragen van werknemers te beantwoorden” lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet de beoorde­ling te weerleggen dat zij “[v]oor de doorlooptijd” geen rekening houdt met die productwijziging. Nazicht van het plan van aanpak van de tussenkomen­de partij lijkt daarentegen te bevestigen, zoals in het gunningsverslag wordt geoordeeld, dat de “doorlooptijd [...] heel duidelijk [is] afgelijnd in het voorstel van de inschrijver” en “deze [...] ook aangepast [kan] worden volgens noodzaak van het ziekenhuis bij de omschakeling”.

Op het eerste gezicht lijkt de tussenkomen­de partij ook meer “sensibilisatietools voor handhygiëne” aan te bieden, minstens licht zij deze meer concreet toe dan de verzoekende partij. Wat de bekritiseerde beoorde­ling betreft dat zij geen proactieve communicatie heeft voorgesteld “bij een dreiging van

stockbreuk”, weerlegt de verzoekende partij deze beoordeling op het eerste gezicht niet met het louter tegenwerpen dat zij in haar offerte heeft aangeboden dat zij “beschikbaar zou zijn en beschikbare varianten zou voorstellen” in geval van voorraadtekorten. Dit lijkt immers geen proactieve communicatie bij een dreiging van een voorraadtekort aan te tonen.

26. Uit al het voorgaande volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat de verwerende partij haar offerte onzorgvuldig zou hebben onderzocht of een manifeste beoordelingsfout zou hebben gemaakt.

27. Het derde onderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

28. In een vierde onderdeel verbindt de verzoekende partij aan de inhoudelijke kritieken geformuleerd in de vorige onderdelen, in het bijzonder in het derde onderdeel, zo lijkt, ook een schending van de formelemotiveringsplicht.

Het feit dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift inhoudelijke kritieken formuleert op de motieven die ten grondslag liggen aan de gunningsbeslissing, toont evenwel op het eerste gezicht reeds aan dat zij in staat werd gesteld om te oordelen of zij zich op het stuk van de motieven zinvol kan verweren, en dat aldus aan de formelemotiveringsverplichting werd voldaan.

29. Het vierde onderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

30. Het enig middel is, in al haar onderdelen, niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Dialex Biomedica tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 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 zeven februari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere