

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.765 van 9 februari 2024
in de zaak A. 240.908/XII-9452**

In zake: de VZW PREMED
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Maeyaert en Ellen Verschuere
kantoor houdend te 1000 Brussel
Koloniënstraat 18-24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV DE VLAAMSE RADIO- EN
TELEVISIEOMROEPORGANISATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Andi Zrza
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de VZW IDEWE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Geerts
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Turnhoutsebaan 139A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 januari 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [de] VRT, meegedeeld per brief d.d. 22 december 2023 waarbij de opdracht met als voorwerp ‘Externe dienst voor preventie en bescherming op het werk’ (op grond van het bestek met referentie TO 2303) wordt gegund aan IDEWE, alsook

van de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan [de vzw Premed] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 17 januari 2024 heeft de vzw Idewe gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Stijn Maeyaert en Ellen Verschuere, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de tussenkomende 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor het leveren van diensten door een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk (hierna: EDPBW).

Er wordt als plaatsingsprocedure gekozen voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. In het op de opdracht toepasselijk bestek wordt het doel van de opdracht onder punt I.1 toegelicht als volgt:

“Deze opdracht heeft tot doel de levering van de reglementaire diensten van een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk zoals bepaald in de codex over het welzijn op het werk. De VRT doet beroep op een EDPBW voor het aanleveren van medische dienstverlening en ondersteuning op vlak van arbeidsveiligheid en psychosociale dienstverlening.”

In punt I.6.2 van het bestek worden de kwalitatieve selectiecriteria bepaald. Daarbij wordt aangaande de technische en beroepsbekwaamheid onder meer het volgende minimumvereiste gesteld: “De arbeidsarts/preventieadviseur beschikt over minimum 6 jaar ervaring in de overheidssector. Dit is vereist om goed te kunnen functioneren in een complex media overheidsbedrijf.”

Luidens punt I.11 ‘Gunningscriteria’ van het bestek zijn de volgende criteria van toepassing op de gunning van de opdracht: ‘Prijs’ (20 punten), ‘Visie op samenwerking en dienstverlening in het kader van medisch toezicht’ (40 punten) en ‘Ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening’ (40 punten).

Het bestek omschrijft het derde gunningscriterium ‘Ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening’ als volgt:

“In de offerte dient een heldere visie opgenomen te zijn m.b.t.:

- De manier waarop de EDPBW een bijdrage kan leveren aan het welzijnsbeleid van de VRT.
- De wijze waarop de preventieadviseur-arbeidsveiligheid(s) de interne preventieadviseur kunnen ondersteunen
- De verschillende specialiteiten die door de preventieadviseur(s) psychosociale aspecten kunnen aangeboden worden met als doel de interne werking te optimaliseren.
- Tijdsbestek en aanbod voor de uitvoering van risicoanalyses i.k.v. psychosociaal welzijn.

De inschrijver die duidelijk weergeeft hoe zijn visie is over hoe de ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening verloopt aan de hand van de opgesomde punten, zal beter beoordeeld worden dan inschrijvers die hier minder in slagen.”

De opdracht wordt nog nader omschreven onder punt III.1 van de technische bepalingen van het bestek, waarbij ook de taken van de arbeidsarts/preventieadviseur worden opgesomd.

3.3. Er worden twee offertes ingediend voor de opdracht, met name door de verzoekende partij en de vzw Idewe.

3.4. Op 22 december 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld. Beide inschrijvers worden geselecteerd en de offertes van beide inschrijvers worden regelmatig bevonden.

De toetsing van de offertes aan het derde gunningscriterium luidt als volgt:

“1 IDEWE [32/40 punten]

IDEWE stelt een professioneel en doortastend plan van aanpak voor in de opstartfase met onder andere het voorstel om een audit uit te voeren van het welzijnsbeleid als onboarding. De inschrijver vertrekt hierbij van hun expertise in de verschillende domeinen van de welzijnswetgeving om hun dienstverlening af te stemmen op de noden van de VRT als bouwstenen voor het uitbouwen van een gemeenschappelijke visie.

In het voorstel en tijdens de toelichting werd de nadruk gelegd op een multidisciplinaire aanpak met specifieke aandacht op intern overleg. Dit zien we bijvoorbeeld in de voorgestelde aanpak rondom het re-integratiebeleid.

Het schema met betrekking tot psychosociale aspecten ‘samen voor de juiste flow’ hanteert de insteek die aansluit bij VRT als organisatie omwille van: de voorgestelde beleidsaudit psychosociaal welzijn, de specifieke aandacht voor de betrokkenheid van de verschillende partijen, de evaluatie en bijsturing,

Als pluspunten zijn er de expertise van IDEWE op het vlak van de verschillende deeldomeinen in het kader van psychosociaal welzijn zoals: ziekteverzuimbeleid, stressbeleid, alsook de uitgebreide innovatieve digitale mogelijkheden waardoor IDEWE een significante bijdrage kan leveren aan het welzijnsbeleid van VRT.

2 Premed [26/40 punten]

Het voorstel van Premed bevat een degelijke maar eerder klassieke benadering van ondersteuning op het vlak van welzijnsbeleid. Er is minder aandacht voor innovatie dan de andere inschrijver. Bijvoorbeeld op het vlak van ondersteunde applicaties voor werknemers, de toepassing of de uitvoering van een duurzaamheidsscan, de benadering van het gezondheidsaspect vanuit diverse hoeken zoals bv voeding.

Premed heeft een degelijk voorstel voor de uitvoering van risicoanalyses i.k.v. psychosociaal welzijn uitgewerkt in lijn met de wettelijke verplichtingen. Echter gegeven het toenemende belang van psychosociaal welzijn binnen de professionele context biedt het voorstel van de andere inschrijver een uitgebreidere visie op samenwerking zowel qua expertise en inzetbaarheid.”

Op basis van de toetsing van de offertes aan de hand van de drie gunningscriteria wordt de offerte van de vzw Idewe als eerste gerangschikt met 87/100 punten. De offerte van de verzoekende partij behaalt 84/100 punten. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de vzw Idewe.

3.5. Op 22 december 2023 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de vzw Idewe.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 22 december 2023 worden de inschrijvers in kennis gesteld van de voormelde beslissing, evenals van het gunningsverslag.

IV. Tussenkost

4. De vzw Idewe blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering inzake de impliciete weigeringsbeslissing

5. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen de niet-ontvankelijkheid van de vordering op in zoverre ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties. 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. 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en de formele motiveringsplicht zoals opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringwet), en de artikelen 4, eerste lid, 8° en 5, 8° van de rechtsbeschermingswet,

“Doordat, het verslag van nazicht van de offertes d.d. 22 december 2023 behept is met een onwettigheid gelet op het feit dat de verwerende partij de

‘aandacht voor innovatie’, en meer specifiek de toepassing of de uitvoering van een duurzaamheidsscan, beoordeelt in het kader van de toetsing aan het derde gunningscriterium, hoewel dit niet in verhouding staat met het voorwerp van de opdracht.

Terwijl, artikel 81, § 3 Wet Overheidsopdrachten 2016 de voorwaarden van de gunningscriteria bepaalt, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp.

En terwijl, in de opdrachtdocumenten onder titel ‘I.11 Gunningscriteria’, in het bijzonder onder het derde gunningscriterium ‘ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening’ nergens sprake is van ‘aandacht voor innovatie’, noch van een duurzaamheidsscan.”

In de toelichting bij haar middel zet de verzoekende partij uiteen dat uit de beoordeling in het verslag van nazicht wat het derde gunningscriterium betreft, blijkt dat zij punten verloor op twee aspecten: (1) op het vlak van aandacht voor innovatie en (2) op het vlak van samenwerking zowel qua expertise als inzetbaarheid. Zij betoogt dat zij hierdoor 14 punten verloor en dat, aangezien niet concreet gemotiveerd wordt hoeveel punten zij per aspect verloor, redelijkerwijs kan worden aangenomen dat elk aspect minstens 7 punten vertegenwoordigt.

Wat het aspect “aandacht voor innovatie” betreft, betoogt zij vooreerst dat de doelstelling en het voorwerp van de opdracht in essentie en uitsluitend het leveren van wettelijke of reglementaire diensten zoals bepaald in de codex over het welzijn op het werk (hierna: codex) is. De verwerende partij motiveert volgens haar niet waarom de “aandacht voor innovatie” relevant is om het derde gunningscriterium “Ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening” te beoordelen.

Uit de omschrijving van het derde gunningscriterium blijkt volgens haar ook niet dat de inschrijvers zullen worden beoordeeld omwille van hun respectievelijke “aandacht voor innovatie” met een specifieke focus op de voorbeelden die zijn aangehaald in de bestreden beslissing zodat om die reden ook een schending van het transparantie- en het zorgvuldigheidsbeginsel voorligt .

Wat de in de beoordeling vermelde deelaspecten van het aspect “aandacht voor innovatie” betreft, is het de verzoekende partij voorts een raadsel hoe een duurzaamheidsscan – hetgeen een commerciële activiteit inhoudt – kan

bijdragen tot de ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening. Het aspect van de duurzaamheidsscan is volgens haar veel ruimer dan het voorwerp van de opdracht en past niet in de beoordeling van het derde gunningscriterium.

Ook de applicaties voor werknemers mochten volgens de verzoekende partij niet in aanmerking worden genomen of worden opgenomen in de beoordeling van het derde gunningscriterium dat peilt naar de kwaliteit van de ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening. Minstens laat de verwerende partij na om afdoende te motiveren in welke mate deze applicaties verband houden met het voorwerp van het derde gunningscriterium.

Ten slotte wordt volgens de verzoekende partij niet concreet gemotiveerd in welke mate een multidisciplinaire en multifocale benadering van het gezondheidsaspect, zoals bijvoorbeeld voeding, zowel innovatief kan zijn als kan bijdragen tot een betere beoordeling in het kader van het derde gunningscriterium.

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij bij de beoordeling van haar offerte, wat het derde gunningscriterium betreft, minstens 7 punten onterecht in mindering heeft gebracht. Zij meent dat zij minstens 33 punten had moeten krijgen in plaats van 26, hetgeen haar totale score op 91 punten zou hebben gebracht en waardoor zij de opdracht gegund zou hebben gekregen.

Beoordeling

8. De verwerende partij werpt in haar nota een *exceptio obscuri libelli* op wat de ingeroepen schending van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de formele motiveringsplicht betreft.

Op het eerste gezicht laat de toelichting bij het middel evenwel toe voldoende inzicht te krijgen in de bezwaren die tegen de bestreden beslissing worden aangevoerd, ook wat de aangevoerde schending van het gelijkheids- en het

transparantiebeginsel en de formele motiveringsplicht betreft, waarop de verwerende partij ook inhoudelijk heeft gerepliceerd.

9. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

Overeenkomstig artikel 81, § 1, van dezelfde wet baseert de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte. Luidens artikel 81, §§ 2 en 3, van deze wet komt het aan de aanbestedende overheid toe om de gunningscriteria te bepalen die zij zal hanteren om de offertes te beoordelen. Luidens artikel 81, § 4, specificeert de aanbestedende overheid voor Europese opdrachten, zoals te dezen, het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent. De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit eerbiedigen.

Het is binnen deze ruime perken dat de aanbestedende overheid mag kiezen welke gunningscriteria, met welk relatief gewicht, zij zal hanteren bij de beoordeling van de offertes om te bepalen welke volgens haar de economisch meest voordelige offerte is. De gunningscriteria en hun weging dienen dan ook relevant en proportioneel te zijn ten opzichte van de economisch meest voordelige offerte. De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat degenen die voor gunning van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening kunnen houden bij het opstellen van hun offerte.

Een aanbestedende overheid beschikt voorts bij de inhoudelijke beoordeling van offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een

beoordelingsruimte. Het komt niet aan de Raad van State toe 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 mag hij desgevraagd wel nagaan 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. Daarbij mag de Raad desgevraagd nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd.

10. In zoverre de verzoekende partij haar middel zonder meer steunt op het uitgangspunt dat bij de beoordeling van haar offerte 7 punten zijn afgetrokken omwille van het beoordelingselement “aandacht voor innovatie” kan zij niet worden bijgevalen. Te dezen lijkt de aanbestedende overheid voor de beoordeling van de derde gunningscriterium te hebben gekozen voor een beschrijvende evaluatie in woorden, gekoppeld aan een globale score. Op het eerste gezicht blijkt niet dat, zoals de verzoekende partij veronderstelt, de verwerende partij bij de beoordeling van het derde gunningscriterium een beoordelingsmethode zou hebben gehanteerd waarbij voor elke offerte werd vertrokken van de maximumscore van 40/40 en vervolgens punten werden afgetrokken voor elke opmerking of bedenking. Bovendien lijkt zij in haar veronderstelling voorbij te gaan aan de andere pluspunten die in het verslag van nazicht bij de beoordeling van het derde gunningscriterium inzake de offerte van de gekozen inschrijver worden vermeld.

11. Uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij bij de toetsing van de offerte van de verzoekende partij aan het derde gunningscriterium ‘Ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening’ als een minder sterk punt van deze offerte in overweging heeft genomen dat uit deze offerte minder aandacht blijkt voor innovatie dan uit de offerte van de gekozen inschrijver.

Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij wel degelijk in de beoordeling te mogen betrekken dat innovatieve voorstellen van een inschrijver een bepaalde meerwaarde kunnen bieden voor de uitvoering van de opdracht, bijvoorbeeld omdat bestaande processen worden verbeterd of efficiëntere

methoden worden ontwikkeld. Het lijkt evident dat een aanbestedende overheid de voorkeur mag geven aan oplossingen die mogelijk beter inspelen op toekomstige behoeften en technologische of maatschappelijke ontwikkelingen.

Er blijkt niet dat zulke algemene vaststelling over de offertes en hun inhoud geen verband zou houden met het voorwerp van de opdracht zoals omschreven in het bestek.

12. De verzoekende partij lijkt bovendien niet te kunnen worden bijgevalen in haar betoog dat de verwerende partij in het verslag van nazicht een invulling heeft gegeven aan het gunningscriterium ‘Ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke diverse dienstverlening’ die niet overeenstemt met de omschrijving van dit criterium in het bestek, zoals hoger aangehaald in overweging 3.2 van het feitenrelaas.

Uit het verslag van nazicht blijkt op het eerste gezicht immers dat de “aandacht voor innovatie” niet op zichzelf wordt beoordeeld, maar wel in relatie tot een meer “klassieke benadering van ondersteuning op het vlak van welzijnsbeleid”.

De verwerende partij kan voorts worden bijgetreden waar zij in haar nota doet gelden dat het beoordelingselement van het derde gunningscriterium inzake “de manier waarop de EDPBW een bijdrage kan leveren aan het welzijnsbeleid van de VRT” in het bestek zeer ruim is omschreven. Er blijkt op het eerste gezicht niet waarom “aandacht voor innovatie”, dan wel een meer “klassieke benadering van ondersteuning op het vlak van welzijnsbeleid” niet in de beoordeling ervan zou kunnen worden ingepast, noch dat de verwerende partij door dergelijke invulling te geven aan het betrokken gunningscriterium het gelijkheids- en het transparantiebeginsel zou schenden. Aangenomen lijkt te kunnen worden dat door het aanreiken van een dienstverlening die innoverende, vernieuwende en hedendaagse elementen bevat, de inschrijver een manier voorstelt op basis waarvan de EDPBW een bijdrage kan leveren aan het welzijnsbeleid van de VRT.

In zoverre de verzoekende partij nog betoogt dat uit de omschrijving van het derde gunningscriterium niet blijkt dat de inschrijvers zullen worden beoordeeld omwille van hun “aandacht voor innovatie”, met een specifieke focus op de in het verslag van nazicht aangehaalde voorbeelden, gaat zij voorts eraan voorbij dat het opnemen van een lijst van beoordelingselementen in het bestek niet belet dat de aanbestedende overheid, bij de beoordeling van de onderscheiden offertes, kan gebruikmaken van elementen die een precisering inhouden van de elementen die in het bestek vermeld zijn, voor zover die elementen evenzeer aspecten zijn van het betrokken gunningscriterium. Er blijkt dan ook niet dat de verwerende partij te dezen haar opmerking over de aandacht voor innovatie dan wel een meer klassieke benadering van ondersteuning op het vlak van welzijnsbeleid voordien had moeten concretiseren in een vooraf aan de inschrijvers in het bestek ter kennis gegeven afzonderlijk beoordelingselement inzake innovatie.

13. In de mate dat de verzoekende partij vervolgens haar kritiek in het bijzonder toespitst op de vermelding van “de duurzaamheidsscan”, valt in de eerste plaats op te merken dat het slechts één van de in het verslag van nazicht opgesomde voorbeelden betreft waaruit de aandacht voor innovatie van de andere inschrijver zou blijken. Naast de duurzaamheidsscan wordt, eveneens enkel bij wijze van voorbeeld, gewezen op applicaties voor werknemers en kennelijk een meer holistische benadering van de gezondheid van werknemers waarin onder meer rekening wordt gehouden met voeding. Het betrokken gunningscriterium werd in zijn geheel beoordeeld rekening houdend met de genoteerde sterke en zwakke elementen in de offertes. Het valt dan ook te betwijfelen of de duurzaamheidsscan, op zichzelf genomen, als een determinerend motief kan worden beschouwd om de puntenscore van 26 op 40 te verantwoorden.

Uit de offerte van de gekozen inschrijver, die als vertrouwelijk stuk werd neergelegd maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt overigens dat de duurzaamheidsscan slechts een beperkt subonderdeel betreft van de door hem aangeboden dienstverlening, die in de offerte kort wordt beschreven op één bladzijde doorlopende tekst en twee infografieken, en die aldus niet de kern van diens aanbod lijkt uit te maken.

Voorts lijkt het de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te gaan om de vermelding van een duurzaamheidsscan in aanmerking te nemen als innovatief aspect inzake de ondersteuning door de EDPBW van de interne preventieadviseurs en als één van de voorbeelden die een bijdrage kunnen leveren tot een eigentijds welzijnsbeleid van de VRT. Het lijkt op het eerste gezicht niet onaannemelijk dat een werkomgeving waarin er de nodige aandacht is voor duurzaamheid, voor de werknemers een meer aangename, veilige en voor hun mentale en fysieke gezondheid bevorderlijke werkomgeving kan vormen. De duurzame ontwikkelingsdoelstellingen van de Verenigde Naties, op basis waarvan de duurzaamheidsscan wordt opgesteld, verwijzen bovendien onder meer uitdrukkelijk naar “goede gezondheid en welzijn” en “eerlijk werk en economische groei”. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat, zoals de verzoekende partij aanvoert, een duurzaamheidsscan een louter commerciële activiteit zou betreffen, noch dat deze geen verband zou houden met de wettelijke taken van preventieadviseurs inzake welzijn op het werk.

14 Dat de ondersteuning door bepaalde applicaties mee in aanmerking wordt genomen bij een gunningscriterium dat peilt naar de ondersteuning van de interne preventieadviseurs in het kader van de wettelijke dienstverlening ligt voorts op het eerste gezicht voor de hand. Dat deze applicaties geen ondersteuning zouden bieden aan de interne preventieadviseurs zelf, zoals de verzoekende partij uit het verslag van nazicht meent te kunnen afleiden, vindt op het eerste gezicht geen steun in de offerte van de gekozen inschrijver. Bovendien blijkt op het eerste gezicht uit de offerte van de gekozen inschrijver dat ook specifieke applicaties voor werknemers, zoals bijvoorbeeld het “OptiDesk tool”, net de basis kunnen vormen om bepaalde opdrachten van de interne preventieadviseurs te vergemakkelijken.

Dat een meer holistische benadering van de gezondheid van werknemers, waarin onder meer rekening wordt gehouden met voeding als een innovatief element, in aanmerking wordt genomen in het kader van de beoordeling van het derde gunningscriterium, lijkt evenmin de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten te gaan.

In zoverre de verzoekende partij ten slotte nog aanvoert dat de verwerende partij nagelaten heeft afdoende te motiveren over welke applicaties het gaat en in welke mate de betrokken applicaties en een multidisciplinaire en multifocale benadering van het gezondheidsaspect verband houden met het derde gunningscriterium, lijkt zij opnieuw uit het oog te verliezen dat het slechts om een opsomming van een aantal voorbeelden gaat, om de aandacht voor innovatie in hoofde van de gekozen inschrijver te ondersteunen.

Op het eerste gezicht maakt zij niet aannemelijk dat de motivering in het verslag van nazicht niet afdoende de redenen weergeeft waarom de gekozen offerte de voorkeur van de aanbestedende overheid geniet, wat de beoordeling van het derde gunningscriterium betreft.

15. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat, de offerte van de gekozen inschrijver een strijdigheid met het milieu-, sociaal of arbeidsrecht bevat;

En doordat, in ondergeschikte orde, zij een discriminerend voordeel biedt, tot concurrentievervalsing leidt, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met andere offertes verhindert, en de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker maakt;

Terwijl, een zorgvuldige aanbesteder in dergelijke omstandigheden dient te besluiten dat de offerte van een dergelijke, gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is.”

In de toelichting bij haar middel leidt de verzoekende partij vooreerst uit het verslag van nazicht af dat de duurzaamheidsscan een onderdeel

uitmaakt van het aanbod van de gekozen inschrijver. Zij leidt vervolgens uit de artikelen II.3-6, II.3-27 en II.3-29 van de codex af dat het een EDPBW niet toegestaan is om een duurzaamheidsscan uit te oefenen, laat staan aan te bieden in het kader van een aanbesteding.

Zij betoogt dat de offerte van de gekozen inschrijver aldus een strafrechtelijk gesanctioneerde schending van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht bevat doordat op onwettige wijze een duurzaamheidsscan wordt aangeboden om welke reden de offerte substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard op grond van artikel 76, § 1, vierde lid, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

In ondergeschikte orde werpt zij op dat het op onwettige wijze aanbieden van een duurzaamheidsscan ook op grond van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een substantiële onregelmatigheid uitmaakt omdat het een discriminerend voordeel biedt, tot concurrentievervalsing leidt, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met andere offertes verhindert, en de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker maakt.

Beoordeling

17. In het tweede middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de gekozen inschrijver in zijn offerte geen “duurzaamheidsscan” mocht aanbieden. Zulke scan is volgens haar niet inpasbaar in de activiteiten die een EDPBW mag leveren in het kader van de codex, die een wettelijke beperking zou voorzien op deze activiteiten. De offerte van de gekozen inschrijver zou een strijdigheid met het sociaal en het arbeidsrecht bevatten aangezien zij in een onwettige activiteit voorziet en minstens, in ondergeschikte orde, de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker maken.

18. Artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.”

Overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, van datzelfde besluit is een offerte die een niet-naleving bevat van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, welke strafrechtelijk gesanctioneerd wordt, substantieel onregelmatig.

19. Zoals blijkt uit het verslag van nazicht en zoals bevestigd wordt in de overige stukken van het administratief dossier, vormt de zogenaamde duurzaamheidsscan een – weliswaar beperkt – onderdeel van het aanbod van de gekozen inschrijver.

20. In zoverre de verzoekende partij uit de artikelen II.3-6, II.3-27 en II.3-29 van de codex afleidt dat het een EDPBW niet toegestaan is om een duurzaamheidsscan uit te oefenen, laat staan aan te bieden in het kader van een aanbesteding, lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht een te selectieve lezing te geven aan de bepalingen van de codex.

Zij steunt haar redenering in essentie op artikel II.3-6 codex, dat evenwel, zoals de verwerende partij terecht opmerkt in haar nota, louter betrekking heeft op het maatschappelijk doel van een EDPBW als rechtspersoon. Deze bepaling lijkt niet los te kunnen worden gelezen van het eraan voorafgaande artikel II.3-5 codex, dat bepaalt dat een EDPBW wordt opgericht volgens Belgisch recht onder de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat artikel II.3-6, al dan niet gelezen in samenhang met de overige in het verzoekschrift aangehaalde bepalingen van de codex, als draagwijdte zou hebben een strafrechtelijk gesanctioneerde beperking in te stellen op de concrete invulling van de activiteiten van een EDPBW, of een dergelijke dienst zou beperken in het uitwerken van innovatieve oplossingen binnen haar dienstverlening.

21. Bij de beoordeling van het eerste middel is bovendien reeds gebleken dat het uitvoeren van een duurzaamheidsscan zich op het eerste gezicht lijkt te laten inpassen in de taken van een EDPBW inzake gezondheid, veiligheid en welzijn op het werk. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat het uitvoeren van een dergelijke scan een strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuk op het sociaal en het arbeidsrecht zou uitmaken en dat de offerte van de gekozen inschrijver om die reden substantieel onregelmatig en dus nietig had moeten worden verklaard.

22. In ondergeschikte orde voert de verzoekende partij nog aan dat het op onwettige wijze aanbieden van een duurzaamheidsscan eveneens een substantiële onregelmatigheid uitmaakt op grond van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 omdat het een discriminerend voordeel biedt, tot concurrentievervalsing leidt, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met andere offertes verhindert, en de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker maakt.

In zoverre de verwerende partij hiertegen een exceptie *obscuri libelli* opwerpt, lijkt zij niet te kunnen worden bijgevalen. Op het eerste gezicht laat de toelichting bij het middel, waarin verwezen wordt naar het aanbieden van een onwettige activiteit onder de vorm van een duurzaamheidsscan, immers toe voldoende inzicht te krijgen in de bezwaren die in dit onderdeel tegen de bestreden beslissing worden aangevoerd.

Nu op het eerste gezicht niet blijkt dat het in het kader van een algemeen aanbod van diensten door een EDPBW mee aanbieden van een duurzaamheidsscan een onwettige activiteit zou uitmaken, lijkt evenmin aangenomen te kunnen worden dat het aanbieden van een duurzaamheidsscan als bijkomende service in de offerte van de gekozen inschrijver, deze een onrechtmatig discriminerend voordeel zou bieden, tot concurrentievervalsing zou leiden, de beoordeling van diens offerte of de vergelijking ervan met de andere offertes zou verhinderen, dan wel de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker zou maken.

23. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

24. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en de formele motiveringsplicht zoals opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet,

“Doordat, de aanbestedende overheid de gekozen inschrijver selecteert. Terwijl, de gekozen inschrijver niet voldoet aan de in het bestek van de verwerende partij onder de selectiecriteria inzake de technische en beroepsbekwaamheid opgenomen minimumvereiste dat de kandidaat-geneeshe(e)r(en) dienen te beschikken over 6 jaar ervaring in de overheidssector, wat van belang is om goed te kunnen functioneren in een complex media overheidsbedrijf.”

In de toelichting bij haar middel zet de verzoekende partij uiteen dat zij uit het gunningsverslag kan afleiden dat de gekozen inschrijver een ervaring voorlegt van de aangeboden bedrijfsarts van minimum 10 jaar, doch in een “onderwijsinstelling, en farmaceutische bedrijven”. Zij betoogt dat “farmaceutische bedrijven” echter niet onder het begrip “overheidssector” vallen en dat in het licht van de rechtspraak van de Raad van State ook een onderwijsinstelling niet zonder meer tot de “overheidssector” kan worden gerekend zodat een loutere verwijzing naar beide begrippen onvoldoende is om aan te tonen dat aan het selectie criterium is voldaan.

Bovendien heeft het selectie criterium in kwestie als doel, zoals blijkt uit de omschrijving ervan, te bepalen welke inschrijvers goed kunnen functioneren in een complex media overheidsbedrijf, hetgeen zonder twijfel verband houdt met de opdracht. Er valt volgens de verzoekende partij niet in te zien hoe ervaring in een “onderwijsinstelling en farmaceutisch bedrijf” kan aantonen

dat de gekozen inschrijver goed zou kunnen functioneren in een complex media overheidsbedrijf.

Volgens de verzoekende partij blijkt aldus niet dat de verwerende partij een zorgvuldig onderzoek heeft gevoerd naar de technische en beroepsbekwaamheid van de gekozen inschrijver. De motieven om tot deze beoordeling inzake de gekozen inschrijver te komen, zijn volgens de verzoekende partij onbestaande, minstens niet draagkrachtig genoeg.

Beoordeling

25. In het derde middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de gekozen inschrijver ten onrechte werd geselecteerd. Deze inschrijver zou niet voldoen aan het tweede selectie criterium inzake technische- en beroepsbekwaamheid, namelijk het vereiste dat de arbeidsarts dient te beschikken over minimum zes jaar ervaring in de overheidssector.

In zoverre de verwerende partij een exceptie *obscuri libelli* opwerpt wat de aangevoerde schending van de artikelen 4 en 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft, lijkt zij niet te kunnen worden bijgevallen. In de toelichting bij het middel wordt onder meer verwezen naar het vereiste dat de selectievoorwaarden in verhouding dienen te staan tot het voorwerp van de opdracht. Die toelichting lijkt voldoende inzicht te bieden in de bezwaren die tegen de bestreden beslissing worden aangevoerd.

26. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2º, van de wet overheidsopdrachten 2016, mag de opdracht enkel worden gegund nadat de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door haar vastgestelde selectiecriteria.

Overeenkomstig artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 dient de aanbestedende overheid deze voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit

te voeren, en houden alle voorwaarden verband met en staan ze in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid van een inschrijver, om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen, te beoordelen. Daarbij dient zij de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten te respecteren. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen bestek te schenden.

27. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij doen gelden dat het derde middel feitelijke grondslag mist. Zij verwijzen daarbij naar het curriculum vitae van de betrokken arts en citeren uit de inhoud van de offerte van de gekozen inschrijver, waarin de ervaring van de betrokken arts wordt toegelicht.

Uit de stukken van het administratief dossier die als vertrouwelijk werden neergelegd maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat de betrokken arts sinds 2015 werkzaam is bij de gekozen inschrijver als arbeidsarts en dat zij in die functie specifieke ervaring heeft opgedaan als coördinator voor de regio Leuven van de Vlaamse overheid, bij verschillende gemeenten en/of OCMW's, bij de politie van een gemeente en bij een coöperatieve vennootschap van publiek recht inzake drinkwater.

In het cv van de betrokken arts wordt daarnaast ook verwezen naar ervaring bij farmaceutische bedrijven, maar dat betreft kennelijk beroepservaring voorafgaand aan de indiensttreding in 2015 bij de gekozen inschrijver.

In de mate dat in het middel wordt aangevoerd dat de gekozen inschrijver ten onrechte werd geselecteerd omdat deze niet zou voldoen aan de selectiecriteria, lijkt het dan ook feitelijke grondslag te missen.

28. In zoverre de argumentatie van de verzoekende partij voorts zou moeten worden begrepen in de zin dat zij meent dat het betrokken selectie criterium inhoudt dat specifiek zes jaar ervaring in een mediabedrijf wordt vereist, kan zij

niet worden gevolgd aangezien in het bestek enkel verwezen wordt naar “minimum 6 jaar ervaring in de overheidssector”. Uit de vermelding van de doelstelling “om goed te kunnen functioneren in een complex media overheidsbedrijf” lijkt geen beperking tot ervaring in de mediasector te kunnen worden afgeleid.

29. Wat ten slotte de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, valt op te merken dat de formele motiveringsplicht niet lijkt te vereisen dat dit onderzoek inzake de selectiecriteria *in extenso* wordt weergegeven, indien uit het administratief dossier blijkt dat wel degelijk werd getoetst aan de selectiecriteria en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen.

Te dezen wordt in het verslag van nazicht inzake de technische en beroepsbekwaamheid van de gekozen inschrijver “OK” vermeld. In datzelfde verslag wordt in het “[b]esluit van de kwalitatieve selectie”, voor de gekozen inschrijver, voorts aangegeven dat wat de preventieadviseur/bedrijfsarts betreft, er sprake is van minimum 10 jaar ervaring. Wel stelt de Raad van State vast dat voor de bedrijfsarts, wat de sector betreft waarin deze ervaring werd opgedaan, verkeerdelijk enkel verwezen wordt naar ervaring bij “een onderwijsinstelling, en farmaceutische bedrijven”.

Deze laatste slordigheid in het verslag van nazicht lijkt op zich genomen echter geen onwettigheid uit te maken die tot een schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing dient te leiden.

30. Het derde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

31. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de vzw Idewe 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, op negen februari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos