

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.720 van 11 mei 2022
in de zaak A. 236.059/XII-9202**

In zake: de NV NIPRO MEDICAL EUROPE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stefaan Verbouwe
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 270
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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 april 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende van 23 maart 2022 waarbij de opdracht voor leveringen inzake ‘Raamovereenkomst voor aankoop kunstnieren’ aan respectievelijk Baxter Belgium (perceel 1 – kunstnier met synthetische polymeren) en aan Fresenius Medical Care (perceel 2 – kunstnier met alternatief membraam) wordt gegund en van “de beslissing van diezelfde datum tot niet-gunning van diezelfde opdracht aan Nipro”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 mei 2022, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stefaan Verbouwe, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Tom De Gendt en Elias Put, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 leveringen met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor aankoop kunstnieren’, opgedeeld in perceel 1 ‘Kunstnier met synthetische polymeren’ en perceel 2 ‘Kunstnier met alternatief membraam’.

3.2. Er wordt gekozen voor een openbare procedure. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. Op de opdracht is het bestek met referentienummer APO-2021/15 van toepassing, zoals gewijzigd op 14 januari 2022.

Luidens punt I.10 ‘Gunningscriteria’, zijn de volgende criteria van toepassing bij de gunning van de opdracht, geldig voor beide percelen:

“

Nr.	Beschrijving	Gewicht
-----	--------------	---------

1	Prijs	70
	Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
2	Kwaliteit	20
	<p>Het criterium kwaliteit zal beoordeeld worden op basis van volgende subcriteria waarvan de rangschikking in dalende volgorde van belangrijkheid is:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ultrafiltratiecapaciteit - montage en voorbereiding - ontluchting tijdens het spoelen - klaringscapaciteiten - antistollingsnood - gebruiksvriendelijkheid filter en verpakking - diversiteit in aanbod membraanoppervlaktes van kleine (<1,4 m²) en grote >2,2m²) kunstnieren - opbouw - primingvolume <p>Deze criteria zullen geëvalueerd worden op basis van de ontvangen technische fiches.</p> <p>De beste offerte zal de maximale score krijgen en de andere inschrijvers zullen volgens verschil in kwaliteit gescoord worden. Indien twee offertes gelijkwaardig zijn op het kwaliteitscriterium, zal er een gelijke score toegekend worden.</p>	
3	Leverbetrouwbaarheid	10
	<p>Beschrijf uw plan van aanpak mbt organisatie en preventieve acties voor het verzekeren van de continuïteit van de leveringen.</p> <p>Gelieve de subgunningscriteria te bespreken, samen op één A4 papier.</p> <p>De subgunningscriteria worden elk afzonderlijk beoordeeld.</p>	

[...].”

De “inventaris” bevat voor elk perceel slechts één in te vullen post, met name “Synthetische polymeren” (perceel 1), en “Alternatief membraam” (perceel 2). In die post dient de inschrijver zijn eenheidsprijs in te vullen en te vermenigvuldigen met de opgegeven vermoedelijke hoeveelheid.

3.4. Op 4 maart 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.4.1. Daaruit blijkt dat voor perceel 1 zeven offertes werden ingediend door vijf inschrijvers en voor perceel 2 tien offertes door zes inschrijvers.

Blijkens titel '3. Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie van de inschrijvers' worden alle zes inschrijvers geselecteerd.

Blijkens titel '4. Regelmatigheidsonderzoek van de offertes van geselecteerde inschrijvers' wordt bij vier offertes voor perceel 2 een substantiële onregelmatigheid vastgesteld, omdat "[d]e aangeboden kunstnier [...] niet als alternatief [kan] gebruikt worden tov de aanbidding van perceel 1". Vervolgens wordt voor de beide percelen vermeld dat alle ingediende offertes werden onderworpen aan een prijs- of kostenonderzoek.

3.4.2. Blijkens titel '5. Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning' worden alle regelmatige offertes beoordeeld op grond van de drie vooropgestelde gunningscriteria.

Uit het als vertrouwelijk stuk neergelegde gunningsverslag blijkt dat per perceel een overzicht wordt gegeven van de aangeboden eenheidsprijzen voor de unieke post, waarna de offertes voor het gunningscriterium nr. 1 'Prijs' worden vergeleken en beoordeeld op 70 punten volgens de regel van drie.

De aan de inschrijvers ter kennis gebrachte niet-vertrouwelijke versie van het gunningsverslag geeft voor dit prijscriterium enkel de rangschikking van de inschrijvers weer. De weglating van de eenheidsprijzen en de scores op 70 punten, worden gemotiveerd als volgt:

"Gelet op artikel 10 §1 van de wet van 17 juni 2013, betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten, worden in het verslag van nazicht enkel een score meegedeeld van volgende gunningscriteria:

- Kwaliteit
- Leverbetrouwbaarheid

Voor het gunningscriterium Prijs wordt enkel de rangorde meegedeeld.

De eindscore wordt niet meegedeeld, maar enkel een rangorde van de ontvangen offertes gezien het gering aantal posten in de verschillende percelen.”

3.4.3. Het gunningscriterium nr. 2 ‘Kwaliteit’ wordt in het gunningsverslag als volgt beoordeeld:

Wat perceel 1 betreft:

“

1	Baxter Belgium	Laag albumineverlies, kunstnier niet draaien bij primen, BPA/DEHP vrij membraan	18
5	MEDTRONIC BELGIUM NV	Hoge UF, hoge klaring, laag albumineverlies, weinig luchtbelletjes bij primen, hoge diversiteit in aanbod, BPA/DEHP vrij membraan.	18
6	NIPRO EUROPE NV	Hoge UF, hoge klaring, hoge diversiteit in aanbod, BPA/DEHP vrij membraan.	18
7	NIPRO EUROPE NV - Gegroepeerde offerte Perceel 1, Perceel 2	Hoge UF, hoge klaring, hoge diversiteit in aanbod, BPA/DEHP vrij membraan.	18
2	Fresenius Medical Care Belgium NV	Hoge klaring, eenvoudig te monteren.	17
3	Fresenius Medical Care Belgium NV - Gegroepeerde offerte Perceel 1, Perceel 2	Hoge klaring, eenvoudig te monteren.	17
4	Medicole bvba	Hoge diversiteit in aanbod.	16

”

Wat perceel 2 betreft:

“

2	Fresenius Medical Care Belgium NV	Kunstnier kan gebruikt worden bij alternatief van de standaard kunstnieren bij perceel 1. Polyvinylpyrrolidone, Hydrolayer voor verminderde proteïne absorptie.	19
3	Fresenius Medical Care Belgium NV - Gegroepeerde offerte Perceel 1,	Kunstnier kan gebruikt worden bij alternatief van de standaard kunstnieren bij perceel 1. Polyvinylpyrrolidone, Hydrolayer voor verminderde proteïne absorptie.	19

	Perceel 2		
6	Meditor Benelux - HYDROLINK	Hydrolink, polyvinylpyrrolidon kan gebruikt worden bij polysulfon allergie	18
7	Meditor Benelux - FILTRYZER	Polymethylmethacrylaat kan gebruikt worden bij polysulfonallergie	18
9	NIPRO EUROPE NV	Cellulose triacetate kan gebruikt worden bij polysulfon allergie.	18
10	NIPRO EUROPE NV - Gegroepeerde offerte Perceel 1, Perceel 2	Cellulose triacetate kan gebruikt worden bij polysulfon allergie.	18

”

3.5. Op 23 maart 2022 beslist de verwerende partij, met verwijzing naar het gunningsverslag, om perceel 1 te gunnen aan de nv Baxter Belgium en perceel 2 aan de nv Fresenius Medical Care Belgium.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.6. Na een brief met bezwaren wordt aan de verzoekende partij bij brief van 7 april 2022 enkel meegedeeld welke producten zijn gegund: voor perceel 1 “kunstnier type Polyflux” en voor perceel 2 “kunstnier type FX CorAL”.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van “de materiële motiveringsplicht en van het motiveringsbeginsel”, en van het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel “als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

5.1. In een eerste onderdeel stelt de verzoekende partij dat de motivering van de gunningsbeslissing van dien aard moet zijn dat de belanghebbende begrijpt omwille van welke motieven het bestuur een offerte heeft beoordeeld als de meest voordelige offerte en waarom andere offertes niet in aanmerking werden genomen, evenals om te beoordelen of de gunningsbeslissing op een regelmatige wijze werd genomen. De verzoekende partij stelt vast dat de inhoud van het gunningsverslag, bij gebreke van de meest elementaire informatie omtrent het eerste en belangrijkste gunningscriterium, met name de prijs, geen dergelijk nazicht toelaat. Het overzicht vermeldt voor geen van beide percelen de door elke offerte aangeboden producten, noch de aangeboden prijs, zelfs niet de behaalde punten. Enkel een rangorde wordt meegedeeld. Zelfs indien een puntentoekenning wordt meegedeeld – hetgeen hier voor dit eerste criterium zelfs niet het geval is – moet elke inschrijver kunnen nagaan of deze puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

De verzoekende partij vervolgt dat de verwerende partij zich ten onrechte verschuilt achter de bepalingen van artikel 10 van de rechtsbeschermingswet om de prijzen niet bekend te maken, aangezien hier bezwaarlijk kan worden voorgehouden dat “de rechtmatige commerciële belangen van de kandidaten en de eerlijke mededinging tussen hen” zouden zijn geschaad door de bekendmaking van de aangeboden prijs, en dat de formele-motiveringsplicht primeert.

Zij vervolgt dat een kandidaat het recht heeft om te weten waarom zijn offerte niet werd gekozen en met name wat het prijsverschil was tussen zijn offerte en de gekozen offerte, wat overigens de mededinging en de prijsvorming in het voordeel van de aanbestedende overheden enkel ten goede kan komen.

5.2. In een tweede onderdeel stelt de verzoekende partij dat ook de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit niet beantwoordt aan de motiveringsplicht. Meer bepaald stelt zij niet te kunnen begrijpen waarom “haar offertes (i) inzake perceel 1 slechts als gelijkwaardig werden beschouwd als 2 andere offertes en nauwelijks 1 of 2 punten beter scoren dan nog 3 andere offertes, en (ii) inzake perceel 2 minder of slechts gelijkwaardig scoren dan andere offertes”.

Zij stelt vast dat niettegenstaande het bestek vermeldt dat het criterium kwaliteit zal worden beoordeeld op grond van negen subcriteria in dalende volgorde van belangrijkheid, zijnde ultrafiltratiecapaciteit, montage en voorbereiding, ontluchting tijdens spoelen, klaringscapaciteiten, antistollingsnood, gebruiksvriendelijkheid filter en verpakking, diversiteit in aanbod membraanoppervlaktes van kleine en grote kunstnieren, opbouw en primingvolume, een dergelijke beoordeling niet tot uiting komt in het gunningsverslag dat inzake de beide percelen op een zeer summiere wijze bij elke offerte slechts drie (en vaak minder) van de negen vooropgestelde criteria bespreekt en aldus het beantwoorden aan het merendeel van die criteria onbesproken laat.

Dit klemmt volgens haar des te meer nu de verwerende partij in een vorige gunningsprocedure aan de offerte van de verzoekende partij een hogere score heeft toegekend dan aan de offerte van de nv Baxter Belgium, thans de gekozen inschrijver voor perceel 1, terwijl zij en de gekozen inschrijver dezelfde membranen, “Polyflux van Baxter versus ELISIO H van Nipro”, aanbieden en beiden daarvoor thans dezelfde score (18/20) behalen.

6.1. Wat het eerste onderdeel betreft, betoogt de verwerende partij dat zij overeenkomstig artikel 10 van de rechtsbeschermingswet wettelijk verplicht

is – en dus geen enkele keuzevrijheid heeft – om bepaalde gegevens niet mee te delen aan de inschrijvers of op enige manier openbaar te maken, als de openbaarmaking nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden. Het meedelen van commerciële geheimen wordt algemeen aanvaard als zijnde nadelig voor de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers. Algemeen wordt aangenomen dat de eenheidsprijzen en prijsstructuren dergelijke commerciële geheimen uitmaken.

Te dezen gaat het om een product dat wordt gebruikt door alle ziekenhuizen waar dialyse wordt uitgevoerd en slechts door een beperkt aantal ondernemingen wordt aangeboden op de Belgische markt. Dezelfde spelers komen elkaar dus stevast opnieuw tegen in overheidsopdrachten van verscheidene ziekenhuizen. De mededeling van de eenheidsprijzen zou dan ook de commerciële belangen van deze ondernemingen schaden, want prijszetting bij overheidsopdrachten behoort tot de meest gevoelige commerciële informatie. Indien de inschrijvers bij een volgende overheidsopdracht weten wat de prijszetting is van alle mogelijke kandidaten, dan is dit niet enkel nadelig voor de inschrijvers zelf maar ook voor de aanbestedende overheden, aangezien het risico dan bestaat dat de mogelijke aanbieders de prijzen zullen nivelleren en op elkaar afstemmen, wat de eerlijke mededinging in het gedrang brengt.

De verwerende partij vervolgt dat zij naast de eenheidsprijzen ook de totaalprijzen diende weg te laten aangezien er slechts één post is opgenomen per perceel, en het meedelen van de totaalprijzen *de facto* zou neerkomen op het meedelen van de eenheidsprijzen. Zij kon evenmin de punten voor het gunningscriterium prijs meedelen, aangezien die worden berekend op grond van de regel van drie en een eenvoudige rekensom het zou mogelijk maken de eenheidsprijs van alle offertes te achterhalen, net zomin als het puntentotaal.

De verwerende partij argumenteert voorts nog dat artikel 10 van de rechtsbeschermingswet van rechtswege van toepassing is op de opdrachten die, zoals hier, het Europese drempelbedrag overschrijden, en bijkomend dat het beroepsgeheim van ambtenaren die kennis nemen van commercieel gevoelige informatie een door de wetgeving en de rechtspraak algemeen erkend beginsel is.

Overigens geeft de verzoekende partij zelf aan dat de gegevens opgenomen in haar offerte zakengeheimen zijn aangezien zij de vertrouwelijke behandeling ervan vraagt.

6.2. Wat het tweede onderdeel betreft, betwist de verwerende partij in de eerste plaats het belang van de verzoekende partij bij dit onderdeel, omdat het “verschil in score voor het (zwaar doorwegende) criterium prijs voldoende groot is waardoor een hogere score op het gunningscriterium kwaliteit geen verschil zal maken voor de rangschikking en dus de gunningsbeslissing”.

Voorts doet zij gelden dat de offertes voor dit criterium voor elk van de twee percelen werden beoordeeld door een arts met jarenlange ervaring met het gebruik van dergelijke producten, dat in de motivering in het gunningsverslag enkel de bijzondere kwaliteiten werden aangehaald en dat de subgunningscriteria niet vermeld worden indien de offerte(s) aan de standaard voldoen of wanneer er geen relevant verschil is tussen de verscheidene offertes.

Beoordeling

Vooraf

7. De verzoekende partij klaagt in beide onderdelen van haar enig middel een gebrek aan formele motivering van de gunningsbeslissing aan: in het eerste onderdeel ten aanzien van de beoordeling van het gunningscriterium ‘Prijs’, in het tweede onderdeel ten aanzien van de beoordeling van het gunningscriterium ‘Kwaliteit’.

8. Teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting dient de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die eraan ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Artikel 5 van de rechtsbeschermingswet schrijft voor dat de gemotiveerde gunningsbeslissing de juridische en feitelijke motieven bevat, waaronder de kenmerken en de relatieve voordelen van de gekozen inschrijver.

Artikel 10 van de rechtsbeschermingswet, waarop de verwerende partij steunt om de prijsgegevens niet openbaar te maken, luidt als volgt:

“Onverminderd artikel 13 van de wet inzake overheidsopdrachten en artikel 31 van de wet betreffende de concessies, mogen bepaalde gegevens evenwel niet worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van publieke of private ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden.”

9. Een aanbestedende overheid beschikt 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 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 en zorgvuldigheid niet te buiten is gegaan.

Voorts mag worden opgemerkt dat een toetsing van de offertes aan de gunningscriteria veronderstelt dat een afdoende vergelijking van de offertes plaatsvindt, waarbij het aangeboden wordt getoetst aan de verwachtingen van de overheid, met vermelding en vergelijking van de respectieve sterke en zwakke punten van elk van de ingediende offertes.

Eerste onderdeel: het prijscriterium

10. Uit het als vertrouwelijk stuk neergelegde gunningsverslag blijkt dat per perceel alle offertes voor het gunningscriterium nr. 1 ‘Prijs’ worden vergeleken en beoordeeld op 70 punten volgens de regel van drie.

Voor zover de verzoekende partij aanvoert niet te kunnen nagaan op welke wijze het prijscriterium concreet werd beoordeeld, lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden verwezen naar de besteksbepalingsbepaling luidens hetwelk het gunningscriterium ‘Prijs’ aan de hand van de regel van drie zal worden beoordeeld en waarbij de offerte met de laagste prijs het maximum van de punten zal scoren. Het louter onleesbaar maken van de prijzen van de offertes doet geen afbreuk aan deze besteksbepalingsbepaling die de verzoekende partij afdoende lijkt te informeren over de louter mathematische beoordeling van dit gunningscriterium. Hoe dan ook vermogt de Raad van State het als vertrouwelijk neergelegde gunningsverslag wel bij zijn beoordeling te betrekken en blijkt, op het eerste gezicht, dat de beoordeling en de vergelijking van de offertes te dezen inderdaad aan de hand van de in het bestek aangekondigde formule is gebeurd.

11. De verzoekende partij kent bijgevolg, wat het prijscriterium betreft, wel haar rangorde – en zij weet ook wie de laagste prijs heeft ingediend – maar niet haar score, noch het prijsverschil van haar offertes ten opzichte van de laagste prijs aangeboden door de gekozen inschrijvers. De verzoekende partij voert in essentie aan dat zij op grond van de haar meegedeelde motivering niet kan weten wat op het vlak van de prijs het relatieve voordeel is van de offertes van de gekozen inschrijvers voor beide percelen, terwijl de beoordeling van het prijscriterium (op 70 punten), zoals de verwerende partij zelf erkent, nochtans “zwaar doorwegend” is geweest voor de gunning.

De verwerende partij beroept zich voor de niet-openbaarmaking van de prijzen en de scores op artikel 10 van de rechtsbeschermingswet. Uit deze bepaling lijkt te volgen dat de overheid haar verplichting tot formele motivering en informatieverstrekking aan de kandidaten dient af te wegen tegen haar verplichting de haar vertrouwelijk verstrekte informatie, voor zover deze inderdaad rechtmatig commerciële belangen beschermt, niet bekend te maken.

12. Voor zover de verwerende partij zich erop beroept dat de gekozen inschrijver voor perceel 1 in zijn offerte uitdrukkelijk heeft aangegeven

dat alle prijsgegevens vertrouwelijk zijn, stelt de Raad van State vast dat hij dit louter stelt, zonder nadere motivering, terwijl de gekozen inschrijver voor perceel 2 zulks niet heeft aangegeven en de verzoekende partij ter terechtzitting bevestigt dat het voor haar geen nadeel vormt dat haar prijzen zouden worden bekendgemaakt. In die context lijkt het dat de verwerende partij op het eerste gezicht de concrete redenen voor het verzoek tot geheimhouding van de prijs bij de gekozen inschrijver nader had dienen te bevragen.

13. Voor zover de verwerende partij stelt dat de bekendmaking zou leiden tot nivellering van de prijzen ten nadele van de aanbestedende overheid bij een volgende overheidsopdracht (vanwege de verwerende partij of een ander ziekenhuis), erkent zij ter terechtzitting dat ook een nivellering van de prijzen naar omlaag tot de mogelijkheid behoort. De verzoekende partij van haar kant ontkent ter terechtzitting dat hier sprake zou zijn van rechtmatige commerciële belangen die moeten worden beschermd omdat te dezen enkel de prijs van één product betrokken is, en het mogelijks anders zou zijn indien het product een pakket zou zijn dat nodig is voor een nierdialyse, zoals naast de kunstnier ook de vloeistoffen, het onderhoud en dergelijke. Zij benadrukt dat thans uit het gunningsverslag zelfs niet blijkt of er een prijsonderzoek is gebeurd.

In deze concrete omstandigheden stelt de Raad van State op het eerste gezicht vast dat voor de geheimhouding van de eenheidsprijs – die te dezen ook de totaalprijs uitmaakt – een loutere verwijzing in het gunningsverslag naar artikel 10 van de rechtsbeschermingswet en de aldaar beschermde “rechtmatige commerciële belangen” en “eerlijke mededinging” niet lijkt te volstaan.

Dit geldt des te meer in het licht van de vaststelling dat de niet gekozen inschrijvers, bij ontstentenis van opgave van enige prijs, niet de kans hebben gekregen na te gaan of de keuze van de gekozen inschrijver terecht was, en in het bijzonder dat zij de beoordeling door de verwerende partij van de aangeboden prijzen niet nuttig hebben kunnen betwisten. In het als vertrouwelijk neergelegde gunningsverslag wordt weliswaar vermeld dat voor beide percelen geen abnormale totale offerteprijzen werden vastgesteld, doch de Raad van State lijkt uit dit gunningsverslag op het eerste gezicht wel te kunnen vaststellen, minstens wat perceel 2 betreft, dat de prijsverschillen tussen de offertes onderling

en het verschil tussen sommige prijzen en de raming toch niet gering mogen worden genoemd.

14. De verzoekende partij maakt bijgevolg op het eerste gezicht aannemelijk dat zij met de enkele vermelding in het niet-vertrouwelijk gunningsverslag van de rangorde van de inschrijvers niet in de mogelijkheid is geweest om de beoordeling van het prijscriterium afdoende op haar waarde te schatten. Minstens dient het beroep op de geheimhouding van de eenheidsprijzen en de scores desgevallend meer afdoende te worden verantwoord, met name door aan te tonen dat het belang van de niet gekozen inschrijvers bij een openbaarmaking niet opweegt tegen het recht van hun concurrenten op bescherming van de door hen verstrekte vertrouwelijke informatie.

15. Het eerste onderdeel van het enig middel is ernstig.

Tweede onderdeel: het gunningscriterium kwaliteit

16. Voor zover de verwerende partij vooreerst opwerpt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit onderdeel omdat “een hogere score op het gunningscriterium kwaliteit geen verschil zal maken voor de rangschikking en dus de gunningsbeslissing”, stelt de verzoekende partij terecht dat zij hiertegen geen repliek kan voeren nu zij geen kennis heeft van de totaalscores.

De Raad van State leidt uit het als vertrouwelijk stuk neergelegde gunningsverslag op het eerste gezicht af dat de verzoekende partij in ieder geval belang bij dit middelonderdeel lijkt te hebben wat perceel 1 betreft, aangezien het verschil in score voor het gunningscriterium ‘Prijs’ tussen haar en de gekozen inschrijver zeer miniem is. Wat perceel 2 betreft, kan aan de verzoekende partij evenmin belang bij het middel worden ontzegd, gelet op de beoordeling van het eerste middelonderdeel en het gevolg dat de verwerende partij daaraan zal dienen te geven.

17. Met de verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden gesteld dat uit de summiere motivering voor de beoordeling van dit

gunningscriterium niet afdoende blijkt welke kenmerken en relatieve voordelen van de offertes hebben geleid tot de toegekende scores.

Het gunningsverslag bevat in ieder geval geen uitdrukkelijke waardering per offerte van alle negen subgunningscriteria, en al zeker niet “in dalende volgorde van belangrijkheid”, zoals nochtans vereist in het bestek.

Voor zover de verwerende partij stelt dat in het gunningsverslag enkel de bijzondere kwaliteiten van de offertes worden vermeld en niet de subgunningscriteria indien de offerte(s) aan de standaard voldoen, lijkt deze selectieve vermelding van een aantal kwaliteiten op het eerste gezicht niet toe te laten de toegekende score te begrijpen.

Voor perceel 1 krijgen drie offertes dezelfde score van 18 punten, waarbij voor al deze offertes als kwaliteit een “BPA/DEHP vrij membraan” wordt genoteerd, en daarnaast voor elk van die offertes een aantal kwaliteiten. Hoewel deze opgesomde bijzondere kwaliteiten op het eerste gezicht kunnen worden gelinkt aan bepaalde subgunningscriteria uit het bestek, verschillen zij per offerte naar aard en aantal terwijl de drie offertes wel dezelfde score krijgen, zodat op het eerste gezicht de in het bestek bepaalde volgorde van belangrijkheid niet lijkt te zijn gevolgd. Het bestek vereist ook dat de beste offerte de maximale score zal krijgen, terwijl op het eerste gezicht evenmin blijkt dat aan deze besteksbeoordeling is voldaan.

Voor perceel 2 lijkt op het eerste gezicht enkel te zijn onderzocht of de aangeboden kunstniet kan worden gebruikt als alternatief voor de kunstniet ten opzichte van de kunstniet aangeboden in perceel 1, met name bij polysulfonallergie, terwijl uit het regelmatigheidsonderzoek blijkt dat dit een essentiële vereiste is, hetgeen er overigens toe geleid heeft dat vier offertes nietig werden verklaard wegens het niet voldoen aan die vereiste. Voor perceel 2 lijkt bijgevolg evenmin de in het bestek beschreven beoordelingsmethodiek te zijn gevolgd.

18. Ook het tweede onderdeel van het enig middel is ernstig.

VI. Impliciete beslissing

19. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat te dezen het uitzonderlijk geval voorligt waarin de Raad van State zou moeten besluiten om reeds in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid eveneens de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan haar te gunnen.

VII. Besluit

20. Het enig middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd, wat de bestreden gunningsbeslissing betreft.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende van 23 maart 2022 waarbij de opdracht voor leveringen inzake ‘Raamovereenkomst voor aankoop kunstnieren’ aan respectievelijk Baxter Belgium (perceel 1 – kunstnier met synthetische polymeren) en aan Fresenius Medical Care (perceel 2 – kunstnier met alternatief membraam) wordt gegund.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van elf mei tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere