

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 204.555 van 1 juni 2010
in de zaak A. 196.322/XII-6185**

In zake: de CVBA VOORUIT NR. 1
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te Schilde
Eekhoornlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen
tevens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV LLOYDSPHARMA GROUP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Yves Van Couter en France Vlassembrouck
kantoor houdend te 1200 Brussel
Neerveldstraat 101-103
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 april 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de verwerende partij, zijnde het OCMW van Gent, dd. 14 april 2010 betreffende de algemene offerteaanvraag voor de levering van geneesmiddelen en farmaceutische specialiteiten aan de woon- en zorgcentra van het OCMW Gent waarbij deze opdracht wordt toegewezen aan de belanghebbende partij, zijnde Lloydspharma Group nv, Avenue Pasteur 2, 1300 Waver”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 mei 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat France Vlassembrouck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht voor “de levering van geneesmiddelen en farmaceutische specialiteiten aan de woon- en zorgcentra van het OCMW”.

De opdracht loopt over een periode van 3 jaar met ingang van de datum bepaald bij de schriftelijke toewijzing met een proefperiode van 3 maanden.

3.2. Het betreft een opdracht tegen prijslijst. De prijslijst is de officiële codificatielijst opgesteld door de diensten van het RIZIV en de inschrijvers “zullen een vaste korting op het aan te rekenen remgeld opgeven, uitgedrukt in procent, voor levering franco en vrij van alle onkosten op de plaats van levering. De vaste korting is dezelfde voor alle producten, die besteld worden.”

3.3. De gunningscriteria worden in artikel 10 van het bestek als volgt bepaald:

“Van elke inschrijver, die niet uitgesloten is (zie art. 7), die voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria (zie art. 8) en over de vereiste vergunning beschikt (zie art. 9) wordt de offerte onderzocht.

Het OCMW Gent kiest de regelmatige offerte, die de hoogste totale score op de gunningscriteria haalt. Per gunningscriterium wordt aan elke regelmatige offerte een puntenaantal toegekend.

Gunningscriterium	Puntenaantal
1.De aangeboden korting	20 punten
2.De kwaliteit van de dienstverlening	20 punten”.

Artikel 11 bepaalt onder de “beoordeling van de gunningscriteria” wat volgt:

“1. Met betrekking tot de aangeboden korting zal per regelmatige offerte een score toegekend worden volgens onderstaande formules. Hierbij zal geen rekening gehouden worden met niet te verantwoorden abnormaal lage of hoge prijzen.

Proportionele berekening van het puntenaantal volgens de volgende formule:

$$E = \frac{\text{hoogste percentage aangeboden korting}}{\text{totaal puntenaantal (20)}}$$

$$\text{Puntenaantal per offerte} = \frac{\text{percentage aangeboden korting}}{E}$$

2. De inschrijver geeft een beschrijving van de wijze van afleveren van de medicatie, de frekwentie en tijdstippen van afleveringen per dag, de uiterste termijnen in uren van doorgeven van de bestellingen (gewoon en dringend), de gebruikte software, de wijze van verpakken, de facturatie aan de bewoner en de bijkomende dienstverleningsvoorstellen.

De inschrijver toont duidelijk de voordelen van zijn voorgesteld verdelingssysteem aan voor het OCMW, de woon- en zorgcentra en de bewoners.

Rekening houdend met de resultaten van het kwaliteitsonderzoek zal per offerte een score op 20 punten toegekend worden.

Een offerte, die volgens het kwaliteitsonderzoek niet voldoet aan de wettelijke voorschriften of aan de bepalingen van dit bestek, wordt uitgesloten”.

3.4. De opdracht wordt op 13 augustus 2009 bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.5. De offertes worden geopend op 8 oktober 2009. Er blijken offertes te zijn ingediend door verzoekende partij, door de nv Patrona Pharma Group en door de nv Lloydspharma Group.

3.6. De offertes worden vervolgens onderzocht en er worden gunningsverslagen opgesteld. Dit leidt uiteindelijk tot het voorstel van het Vast Bureau van 8 maart 2010 de opdracht toe te wijzen aan de nv Lloydspharma Group die eerste werd gerangschikt met 34,79 op 40 (15,50 op 20 voor de korting en 19,29 op 20 voor de kwaliteit dienstverlening). De nv Patrona Pharma Group werd tweede gerangschikt met 30 op 40 (20 op 20 voor de korting en 10 op 20 voor de kwaliteit dienstverlening) en de verzoekende partij derde met 26,55 op 40 (7,50 op 20 voor de korting en 19,05 voor de kwaliteit dienstverlening).

In dit voorstel wordt vermeld dat de score voor de korting “is berekend volgens de formule, vermeld in artikel 11,1 van de het bestek”, en dat de kwaliteit van de dienstverlening “is beoordeeld op grond van de kwaliteitselementen, vermeld in artikel 11.2 van het bestek”.

Daarop volgt een tabel waarin elk van de in het bestek aangegeven en door de inschrijvers te beschrijven elementen wordt vermeld met telkens de invulling daarvan per inschrijver.

Voorts worden bij de wijze van afleveren en bij de wijze van verpakking - hier “subcriteria” genoemd - de voordelen verduidelijkt van het individuele verpakken en afleveren per resident.

Ten slotte worden bij de diverse elementen (wijze van afleveren, frequentie en tijdstippen, uiterste bestelmoment, gebruikte software, wijze van verpakken, facturatie bewoner, bijkomende dienstverlening) punten toegekend aan de offerte van elke van de drie inschrijvers, waarbij elk element op een maximum puntenaantal van 2,8571 wordt vastgelegd, klaarblijkelijk om aldus aan $7 \times 2,8571$ of een totaal van 20 punten te komen voor het gunningscriterium “kwaliteit van de dienstverlening”.

3.7. Op 13 april 2010 beslist de Raad van het OCMW van Gent, met verwijzing onder meer naar dit voorstel van het Vast Bureau, de opdracht toe te wijzen aan de nv Lloydspharma Group.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.8. Met een op 14 april 2010 aangetekend verzonden brief deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat op 13 april 2010 werd beslist de opdracht niet aan haar toe te wijzen omdat zij niet de meest voordelige offerte indiende. De gemotiveerde toewijzingsbeslissing wordt bijgevoegd. Er wordt een wachtermijn toegekend van 15 dagen vanaf de dag volgend op de verzendingsdatum van de brief.

3.9. Op 28 april 2010 dient verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 10 mei 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Lloydspharma Group om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Voorwaarde van het nadeel

6. Wat de derde voormelde voorwaarde betreft, betoogt verzoekende partij in haar uiteenzetting betreffende het nadeel dat zij “herstel in natura” beoogt. Zij blijkt aldus na te streven zelf de opdracht te kunnen uitvoeren.

Zij meent dat het feit dat zij slechts als derde werd gerangschikt niet belet dat zij “een belang” heeft bij de vordering tot schorsing nu niet a priori is uitgesloten dat bij een herevaluatie na schorsing de aanbestedende overheid tot een andere beoordeling komt. Dit geldt volgens haar “des te meer “nu zij de onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver inroept en “bovendien de beide andere inschrijvers niet lijken te voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria met betrekking tot de financiële en economische draagkracht”.

Wat tussenkommende partij betreft verwijst zij in dit verband naar het tweede middel. Voor nv Patrona Pharma Group verwijst zij naar een aantal boekhoudkundige stukken.

Beoordeling

7. De vraag of de gevraagde schorsing verzoekers dreigend nadeel, de opdracht niet aan haar te zien toewijzen, kan weren, is te dezen verbonden met de aangevoerde middelen. Aangezien verzoekende partij immers slechts als derde is gerangschikt, na inschrijver nv Patrona Pharma Group, moet minstens een middel zijn aangebracht en ernstig worden bevonden, dat hetzij de selectie, hetzij de klassering van laatstgenoemde inschrijver prima facie onrechtmatig doet voorkomen. Bij gebrek aan een dergelijk middel zou de gevraagde schorsing het nadeel niet dadelijk kunnen weren, aangezien schorsing van de tenuitvoerlegging van enkel de toewijzing aan de tussenkommende partij de klassering van de nv Patrona Pharma Group, vóór verzoekende partij, onverlet laat. Hierna worden dus eerst de middelen vanuit dat oogpunt onderzocht.

8. Verzoekende partij voert vier middelen aan.

In een eerste middel bekritiseert zij het feit dat de offerte van de tussenkommende partij zou zijn gewijzigd na de opening van de offertes.

In een tweede middel wordt de kwalitatieve selectie van enkel de tussenkommende partij aan kritiek onderworpen.

In een vierde middel wordt betoogd dat geen onderzoek werd gedaan naar abnormale prijzen, waarbij enkel de korting van de tussenkommende partij wordt besproken.

Deze drie middelen betreffen dus enkel de offerte van de tussenkomende partij en niet de gunningsprocedure in haar geheel of de offerte van de nv Patrona Pharma Group. Schorsing op grond van die middelen zou er niet toe strekken dat de offerte van laatstgenoemde inschrijver meteen haar gunstiger klassering ten opzichte van de offerte van verzoekende partij verliest.

Het is enkel anders met het derde middel: hierin wordt aangevoerd dat bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium “kwaliteit dienstverlening” subcriteria werden toegevoegd die niet in het bestek vermeld staan. Aldus lijkt hier de globale beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria te worden betwist. Indien dat middel ernstig wordt bevonden, komt de algehele klassering van de offertes en dus ook de klassering van nv Patrona Pharma Group in het gedrang.

Weliswaar heeft verzoekende partij in de uiteenzetting van haar belang ook de selectie van de nv Patrona Pharma Group betwist.

In het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid had verzoekende partij die kritiek echter uitdrukkelijker moeten formuleren, en wel in een middel, ten einde de draagwijdte van het beroep onmiddellijk duidelijk te maken. Aldus zou reeds bij eerste nazicht van het verzoekschrift gebleken zijn dat het beroep ook de wettigheid in vraag stelde van een in de bestreden beslissing vervatte selectie van de tweede gerangschikte inschrijver die met het oog op een eventuele tussenkomst alsdan tijdig had kunnen worden aangeschreven als derde belanghebbende.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat verzoekende partij enkel aan de nadeelsvereiste kan voldoen indien het derde middel ernstig zou blijken. Dit middel zal hierna dan ook eerst worden onderzocht.

Derde middel

9. Verzoekende partij leidt een derde middel af uit de “Schending van artikel 16 van de Overheidsopdrachtenwet; artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en artikel 10 van het bestek” doordat “verwerende partij bij de beoordeling subcriteria heeft toegevoegd die niet in het bestek vermeld staan”.

In het verzoekschrift volgt dan deze “uiteenzetting van het middel”:

“21. De gunningscriteria staan vermeld in artikel 10 van het bestek en betreffen enerzijds de aangeboden korting en anderzijds de kwaliteit van de dienstverlening (20 punten).

Voor de beoordeling van het gunningscriterium ‘kwaliteit van de dienstverlening’ zijn een hele reeks subcriteria toegevoegd bij de beoordeling die niet vermeld staan in het bestek.

- * Wijze van afleveren;
- * Frequentie en tijdstippen;
- * Uiterste bestelmoment;
- * Gebruikte software;
- * Wijze van verpakken;
- * Facturatie bewoner;
- * Bijkomende dienstverlening.

Deze subcriteria hebben ook allemaal een eigen weging gekregen die evenmin in het bestek vermeld staat. Het woord subcriterium wordt ook letterlijk gebruikt in het evaluatieverslag.

22. De verwerende partij zal uiteraard verwijzen naar artikel 11 van het bestek en stellen dat deze subcriteria voorzien zijn in artikel 11 van het bestek. Dit artikel stelt het volgende:

[...]

Deze beschrijving bepaalt echter nergens dat het hier om subcriteria zou gaan. De weging wordt evenmin weergegeven.

Op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie moeten de subcriteria met inbegrip van hun respectievelijke weging voorafgaandelijk in het bestek worden opgenomen (H.v.J. 24 januari 2008, C-532/06, Emm.G.Lianakis AE et al. Dimos Alexandroupolis et al. Overwegingen 38 en 44).

Uw Raad heeft zich bij deze rechtspraak aangesloten (nr. 183.809, 5 juni 2008; 187.884 én 187.885 van 13 november 2008 :[...]).

Beoordeling van het derde middel

10. In de huidige stand van het geding kan worden volstaan met de vaststelling dat de bij de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit van de dienstverlening” betrokken elementen alle in het bestek worden vermeld onder “Beoordeling van de gunningscriteria” in artikel 11.2., als gegevens die bij de beoordeling aan de hand van dat gunningscriterium dienstig zullen zijn. Er is dus geen sprake van toevoeging: ter terechtzitting geeft verzoekende partij overigens toe dat inhoudelijk geen nieuwe elementen zijn gebruikt bij de beoordeling van de

offertes wat het criterium van het kwaliteitsonderzoek betreft, dan deze vermeld in het bestek. De essentiële grief in het middel, aangegeven na “doordat”, is dus inhoudelijk niet correct.

De kritiek van verzoekende partij lijkt aldus te kunnen worden teruggebracht op het luttele feit dat in het bestek niet woordelijk sprake is van “subcriteria” om de voormelde beoordelingselementen te benoemen. Alvast worden ze in het gunningsverslag wel “subcriteria” genoemd en verzoekende partij toont niet aan hoe zij door het ontbreken van die term in het bestek geschaad is, nu zij niet ontkent dat de offertes effectief zijn getoetst aan de betrokken, vooraf bekende gegevens.

In de mate verzoekende partij - enkel in de nadere uiteenzetting van haar middel - vermeldt dat in het bestek ook de weging van de subcriteria niet werd weergegeven, lijkt die kritiek niet als een volwaardig middelonderdeel te kunnen worden aangemerkt. Overigens wordt hierbij in elk geval niet verduidelijkt op welke wijze de gelijke weging die aan de diverse subcriteria is gegeven, de belangen van verzoekende partij zou hebben geschaad.

Het derde middel is bijgevolg niet ernstig.

11. Deze vaststelling inzake het derde middel volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen zonder dat de andere middelen dienen te worden onderzocht. Aan de derde van de in voormeld artikel 17 bepaalde voorwaarde kan te dezen immers niet worden voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Lloydspharma Group tot tussenkomst in het administratief kort geding 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 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juni 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest