

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.958 van 18 december 2008
in de zaak A. 190.499/XII-5638.**

In zake : de NV SANOFI PASTEUR MSD,
die woonplaats kiezen bij
advocaten X. Leurquin en P. De Maeyer,
kantoor houdende te 1160 Brussel,
Tedescolaan 7

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
G. Macaulaan 33.

tussenkomen partij :

de NV GLAXOSMITHKLINE,
die woonplaats kiest bij
advocaat S. Callens,
kantoor houdende te 1040 Brussel,
Tervurenlaan 40.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Sanofi Pasteur MSD, op 28 november 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissingen van de Vlaamse Regering van 7 november 2008 betreffende de gunning van de overheidsopdrachten inzake het leveren van vaccins voor de Vlaamse bevolking waarbij de percelen 2, 3 en 4 van de algemene offerteaanvraag voor de levering van vaccins aan de Vlaamse bevolking vanaf 2009 (bestek nr. ATV/IZ/2008/01) worden toegewezen aan de n.v. Baxter en de n.v. GlaxoSmithKline”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 2 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 december 2008, om 15.00 uur;

Gezien het op 8 december 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV GlaxoSmithKline vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. De Maeyer, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat B. Ronse, die loco advocaat K. Ronse en van advocaat M. Boghe verschijnt voor de verwerende partij en van advocaten S. Callens, C. De Wolf, I. Van Der Mauten en M. Goossens, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De in het geding zijnde opdracht betreft een overheidsopdracht “voor de levering van vaccins voor de Vlaamse bevolking vanaf 2009” bij gunningswijze van algemene offerteaanvraag. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 juni 2008 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van dezelfde datum.

Inzake het voorwerp van de opdracht vermeldt het toepasselijke bestek ATV/IZ/2008/01 onder meer :

“A.2.1. Het voorwerp van deze opdracht is het leveren van entstoffen (CPA-classificatie 24.42.21 - sera en vaccins) ten behoeve van de bevolking van de Vlaamse Gemeenschap.

A.2.2. De leverancier verbindt er zich toe voldoende entstoffen te leveren ten behoeve van de bevolking van de Vlaamse Gemeenschap, voor de injecteerbare vaccins inclusief de nodige spuit(en) en naald(en) :

1. Perceel 1: vaccin tegen mazelen, bof en rubella
Geraamde hoeveelheid op jaarbasis: 135.000 vaccins
1. Perceel 2: geconjugeerd vaccin tegen meningokokken van serogroep C
geraamde hoeveelheid op jaarbasis: 65.000 vaccins
2. Perceel 3: tetravalent vaccin tegen polio (geïnactiveerd poliovaccin), difterie, tetanus en pertussis (acellulair vaccin)
geraamde hoeveelheid op jaarbasis: 65.000 vaccins
3. Perceel 4: vaccin tegen hepatitis B (recombinant vaccin)
geraamde hoeveelheid op jaarbasis: vaccins voor volledige vaccinatie van 50.000 jongeren”.

De opdracht loopt van 1 januari 2009 tot 30 juni 2011.

2. De verzoekende partij schrijft in voor alle vier de percelen; de NV Baxter schrijft in voor perceel 2; de tussenkommende partij NV GlaxoSmithKline schrijft in voor percelen 1, 3 en 4.

3. Er wordt een gunningsvoorstel opgesteld, met als datum 15 september 2008, waaruit blijkt dat de drie inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria en ze alle drie als regelmatig dienen te worden beschouwd.
Er wordt voorgesteld perceel 1 aan de verzoekende partij toe te wijzen, perceel 2 aan NV Baxter en de percelen 3 en 4 aan de tussenkommende partij.

4. Op 7 november 2008 neemt de Vlaamse Regering de bestreden beslissing, zich aansluitend bij het voornoemde voorstel.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

5. Krachtens 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.

6. Inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel wijst de verzoekende partij er op dat de loutere betekening van de toewijzingsbeslissing tot de overeenkomst leidt; eenmaal de overeenkomst is ontstaan wordt aan de verzoekende

partij elke mogelijkheid ontnomen om de opdracht nog zelf uit te voeren. Voorts wijst ze op de referentiewaarde van de opdracht, de financiële omvang en de relatief lange duurtijd ervan; ook vermeldt ze de aantasting van haar concurrentiepositie en van haar reputatie.

7. De verwerende partij vraagt een belangenafweging wat het nadeel betreft in de volgende bewoordingen :

“Belang van het vaccinatieprogramma voor de volksgezondheid

Het kosteloos ter beschikking stellen van de vaccins van het basisvaccinatieschema aan de vaccinatoren past in het kader van de vijfde Vlaamse gezondheidsdoelstelling die toen klonk :

‘Tegen 2002 moet de preventie van de infectieziekten op significante wijze worden verbeterd met name door het verder verhogen van de vaccinatiegraad voor aandoeningen als polio, kinkhoest, tetanus difterie, mazelen, bof en rubella’.

Ook in het regeerakkoord en de beleidsnota van de minister wordt deze doelstelling opgenomen.

Door een doorgevoerd vaccinatiebeleid werden pokken uitgeroeid in de wereld. Enkele jaren geleden werd de Europese Regio door de Wereldgezondheidsorganisatie poliovrij verklaard. Dit kan enkele gerealiseerd worden met het continu bereiken van een hoge vaccinatiegraad.

De Wereldgezondheidsorganisatie wil komen tot de eliminatie van mazelen in de Europese Regio. Hiervoor is het noodzakelijk voor de twee dosissen vaccin in de vaccinatiekalender een hoge vaccinatiegraad te bereiken van minimaal 95%. Een hoge vaccinatiegraad zorgt ervoor dat dit hoge percentage gevaccineerden maximaal kunnen beschermd worden. Ze zorgt er ook voor dat er ‘herd immunity’ kan bekomen worden, waardoor niet gevaccineerde personen (bv. omwille van medische of andere redenen) ook mee beschermd zijn, precies omwille van het verminderd aantal circulerende kiemen.

Vaccinatie is een continu gebeuren, wat heel wat organisatie vergt. Een stockbreuk of een discontinuïteit in het vaccinatieprogramma kan nefaste gevolgen hebben.

- Enerzijds is de vaccinatie op de aanbevolen momenten (op basis van wetenschappelijke argumenten) dan eventueel niet mogelijk. Dit kan leiden tot laattijdig vaccineren, met een langere periode van risico's op de betrokken infecties.
- Echter het uitstellen van een vaccinatiemoment houdt een groot risico in op het niet toedienen van dit vaccin, omdat het dan als inhaalvaccin moet toegediend worden, wat niet vlot organiseerbaar is.
- Beide elementen samen verlagen de vaccinatiegraad en verhogen de kans op circulatie van de kiemen in de maatschappij. Hierdoor verhoogt het risico op infecties en dit kan eventueel tot epidemische toenames leiden.
- Het vaccinatieprogramma moet op alle vaccinatoren kunnen rekenen. Ongeveer 75 tot 80% van de vaccinaties worden toegediend door de consultatiebureaus van Kind en Gezin voor de kleine kinderen. Dit gebeurt op vaste consultatiemomenten qua leeftijd en is praktisch niet anders te organiseren als de vaccins niet op het juiste moment in voorraad zijn. Voor de schoolgaande jeugd wordt ook ongeveer 75% van de vaccins toegediend door de Centra voor leerlingenbegeleiding. Zij werken met een vrij strikte jaarplanning voor de vaccinatiemomenten tijdens een schooljaar, met afspraken met de mogelijkheden van de verschillende schoten en klassen

waarvoor zij verantwoordelijk zijn, rekening houdend met examenperiodes, etc.

Dit alles maakt dat een vaccinatieprogramma staat of valt met de continuïteit van het beschikbaar zijn van de vaccins voor vaccinatie op het juiste moment, in het belang van de volksgezondheid.

De eventuele schorsing van de beslissingen op de loutere basis van privé-belangen van verzoekster (het nastreven van winst ...) zou dergelijke continuïteit in het gedrang brengen [...].

Een belangenafweging ten voordele van de volksgezondheid moet dan ook leiden tot het verwerpen van de vordering”.

8. In zijn advies ter terechtzitting stelt het optredend lid van het auditoraat vast dat de verzoekende partij belang lijkt te hebben bij haar vordering en dat aan de voorwaarden van voormeld artikel 17 is voldaan : aldus is volgens deze bevindingen de in het geding zijnde opdracht op het eerste gezicht onrechtmatig toegewezen aan de tussenkomende partij en dreigt de verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel te leiden door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing; in het advies wordt echter geconcludeerd dat zulks te dezen - in de lijn van het aangehaalde verweer - toch niet tot de gevraagde schorsing mag leiden, aangezien het nadeel van de verzoekende partij niet opweegt tegen het risico dat de continuïteit van vaccinatieprogramma's in het gedrang zou komen.

9. Krachtens het voormelde artikel 17 is het zo dat de Raad van State de schorsing “kan” bevelen bij het vervuld zijn van de daarin bepaalde voorwaarden, maar daartoe niet verplicht is. Onderzoek van excepties en middelen lijkt dan niet noodzakelijk indien, zoals hierna zal blijken, er goede redenen zijn om het nadeel van de verzoekende partij bij afwijzing van de schorsing, niet zwaarder te doen wegen dan het nadeel dat een schorsing zou toebrengen aan het algemeen belang.

In het hiervoor aangehaalde betoog heeft de verwerende partij gewezen op het gevaar voor de volksgezondheid indien de gevraagde schorsing zou worden bevolen. In de huidige stand van de procedure moet aan dat betoog voldoende overtuigingskracht worden toegedicht gelet op de zeer specifieke aard van de opdracht en zijn repercussies naar de volksgezondheid toe en ondanks het deels technisch karakter van die uiteenzetting. Het risico op zich, dat vaccinaties niet tijdig kunnen doorgang vinden indien de gevraagde schorsing zou worden uitgesproken, is echter dermate groot dat van de Raad van State niet mag worden verwacht dat hij dat risico creëert. Het private nadeel dat de verzoekende partij kan ondergaan doordat zij de kans verliest om de in het geding zijnde opdracht uit te voeren, moet aldus wijken voor de dreiging dat bij schorsing de vaccinatieprogramma's worden onderbroken,

hetgeen de volksgezondheid bedreigt, een algemeen belang. De schorsing wordt bijgevolg afgewezen.

De Raad van State gaat er daarbij wel van uit dat de gegevens die de verwerende partij in haar nota verstrekt betreffende de voornoemde vereiste continuïteit met de waarheid overeenstemmen. Voorts past hier de waarschuwing, dat, ingeval deze wordt gevorderd, een latere nietigverklaring van de bestreden beslissing niet onwaarschijnlijk is, omdat het zich op het eerste gezicht niet laat aanzien dat het auditoraat, in het geding betreffende de nietigverklaring, de middelen anders zou beoordelen dan in het huidig kort geding, althans ingeval betreffende de grond van de middelen de verwerende partij, zoals in haar nota, geen verweer voert. Het lijkt aan de verwerende partij om de compensaties waarvoor zij, en dus de gemeenschap, door de verzoekende partij allicht zal worden aangesproken na een dergelijke nietigverklaring, te beperken door reeds na huidig arrest daartoe de passende maatregelen te nemen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV GlaxoSmithKline in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achttien december 2009, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.