

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.372 van 12 februari 2009
in de zaak A. 191.094/XII-5684.**

In zake : de nv LLOYDSPHARMA GROUP,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. De Roeck,
kantoor houdende te Antwerpen,
Generaal Lemanstraat 27

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN EVERGEM,
dat woonplaats kiest bij
advocaat G. Van Durme,
kantoor houdende te Gent,
Rooigemlaan 532.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Lloydspharma Group op 17 januari 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de gemotiveerde beslissing van 18 december 2008 waarbij ‘de overheidsopdracht betreffende de levering van geneesmiddelen aan de verschillende woon- en zorgcentra, haar residenten en aan de politiek vluchtelingen wordt toegewezen aan de Patrona Pharma Group NV, Henri Jasparlaan 135, 1060 Brussel over de periode vanaf 1 februari 2009 tot 31 december 2009 met de mogelijkheid de offerte te verlengen met driemaal één jaar, overeenkomstig de korting zoals vermeld op zijn inschrijvingsformulier”;

Gezien de nota van verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 19 januari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 februari 2009, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten M. De Roeck en T. Vermeir, die verschijnen voor verzoekende partij, en van advocaat K. Demeester, die loco advocaat G. Van Durme verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

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. Verwerende partij, die blijkens de nota drie woon- en zorgcentra onder haar bevoegdheid heeft, schrijft op 20 maart 2008 bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht uit voor de levering van geneesmiddelen aan de verschillende woon- en zorgcentra, aan hun residenten en aan de politieke vluchtelingen over de periode 1 januari 2009 tot 31 december 2012. De waarde van de opdracht wordt geraamd op ongeveer 520.000 euro.

Op deze opdracht is het bijzonder bestek 10/2008 “Leveringen geneesmiddelen aan de woon- en zorgcentra van het OCMW en aan haar residenten” van toepassing.

Artikel 4 “Wijze van prijsbepaling en prijsonderzoek” van de administratieve contractuele bepalingen van dit bijzonder bestek bepaalt onder meer :

“De opdracht is 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 procenten, voor levering franco en vrij van alle onkosten op de plaats van de levering.

Deze opgegeven vaste korting wordt op het inschrijvingsformulier eveneens voluit geschreven”.

In artikel 7 “Betalingsmodaliteiten” van de administratieve contractuele bepalingen wordt verwezen naar “globale facturen” door de leverancier “op te maken aan de vastgestelde netto prijzen, binnen de maand volgend op de levering” met daarbij een bijlage per patiënt met daarop onder meer de geleverde hoeveelheden uitgedrukt in verpakkingseenheden, de eenheidsprijzen en de “aan te rekenen remgelden waarop de vaste korting zal worden toegepast”.

Het bij dit bijzonder bestek gevoegde inschrijvingsformulier voorziet in een verbintenis van de inschrijver “tot de uitvoering overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van voornoemd bestek, van de in dit bestek beschreven opdracht, verminderd met een vaste korting van [korting voluit geschreven] berekend op grond van de hoeveelheden van de hiernavolgende inventaris, die werd onderzocht en aangevuld met de eenheidsprijzen, globale prijzen, gedeeltelijke sommen en BTW, ter verantwoording van het bedrag van [de] offerte”.

Deze inventaris “Leveringen geneesmiddelen aan de woon- en zorgcentra van het OCMW Evergem en aan haar residenten” is een opgave van de vermoedelijke bedragen van de jaarlijks door het OCMW te betalen remgelden voor zijn drie woon- en zorgcentra, in totaal 125.000 euro.

Artikel 8 “Gunning” van het bestek bepaalt onder meer dat, indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen, deze bij openbare aanbesteding dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende en dat voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte, de bevoegde overheid “rekening [houdt] met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen”. Wanneer zou worden vastgesteld dat verscheidene inschrijvers dezelfde laagste prijs hebben opgegeven, zal hun worden gevraagd een bijkomende korting in te dienen. Zijn er dan nog gelijke prijzen, dan wordt een loting gehouden.

2. In het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 augustus 2008 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 augustus 2008 wordt de aankondiging van deze opdracht bekend gemaakt. De daarin vermelde geraamde waarde van de opdracht zonder btw is 500.000 euro.

3. De inschrijvingen dienen te zijn ingediend tegen uiterlijk 12 november 2008 om 10 uur.

Er worden volgens het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen vijf inschrijvingen ingediend, onder meer door nv Patrona Pharma Group en door apotheek De Pannemaeker. Blijkens het voorgelegde inschrijvingsformulier ging deze laatste inschrijving eigenlijk uit van nv Lloydspharma Group, met zetel te Waver, Avenue Pasteur 2 en vertegenwoordigd door apotheker Sylvie Wauters, op haar beurt apotheker-titularis van Apotheek De Pannemaeker, Burgstraat 34 te 9000 Gent. Deze apotheek kondigt zich aan als een “divisie van Lloydspharma Group”. De begeleidende brief bij de inschrijving van apotheek De Pannemaeker vermeldt onderaan vetjes gedrukt als adres: Burgstraat 34 te 9000 Gent, alsook als maatschappelijke zetel het adres van Lloydspharma Group te Waver.

4. Eén inschrijver, namelijk Carette, namens de wachtdienst Groot-Evergem, geeft een korting van 15 % op alle medicatie zonder verdere beperkingen. De andere inschrijvers maken een onderscheid tussen terugbetaalbare en niet terugbetaalbare geneesmiddelen en/of geneesmiddelen boven en onder een bepaald bedrag waarbij de korting soms een vast bedrag is dan wel een percentage maar beperkt tot een bepaald bedrag.

Verzoekende partij biedt in het inschrijvingsformulier de volgende korting aan :

“* vijftientwintig procent op het te factureren bedrag,
* wat de dure geneesmiddelen betreft : korting geplafonneerd op 2,60 €”.

Uit de begeleidende brief blijkt dat het aldus gaat om “een globale korting die zal overeenkomen met 25 % van het te factureren bedrag geïndividualiseerd per patiënt” en dat “wat betreft de producten met beperkte marge (=dure niet terugbetaalde geneesmiddelen), [...] de korting geplafonneerd [zal] zijn op 2.60 € ”.

Nv Patrona Pharma Group omschrijft in haar inschrijvingsformulier de aangeboden korting als :

“Een korting van 10 % (tien procent) op factuur wordt toegestaan voor de niet-terugbetaalbare specialiteiten met een maximum van 5 € per doosje (btw incl.), gevolgd door een creditnota van 30 % (dertig procent) berekend op het netto bedrag van de factuur, met een maximum (cum) van 5 € per doosje (btw incl.)”.

In de begeleidende brief wordt bij de prijsbepaling gesteld :

“Een korting van 10 % (tien procent) op factuur wordt toegestaan voor de niet-terugbetaalbare specialiteiten (met een maximum van 5 € per doosje (btw incl.), gevolgd door een creditnota van 30 % (dertig procent) berekend op het netto bedrag van de factuur.

De modaliteiten voor de toekenning van de korting kunnen worden gewijzigd naargelang uw instructies zolang we binnen een wettelijk kader blijven.

Patrona Pharma Group verbindt er zich toe het regime van de derde betaler toe te passen.

Alle prijzen zijn inclusief verpakking, laden, overslag, overladen, vervoer, verzekering, inklaren, kosten van afleveren”.

Bvba Vitafarma omschrijft in haar inschrijvingsformulier de door haar aangeboden korting als :

“korting op terugbetaalde medicatie en toebehoren : eenendertig % = 31 %
korting op terugbetaalde dure medicatie en toebehoren : maximum drie euro
= € 3

(= publieksprijs > 25,43 €)

korting op niet terugbetaalde medicatie en toebehoren : eenendertig % = 31 %
korting op niet terugbetaalde dure medicatie en toebehoren : maximum drie euro
= € 3

(= publieksprijs > 25,43 €)”.

Cvba Vooruit omschrijft in haar inschrijvingsformulier de aangeboden korting als :

- “1. Een korting van 23,5 % (drieëntwintig en een half procent) op geneesmiddelen en farmaceutische producten zonder tussenkomst RIZIV onder de 25,43 € per product, berekend over de verkoopprijs, BTW niet inbegrepen.
2. Een korting van 20 % (twintig procent) op geneesmiddelen en farmaceutische producten met tussenkomst RIZIV, onder de 25,43 € per product, BTW niet inbegrepen.
3. Een korting van 2 € (twee euro) per product op geneesmiddelen en farmaceutische producten zonder tussenkomst RIZIV, die duurder zijn dan 25,43 € per product.
4. Een korting van 2 € (twee euro) per product op geneesmiddelen en farmaceutische producten met tussenkomst RIZIV, die duurder zijn dan 25,43 € per product”.

Deze kortingen worden, blijkens het proces-verbaal van de opening der inschrijvingen, bij de opening afgekondigd zoals geformuleerd in het inschrijvingsformulier en voorgelezen. Voor nv Patrona Pharma Group wordt daarbij de korting voorgelezen zoals geformuleerd in het inschrijvingsformulier zelf, dus met het maximum van 5 euro ook voor de 30 % korting. Voor verzoekende partij wordt voor wat zij in haar inschrijvingsformulier dure geneesmiddelen noemt,

verwezen naar medicatie duurder dan 25,43 euro en gesproken van een korting van 2,60 euro. Het inschrijvingsformulier zelf verwijst niet uitdrukkelijk naar dit drempelbedrag van 25,43 euro en spreekt van een geplafonneerde korting van 2,60 euro, wat dure geneesmiddelen betreft.

5. Verwerende partij maakt van de aangeboden kortingen een niet gedateerde vergelijkende tabel :

	Patrona	Vitafarma	Coop-vooruit	Wachtdienst	De Pannemaeker
Terugbetaalbaar - € 25,43	30 %	31 %	20 %	15 %	25 %
Niet-terugbetaalbaar - € 25,43	10 % + 30 % = 37 %	31 %	23,5 %	15 %	25 %
Terugbetaalbaar + € 25,43	30 %	€ 3,00/st	€ 2,00/st	15 %	€ 2,66/st
Niet-terugbetaalbaar + € 25,43	10 % (max. € 5,00/st) + 30 %	€ 3,00/st	€ 2,00/st	15 %	€ 2,66/st

6. Op 20 november 2008 beslist het comité WZC van verwerende partij de levering van geneesmiddelen aan de woon- en zorgcentra, hun residenten en aan de politieke vluchtelingen toe te wijzen aan nv Patrona Pharma Group, Henri Jasparlaan 135, 1060 Brussel over de periode vanaf 1 februari 2009 tot 31 december 2009 met de mogelijkheid de offerte te verlengen met driemaal een jaar. Er wordt een korting toegestaan van 30 %, op alle terugbetaalbare geneesmiddelen en voor de niet-terugbetaalbare geneesmiddelen wordt een gecumuleerde korting van 37 % toegestaan voor producten tot 50,00 euro. Ook zal “om enige verduidelijking worden gevraagd omtrent de formulering van de toegestane korting” en de definitieve toewijzing zal gebeuren op 18 december 2008.

Eerder wordt in de aanhef van deze beslissing vermeld dat alle inschrijvingen werden onderzocht op hun regelmatigheid en op hun prijsopgave (de verleende korting) en dat nv Patrona Pharma Group de hoogste korting toestond waarna de formulering op het inschrijvingsformulier wordt geciteerd. Tegelijk wordt vastgesteld dat in de bijlage bij het inschrijvingsformulier dezelfde tekst wordt vermeld maar zonder de laatste woorden (na de 30 %) “met een maximum (cum) van 5 € per doosje (btw incl.)” en wordt overwogen “dat het aangewezen is om, overeenkomstig het KB van 08/01/1996 art. 110 § 3 (overheidsopdrachten), en om latere betwistingen uit te sluiten hieromtrent meer verduidelijking te vragen” alsook dat het te dezen gaat om een openbare aanbesteding “waardoor de opdracht enkel en alleen op basis van de prijsbepaling (verleende korting) kan worden toegewezen”, in dit geval aan de inschrijver die de meeste korting verleent, waarna de door Patrona Pharma Group toegestane korting als volgt wordt samengevat :

“Terugbetaalbare producten	30 %
Niet-terugbetaalbare producten	10 % (max. 5€/product) + credietnota
	30 % = 37 %”.

7. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 26 november 2008 aan nv Patrona Pharma Group wijst verwerende partij op het verschil tussen de formulering van de aangeboden korting in het inschrijvingsformulier en in de bijlage daarbij en vraagt zij de formulering van de inschrijvingsprijs (verleende korting) te verduidelijken door per aangetekend schrijven en uiterlijk tegen 12 december 2008 “een duidelijke omschrijving van de ingediende prijzen (kortingen) te bezorgen, gestaafd door, voor iedere categorie, een aantal voorbeelden”.

8. In een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 4 december 2008 geeft nv Patrona Pharma Group de volgende omschrijving van de ingediende prijzen (kortingen) :

“Een korting van 10% (tien procent) op factuur wordt toegestaan voor de niet-terugbetaalbare specialiteiten (met een maximum van 5 € per doosje (btw incl.)), gevolgd door een creditnota van 30 % (dertig procent) berekend op het netto bedrag van de factuur.

De modaliteiten voor de toekenning van de korting kunnen worden gewijzigd naargelang uw instructies zolang we binnen een wettelijk kader blijven.

Patrona Pharma Group verbindt er zich toe het regime van de derde betaler toe te passen.

Alle prijzen zijn inclusief verpakking, laden, overslag, overladen, vervoer, verzekering, inklaren, kosten van afleveren.

Dus de maximum korting van 5 euro per doosje is enkel en alleen van toepassing op de niet-terugbetaalbare specialiteiten op de factuur Dit is niet van toepassing op de kredietnota van 30 %. Op deze kredietnota wordt de 30 % korting ook uitgesplitst per resident”.

In bijlage wordt een voorbeeldtabel gegeven. Daaruit blijkt dat er voor niet-terugbetaalbare producten een korting geldt van 10 % dadelijk op factuur (met een maximum van 5 euro) en een kredietnota van 30 % op het netto bedrag (dus na aftrek van de eerste korting), en voor terugbetaalbare producten een kredietnota van 30 % op de prijs mutualiteit.

9. De bestreden beslissing van 18 december 2009 luidt dan als volgt :

“Comite WZC 15/12/2008

3. Prijsofferte voor levering van geneesmiddelen aan de verschillende woon- en zorgcentra en aan de LOI's vanaf 01/02/2009 - toewijs na bevestiging formulering verleende korting (GS)

Gelet op de beslissing van het bijzonder comité voor het beheer van de woon- en zorgcentra van 20 maart 2008 (agendapunt 4) om een prijsofferte te organiseren voor de levering van geneesmiddelen aan de verschillende woon- en zorgcentra, haar residenten en aan de politiek vluchtelingen over de periode 2009 - 2012.

Gelet op de beslissing van het bijzonder comité voor het beheer van de woon- en zorgcentra van 20 november 2008 (agendapunt 5) waarbij om verduidelijking werd gevraagd omtrent de verleende korting door de firma Patrona uit Brussel. Overwegende dat de firma Patrona Pharma Group NV de hoogste korting toestaat en deze op zijn inschrijvingsformulier als volgt omschrijft :

‘Een korting van 10% (tien procent) op factuur wordt toegestaan voor de niet-terugbetaalbare specialiteiten met een maximum van 5€ per doosje (btw incl.) gevolgd door een creditnota van 30% (dertig procent) berekend op het netto bedrag van de factuur, met een maximum (cum) van 5 € per doosje (btw incl.)’

Overwegende dat het aangewezen is om, overeenkomstig KB van 08/01/1996 art. 110 § 3, en om latere betwistingen uit te sluiten hieromtrent meer verduidelijking te vragen.

Overwegende dat de firma Patrona, in zijn brief van 04 december 2008, de korting als volgt heeft geherformuleerd :

‘Een korting van 10% (tien procent) op factuur wordt toegestaan voor de niet-terugbetaalbare specialiteiten met een maximum van 5 € per doosje (btw incl.) gevolgd door een creditnota van 30% (dertig procent) berekend op het netto bedrag van de factuur.

De modaliteiten voor de toekenning van de korting kunnen gewijzigd worden naargelang uw instructies zolang we binnen een wettelijk kader blijven.

Patrona Pharma Group verbindt er zich toe het regime van de derde betaler toe te passen.

Alle prijzen zijn inclusief verpakking, laden, overslag overladen, vervoer, verzekering, inklaren, kosten van afleveren.

De maximum korting van 5 euro per doosje is enkel en alleen van toepassing op de niet terugbetaalbare specialiteiten op de factuur. Dit is niet van toepassing op de creditnota van 30%. Op de creditnota wordt de 30% korting ook uitgesplitst per resident.

Overwegende dat het hier een openbare aanbesteding betreft waardoor de opdracht enkel en alleen op basis van prijsbepaling (verleende korting) kan worden toegewezen. In dit geval aan de inschrijver die de meeste korting verleend.

Overwegende dat de korting die ons door de firma Patrona Pharma Group wordt toegestaan als volgt is samen te vatten :

Terugbetaalbare producten	30%
Niet-terugbetaalbare producten	10 % (max €5/product) + credietnota 30 % = 37 %

Overwegende dat de andere inschrijvers volgende maximale kortingen kunnen toestaan :

	Vitafarma	Coop - vooruit	Wachtdienst	De Pannemaeker
Terugbetaalbaar - € 25,43	31 %	20 %	15 %	25 %
Niet-terugbetaalbaar - € 25,43	31 %	23,5 %	15 %	25 %
Terugbetaalbaar + € 25,43	€ 3,00/stuk	€2,00/stuk	15 %	€ 2,66/stuk
Niet-terugbetaalbaar + €25,43	€3,00/stuk	€2,00/stuk	15 %	€2,66/stuk

Gelet op de wetgeving inzake overheidsopdrachten.
Gelet op de bepalingen van de organieke OCMW-wet.

BESLUIT : met unanimité van stemmen.

Artikel 1 : De levering van geneesmiddelen aan de verschillende woon- en zorgcentra, haar residenten en aan de politiek vluchtelingen wordt toegewezen aan Patrona Pharma Group NV, Henri Jasparlaan 135, 1060 Brussel over de periode vanaf 01.02.2009 tot 31.12.2009 met de mogelijkheid de offerte te verlengen met driemaal een jaar, overeenkomstig de korting zoals vermeld op zijn inschrijvingsformulier”.

10. Met een blijkens de poststempel op 19 december 2008 aangetekend verzonden brief (zelf 18 december 2008 gedateerd) aan “Apotheek De Pannemaeker Burgstraat 33 9000 Gent” deelt verwerende partij mee dat op 18 december 2008 is beslist “om, op basis van de gunningscriteria zoals vermeld in het bestek 10/2008, deze opdracht aan een andere firma toe te wijzen.” Verder wordt vermeld “Ingevolge artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 kan het dossier ter plaatse geraadpleegd worden na telefonische afspraak [...] vanaf 29 december 2008 tot

19 januari 2009. Beroep tegen deze beslissing dient te worden aangetekend bij de Burgerlijke rechtbank in kortgeding (1^{ste} aanleg) of voor de Raad van State”.

Deze brief wordt door de Post teruggezonden met de vermelding “niet afgehaald”.

11. Een tweede kennisgeving wordt op 13 januari 2009 aangetekend verzonden, thans met kennisgeving van ontvangst, en op dezelfde manier geadresseerd en is volgens de nota verzonden op vraag van verzoekende partij die wist dat haar door verwerende partij een schrijven was gericht zonder dat zij dit had afgehaald. Die brief werd blijkens de dagtekening op het ontvangstbewijs ontvangen op 14 januari 2009.

De exceptie

12. De verwerende partij werpt in een exceptie op dat verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

13. 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.

14. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert verzoekende partij in een *enig middel* de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de motiveringsplicht en “van de artikelen 15 en 62 overheidsopdrachten-wet”.

In de eerste plaats betoogt zij dat de prijsbepaling in artikel 4 van het bijzonder bestek, meer bepaald de bepaling “De inschrijvers zullen een vaste korting op het aan te rekenen remgeld opgeven uitgedrukt in procenten, voor levering franco en vrij van alle onkosten op de plaats van de levering.” strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de artikelen 15 en 62 van de overheidsopdrachtenwet omdat deze bepaling dermate weinig gedetailleerd werd opgesteld dat het verwerende partij onmogelijk is om met afdoende zekerheid en op controleerbare wijze de laagste regelmatige offerte te kiezen.

Zij wijst erop dat alle inschrijvers een volledig verschillende invulling aan die bestekbepaling gaven : een inschrijver gaf één enkel percentage op, andere inschrijvers maakten een onderscheid tussen terugbetaalbare en niet terugbetaalbare geneesmiddelen, verscheidene inschrijvers werkten met vaste forfaits (korting per stuk) en nv Patrona Pharma Group geeft een weinig transparante kortingsregeling met een combinatie van kortingspercentages, kostenforfaits en kredietnota's. Verzoekende partij stelt dat noch uit de bestreden beslissing, noch uit de brief van 18 december 2008 kan worden afgeleid waarom de offerte van deze laatste, met haar specifiek kortingsregime, goedkoper zou zijn dan de andere offertes met andere kortingsregimes, hetgeen een schending is van de motiveringsplicht.

Zij meent dat een en ander onvermijdelijk is aangezien het bestek overduidelijk niet toestaat om een objectieve vergelijking te maken van de offertes opdat de laagste regelmatige offerte zou kunnen worden gekozen. Het bestek of het inschrijvingsformulier hadden een voor elke inschrijver identiek kortingsregime moeten opleggen opdat eenieder op een vergelijkbare wijze zou hebben ingeschreven. Door dit niet te doen is er schending van het gelijkheidsbeginsel evenals van de ingeroepen wetsbepalingen.

Volgens verzoekende partij miskent verwerende partij aldus ook het zorgvuldigheidsbeginsel dat betekent dat een overheid bij het nemen van een besluit alle relevante factoren en omstandigheden moet afwegen die haar toelaten om de [sic :] “economisch meest voordelige offerte” te kiezen.

15. Verwerende partij citeert de prijsbepaling en stelt dat deze zeer duidelijk is waarbij zij de vereiste opgave van een vaste korting op het aan te rekenen remgeld, uitgedrukt in procenten benadrukt. Het feit dat sommige inschrijvers in bepaalde gevallen - namelijk op dure geneesmiddelen boven 25,43 euro - geen kortingen in procenten wensen op te geven om zo de hoge winstmarges te kunnen

behouden op die dure geneesmiddelen, en zich niet naar de bepalingen van het bestek wensen te schikken, maakt het bestek niet onwettig. Verwerende partij stelt dat zij deze praktijken kent en dat dit juist de reden was waarom in het bestek werd opgenomen dat de korting moest worden uitgedrukt in procenten. Zij dient er immers voor te zorgen dat zij globaal en in alle omstandigheden de meest gunstige voorwaarden voor de levering van geneesmiddelen kan krijgen.

16. In de mate dat in het enig middel de schending wordt ingeroepen van artikel 62 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, betreft het middel een te dezen niet toepasselijk artikel, nu het te dezen niet gaat om een opdracht als bedoeld in boek II van die wet waarvan dit artikel deel uitmaakt, namelijk een opdracht in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Overigens betreft dit artikel 62 de technische specificaties en normen, hetgeen vreemd is aan de inhoud van het enig middel. Op dat punt lijkt het middel bijgevolg niet ernstig.

17. Indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen, dient deze opdracht bij aanbesteding, zoals te dezen, overeenkomstig artikel 15, eerste lid, van de voormelde wet van 24 december 1993 “toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, op straffe van een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van deze opdracht”. Voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte houdt de bevoegde overheid, naar luid van artikel 15, tweede lid, “rekening met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen”.

Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan waarom de door haar bekritiseerde en hiervoor aangehaalde bestekbepaling onvoldoende gedetailleerd is om op zorgvuldige wijze en met gelijke behandeling van de inschrijvers de laagste regelmatige offerte te bepalen, d.w.z. te dezen de inschrijving met de hoogste vaste korting op het aan te rekenen remgeld uitgedrukt in procenten. Deze bestekbepaling zou geen probleem stellen indien alle inschrijvers de korting hadden uitgedrukt als een dergelijke vaste korting uitgedrukt in procenten.

Aldus lijkt in de huidige stand van het geding niet te kunnen worden aangenomen dat deze prijsbepaling op zich in geen geval toeliet op een zorgvuldige en met het gelijkheidsbeginsel verenigbare wijze en met afdoende zekerheid en op controleerbare wijze de laagste regelmatige offerte te kiezen.

De geciteerde prijsbepaling lijkt zulks echter juist wel te doen door de opgave van een vaste korting te eisen, uitgedrukt in procenten, hetgeen blijkens de nota tot doel had de opgave van vaste kortingen per stuk voor duurdere medicijnen te vermijden.

Verzoekende partij lijkt dit trouwens zelf te erkennen nu zij haar kritiek op deze bestekbepaling verbindt met de vaststelling dat de inschrijvers verscheidene kortingsmethoden gebruikten.

Aldus rijst de vraag of het bestek soms niet uitsluit dat in verschillende kortingen wordt voorzien voor verschillende soorten geneesmiddelen, in welk geval enkel de offerte van de Wachtdienst conform het bestek zou zijn.

Impliciet heeft verwerende partij echter alle inschrijvingen regelmatig geacht en aldus gemeend dat de gemaakte onderscheidingen en het gebruik door bepaalde inschrijvers van kortingen uitgedrukt in vaste bedragen per stuk de vergelijkbaarheid niet onmogelijk maakte, blijkbaar doordat zij deze bedragen kon omzetten in maximale kortingpercentages.

Er dient te worden vastgesteld dat deze omzetting in maximale kortingpercentages niet werd opgenomen in de gemotiveerde toewijzingbeslissing die de in de inschrijvingen vermelde percentages herneemt alsook de daarin vermelde vaste bedragen.

Tegelijk lijkt echter aangenomen te kunnen worden dat verzoekende partij, met de in die beslissing vermelde gegevens, voor die vaste bedragen, verbonden met geneesmiddelen die duurder zijn dan 25,43 euro, zelf de omrekening naar een maximumpercentage kon maken en aldus kon vaststellen dat haar kortingen (25 % en maximaal 10,22 % naar gelang het gaat om geneesmiddelen boven of onder 25,43 euro) in ieder geval lager waren dan deze van de nv Patrona Pharma Group die een korting geeft van 30 % op terugbetaalbare geneesmiddelen; ook voor niet-terugbetaalbare geneesmiddelen lijkt de korting van deze laatste, een korting van 10 % met een maximum van 5 euro per stuk op de factuur voor niet-terugbetaalbare geneesmiddelen plus een korting van 30 % op het saldo, hoger.

Aldus blijkt niet prima facie dat de invulling die aan die prijsbepaling werd gegeven van die aard was dat niet op een op zorgvuldige en met het gelijkheidsbeginsel verenigbare wijze de laagste regelmatige offerte werd bepaald zoals vereist door artikel 15 van de overheidsopdrachtenwet.

Verzoekende partij lijkt in het enig middel zoals in het verzoekschrift geformuleerd, evenmin te hebben aangetoond dat de opgegeven motivering haar niet in staat stelde te begrijpen om welke reden haar inschrijving niet goedkoper werd geacht dan deze van de gekozen inschrijver.

Overigens is er de vaststelling dat verzoekende partij bij kennisname van het bijzonder bestek het niet nodig vond ter zake opmerkingen te maken of in rechte te treden maar een offerte indiende en dus blijkbaar zelf aannam dat het mogelijk was voor het bestuur om op basis van het bestek op zorgvuldige en met het gelijkheidsbeginsel verenigbare wijze de laagste regelmatige offerte te bepalen.

18. Het enig middel is bijgevolg in zijn geheel niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
twaalf februari 2009, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.