

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 199.490 van 14 januari 2010
in de zaak A. 115.017/XII-3398.**

In zake : de NV AHP PHARMA,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. Bevernage,
kantoor houdende te Brussel,
Neerveldstraat 109

tegen :

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

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv AHP Pharma op 10 januari 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 12 november 2001 tot toewijzing van de levering van de percelen 1 en 3 van respectievelijk 30.000 en 120.000 doses entstoffen tegen meningokokken van serogroep-C aan de firma Baxter N.V. en van de beslissing van 12 november 2001 om deze percelen niet toe te wijzen aan verzoekster, medegedeeld bij brieven van die datum, in het raam van de algemene offerteaanvraag gepubliceerd op 3 augustus 2001 in het Bulletin der Aanbestedingen”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 14 maart 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 8 juli 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 8 september 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. Bevernage, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat J. Bosquet, die loco advocaat K. Ronse verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

Gelet op 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 schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de levering van entstoffen. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 augustus 2001. De aankondiging omschrijft de opdracht als de levering van een “geconjugeerd vaccin tegen meningokokken en serogroep C geschikt voor zuigelingen tot volwassenen”. De opdracht bestaat uit tien als volgt omschreven percelen :

“Perceel 1: 30 000 doses individueel verpakt.
Perceel 2: 60 000 doses individueel verpakt.
Perceel 3: 120 000 doses individueel verpakt.
Perceel 4: 180 000 doses individueel verpakt.
Perceel 5: 240 000 doses individueel verpakt.
Perceel 6: 30 000 doses in collectieve verpakking.
Perceel 7: 60 000 doses in collectieve verpakking.
Perceel 8: 120 000 doses in collectieve verpakking.
Perceel 9: 180 000 doses in collectieve verpakking.
Perceel 10: 240 000 doses in collectieve verpakking”.

2. Het bestek bepaalt het volgende inzake de gunningscriteria :

“A.9. Gunningscriteria voor de opdracht.

De toewijzing gebeurt op basis van volgende criteria :
- de kostprijs;

- de kwaliteit van de entstoffen;
- de garanties inzake de continuïteit van de leveringen;
- de garanties voor de bescherming van de koude keten;
- de aangeboden dienstverlening inzake geïnformatiseerd bestelsysteem en informatieverstrekking.

De criteria zijn vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid, waarbij de eerste twee criteria even belangrijk zijn”.

Daarnaast vermeldt het bestek nog :

“Voor de gunning wordt de levering van bovenvermelde entstoffen naar hoeveelheid en verpakkingsvorm als een afzonderlijk perceel beschouwd. De gunning kan toegewezen worden voor één of meer van deze percelen”.

Nog volgens het bestek moet op de verpakkingen worden vermeld dat de betrokken entstoffen niet mogen worden verkocht en dat ze gratis worden verdeeld door de Vlaamse Gemeenschap.

3. De offertes worden geopend op 28 september 2001. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen blijkt dat drie ondernemingen een offerte hebben ingediend :

- verzoekende partij voor de percelen 1 tot en met 5,
- de nv Baxter voor de percelen 1 tot en met 10,
- de vennootschap naar Italiaans recht S.p.A. Chiron voor de percelen 1 en 2.

4. Verzoekende partij richt op 1 oktober 2001 een schrijven aan verwerende partij waarin zij haar meedeelt dat “de twee andere bedrijven voor hun vaccin, dat waarschijnlijk wettelijk geregistreerd is, geen maximumprijs [hebben] bekomen van het Ministerie van Economische Zaken zodat deze vaccins heden niet wettelijk ter hand kunnen gesteld worden en uiteraard niet in aanmerking kunnen genomen worden voor een bestelling door de overheid”.

5. Op 11 oktober 2001 wordt een gunningsverslag opgesteld “Toetsing aan alle gunningscriteria voor de toewijzing van meningokokken-vaccins”. In dit verslag wordt ten eerste “geopteerd om een perceel van 120.000 doses en een perceel van 30.000 doses te gunnen”, zijnde respectievelijk de percelen 3 en 1. Vervolgens wordt uit de Argusanalyse “beslist” om beide percelen toe te wijzen aan de nv Baxter.

6. De bevoegde minister hecht -blijkbaar op 7 november 2001- haar akkoord aan een op 6 november 2001 gedateerde nota betreffende de toewijzing van de voormelde percelen van de opdracht aan de nv Baxter. Dit is de eerste bestreden beslissing.

7. Met een schrijven van 12 november 2001 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat die percelen “na evaluatie en vergelijking van de verschillende offertedossiers” aan de nv Baxter werd toegewezen.

Eveneens bij brief van 12 november 2001 wordt de nv Baxter door verwerende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

8. In een schrijven van 16 november 2001 aan verwerende partij herhaalt verzoekende partij het standpunt vertolkt in haar schrijven van 1 oktober 2001: het vaccin aangeboden door nv Baxter voldoet onder meer niet aan de “federale wetgeving [...] op het stuk van de prijsbepaling voor geneesmiddelen” en de opdracht mocht dan ook niet aan deze inschrijver worden toegewezen.

Op 19 november 2001 volgt nog een brief van verzoekende partij aan verwerende partij met dezelfde boodschap.

Bij brief van 27 november 2001 deelt de raadsman van verzoekende partij aan verwerende partij mee dat een kort geding zal worden ingeleid voor de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, “met het verzoek de uitvoering van de bestelling van NeiVac-C die de Vlaamse Overheid bij Baxter heeft geplaatst op te schorten”.

9. Verwerende partij antwoordt met een schrijven van 3 december 2001 dat “volgens geconsulteerde juristen [...] er geen bepalingen [zijn] die een gunning in de weg staan aan één van de ondernemingen die nog geen prijsbepaling heeft bekomen voor een geregistreerd vaccin”.

In een niet gedateerde brief brengt de minister van economische zaken het volgende advies uit aan verwerende partij inzake de “prijsbepaling van vaccins en overheidsopdrachten voor vaccinatiecampagnes” :

“Artikel 314 § 1 van de programmawet van 22 december 1989 bepaalt dat de prijzen van de nieuwe geneesmiddelen evenals de prijsverhogingen van de

bestaande geneesmiddelen onderworpen zijn aan de voorafgaande goedkeuring van de Minister van Economie. De geneesmiddelen die aan deze voorafgaande goedkeuring zijn onderworpen zijn de geneesmiddelen bedoeld in artikel 1 van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen, namelijk elke enkelvoudige of samengestelde substantie, aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten bij mens of dier. Men kan er dus van uit gaan dat bedoelde vaccins aan voorafgaande goedkeuring zijn onderworpen van de Minister van Economie.

Daarnaast is er het koninklijk besluit van 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en distributie in het groot en de terhandstelling van geneesmiddelen, dat voorziet in een verplichte vergunning van het Ministerie van Volksgezondheid voor farmaceutische specialiteiten.

Artikel 2 van het M.B. van 29 december 1989 betreffende de prijzen van de terugbetaalbare geneesmiddelen schrijft voor dat de prijsaanvraag wordt ingediend door de houder van de vergunning tot commercialisatie.

Zodra dus de producent houder is van deze vergunning, kan hij commercialiseren; de prijsvaststellingsprocedure staat daar helemaal los van, daar deze beïnvloed wordt door externe - socio-economische - factoren, zodat er aan de bepalingen van het M.B. van 29 december 1989 geen ander gevolg kan worden verbonden dan dat de aanvrager de prijs, zoals deze werd bepaald, slechts kan toepassen (factureren) zodra hij door het bevoegde ministerie is bepaald.

Aangezien artikel 6 van het M.B. van 29 december 1989 bepaalt dat de aanvrager (namelijk de houder van de vergunning tot commercialisatie) de toegelaten prijs slechts kan toepassen zodra hij de beslissing van de minister heeft ontvangen, is de prijsoriënterende bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken totaal vreemd aan de intrinsieke kenmerken van het product, die reeds het voorwerp uitmaakten van een controle door een ander departement (Ministerie van Volksgezondheid) en laat zij de toegestane vergunning onverlet.

Er zijn bijgevolg geen bepalingen die een gunning in de weg staan aan een van de ondernemingen die nog geen prijsbepaling heeft bekomen voor het vaccin”.

10. Het huidige annulatieberoep wordt ingesteld op 10 januari 2002.

11. Bij beschikking van 16 januari 2002 verklaart de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, zetelend in kort geding, de eis van verzoekende partij ontvankelijk, doch ongegrond.

De ontvankelijkheid van het beroep

12. Verwerende partij betwist met een *eerste exceptie* de ontvankelijkheid van het beroep *ratione temporis*.

In het auditorsverslag wordt deze exceptie niet aanvaard. Verwerende partij komt in haar laatste memorie niet op de ontvankelijkheid van het beroep terug en sluit zich “volledig” aan bij het auditorsverslag. Zij wordt dan ook geacht niet langer op de exceptie aan te dringen.

13. In een *tweede exceptie* werpt verwerende partij op dat het beroep tegen de tweede bestreden beslissing - de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij toe te kennen - niet ontvankelijk is.

In het auditorsverslag wordt vastgesteld dat deze exceptie de grond van de zaak betreft. Zoals hiervoor vastgesteld, komt verwerende partij in haar laatste memorie niet op de ontvankelijkheid van het beroep terug en sluit zij zich volledig aan bij het auditorsverslag. Er mag dan ook worden aanvaard dat zij de exceptie evenmin handhaaft.

De gegrondheid van het beroep

Uiteenzetting van het eerste middel

14. Het eerste middel van verzoekende partij luidt als volgt :

“Schending van de federale wetgeving betreffende de prijsbepaling voor niet terugbetaalbare en terugbetaalbare geneesmiddelen en entstoffen

Aangezien de federale prijzenreglementering inzake terugbetaalbare en niet terugbetaalbare geneesmiddelen de belangen dient van de patiënt die rechtstreeks -in geval niet terugbetaling door de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering- of gedeeltelijk rechtstreeks (‘remgeld’) en gedeeltelijk onrechtstreeks -via RSZ-bijdragen of belastingsgelden- in geval van (door de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering) terugbetaalbare geneesmiddelen, de prijs van een geneesmiddel betaalt;

Dat dit ook zo is waar geneesmiddelen door de overheid of een publiekrechtelijke instelling worden aangekocht via een begroting die door belastingsgelden is gespijsd;

Dat verweerster blijkens haar brief van 3 december 2001 aan verzoekster ten onrechte meent dat de bepaling van een maximum publieksprijs door de Minister van Economische Zaken voor zowel terugbetaalbare als niet-terugbetaalbare geneesmiddelen en entstoffen, betekent dat deze bepaling niet op de ‘overheid’ van toepassing is;

Dat met publieksprijs wordt bedoeld de maximum prijs die aan de patiënt mag worden aangerekend, ongeacht of deze prijs gedeeltelijk of geheel wordt vergoed, dan wel of het systeem van derde-betaler wordt toegepast;

Dat zonder maximum publieksprijs de kandidaten leveranciers van geneesmiddelen aan de overheid (bvb. ook aan een OCMW-ziekenhuis) een willekeurige prijs zouden mogen aanrekenen, hetgeen strijdig zou zijn met de bescherming van patiënt en consument;

Aangezien het Ministerieel Besluit van 28 december 1989 inzake de prijsbepaling voor niet-terugbetaalbare geneesmiddelen en ook artikel 314 §1 van de Programmawet van 22 december 1989 betreffende de prijsbepaling voor terugbetaalbare geneesmiddelen, getroffen in uitvoering van Richtlijn 9/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 geen uitzondering bevatten voor de prijsbepaling van geneesmiddelen en entstoffen die via openbare aanbestedingen of algemene offertevragen door publiekrechtelijke instellingen worden aangekocht;

Dat zulks bevestigd wordt in het advies van de Minister van Economische Zaken dat door verweerster in een kort geding procedure voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg op 26 december 2001 werd bijgebracht aangezien de Minister letterlijk schrijft :

‘Men kan er dus van uitgaan dat bedoelde vaccins aan voorafgaande goedkeuring zijn onderworpen van de Minister van Economie’

Dat vaststelling van de Minister wordt vastgeknoopt aan de bepaling van artikel 314 §1 van de programmawet van 22 december 1989 inzake de verplichte voorafgaande goedkeuring van de prijzen van nieuwe terugbetaalbare geneesmiddelen evenals de prijsverhogingen van bestaande geneesmiddelen door de Minister van Economische Zaken;

Dat de Minister erop wijst, zoals verzoekster heeft gesteld in haar brieven van 1 oktober, 16 november en 19 november 2001 en in haar dagvaarding in kort geding van verweerster betekend op 30 november 2001 (Stuk ..) dat ook entstoffen onder bovenvermelde bepaling vallen bij toepassing van artikel 1 van de wet van 25 maart 1964;

Aangezien de Minister van Economische Zaken weliswaar een onderscheid maakt tussen de bepalingen van het Koninklijk Besluit van 6 juni 1960 betreffende de fabricage en distributie in het groot en de terhandstelling van geneesmiddelen die afhangt van een vergunning van het Ministerie van Volksgezondheid enerzijds en de prijzenwetgeving anderzijds, om te oordelen dat er geen bepalingen (zijn) die een gunning in de weg staan aan een onderneming die nog geen prijsbepaling heeft bekomen voor een door de Minister van Volksgezondheid vergund geneesmiddel;

Dat dit onderscheid uiteindelijk zonder belang is aangezien een leverancier van entstoffen deze slechts kan factureren indien hij over een door de Minister van Economische Zaken bepaalde maximum publieksprijs beschikt en de overheid er geen belang bij heeft om een bestelling te plaatsen bij een kandidaat leverancier die de bestelling niet kan factureren, tenzij dit een onrechtstreekse manier is om een gratis levering te bekomen ...;

Dat het belang van een maximum publieksprijs in het oog springt nu in deze bewezen is dat verzoekster een offerte met de laagste prijs heeft ingediend en de andere kandidaten, waarschijnlijk bij gebrek aan prijsreferentie in België, een hogere prijs hebben aangeboden;”.

15. In haar memorie van wederantwoord is het opschrift van het eerste middel gewijzigd naar “overtreding van de federale prijzenwetgeving en de gunningscriteria vermeld in het bestek van 3 augustus 2001”. Daarbij herhaalt verzoekende partij over zeven niet nader gestructureerde bladzijden haar argumenten uit het verzoekschrift en voegt zij er aan toe dat de overheid de plicht heeft om zorgvuldig met belastinggelden om te gaan en dat verwerende partij te dezen “zonder enige rechtvaardiging [heeft] gekozen voor de duurste oplossing”.

Zij beklemtoont dat verwerende partij “geen wettelijke basis [heeft] om middels een algemene offertevraag een vaccin te bestellen waarvoor de producent of invoerder (N.V. Baxter) de prijskenningsgevingsprocedure niet heeft toegepast” en benadrukt dat “entstoffen, zelfs diegene die geleverd worden in het kader van een procedure inzake een algemene offerteaanvraag, vanwege de minister van Economische Zaken een maximum publieksprijs moeten hebben verkregen vooraleer ze op de markt kunnen gebracht worden”.

Voorts betoogt verzoekende partij dat verwerende partij de voorwaarden van haar eigen bestek heeft geschonden. Hiertoe betoogt zij in essentie dat, hoewel in het bestek de prijs als eerste gunningscriterium wordt vooropgesteld, verzoekende partij alsnog voor een duurdere entstof heeft gekozen dan deze aangeboden door verzoekende partij. Ten slotte voert verzoekende partij nog de schending aan van het gelijkheidsbeginsel door te stellen dat “alle partijen die deelnemen aan een procedure inzake een algemene offerteaanvraag overeenkomstig de wetgeving inzake overheidsopdrachten gerechtigd [zijn] om te worden behandeld op voet van gelijkheid”. Het gelijkheidsbeginsel zou te dezen zijn geschonden doordat verwerende partij “een ontoelaatbaar onderscheid” heeft gemaakt tussen “enerzijds, die kandidaat leveranciers die de inspanning en uitgaven hebben gedaan om een complex dossier voor te bereiden en in te dienen met het oog op het bekomen van een maximum publieksprijs voor een entstof, en, anderzijds, die kandidaat leveranciers die wachten tot ze de opdracht hebben verkregen en de bestelling mogen factureren alvorens de federale prijzenwetgeving na te leven”.

16. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij bij hetgeen zij nu het eerste onderdeel van het middel noemt dat, aangezien een geneesmiddel “niet kan verkocht en gefactureerd worden tenzij de minister van economische zaken vooraf de publieksprijs die het farmaceutische bedrijf wil toepassen, heeft aanvaard”, de overheid ook geen geneesmiddelen mag aankopen - op welke wijze

ook - waarvan de prijs niet vooraf door de federale minister van Economische Zaken is bepaald, ook wanneer die overheid zich voorneemt het geneesmiddel gratis te verspreiden.

Wat betreft de in het auditoraatsverslag als onontvankelijk beschouwde uitbreiding van het eerste middel -naar schending van “de federale prijzenwetgeving van 22 januari 1945” en van de gunningscriteria-, in laatste memorie door verzoekende partij als het tweede onderdeel van het middel aangemerkt, betoogt verzoekende partij dat zij in het inleidend verzoekschrift haar grieven heeft gestoeld op “de volledige (complexe) prijzenreglementering die na de tweede wereldoorlog in België tot stand is gekomen” en dat zij in haar memorie van wederantwoord “de schendingen van deze diverse bepalingen [heeft] ‘verduidelijkt’ en niet ‘uitgebreid’”. Bovendien deed zij dit “in antwoord op het verweer van de tegenpartij” en “[loopt] de schending van de gunningscriteria door verweerster [...] als een rode draad door het verzoekschrift”. Zij besluit dat zij de grieven aangevoerd in het tweede onderdeel handhaaft.

Beoordeling van het eerste middel

17.1.1. Luidens artikel 2, § 1, 3/, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, dient een verzoekschrift tot nietigverklaring een uiteenzetting van de middelen te bevatten. Onder middel wordt volgens vaste rechtspraak van de Raad van State verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van een geschonden rechtsregel en van de wijze waarop die rechtsregel door de bestreden beslissing wordt geschonden.

Zoals te dezen gebeurt, wordt in het middel aan de Raad van State gevraagd om zelf de schending van “de federale wetgeving” of zoals het in de laatste memorie wordt erkend van “de volledige (complexe) prijzenreglementering” te onderzoeken, waarbij de Raad in de hiervoor geciteerde uiteenzetting slechts één concrete rechtsbepaling vindt, die door de verzoekende partij als voldoende duidelijk geschonden wordt aangemerkt, namelijk artikel 314, §1, van de programmawet van 22 december 1989.

17.1.2. Dit artikel 314, §1, luidt als volgt :

“De prijzen van de nieuwe geneesmiddelen evenals de prijsverhogingen van de bestaande geneesmiddelen zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de Minister”.

Deze bepaling behoort tot titel VI van de betrokken programmawet. Artikel 313, §1, van diezelfde titel van diezelfde wet verduidelijkt het toepassingsgebied van deze Titel als volgt :

“De bepalingen van titel VI zijn evenwel enkel van toepassing op de geneesmiddelen en gelijkgestelde voorwerpen, apparaten en substanties, aangenomen voor terugbetaling in het raam van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, of waarvoor de aanneming zal worden aangevraagd”.

Het opschrift van titel VI luidde eveneens : “Prijsvaststelling van de in het raam van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering terugbetaalbare geneesmiddelen”. De in het geding zijnde bepaling betreft dus geneesmiddelen die aan de patiënt worden terugbetaald. Het vaccin dat het voorwerp van de opdracht uitmaakt wordt evenwel gratis door verwerende partij ter beschikking van de bevolking gesteld. Noch de patiënt, noch het RIZIV dient aldus iets te betalen. Hier past dan ook het besluit dat het geschonden geachte artikel 314 te dezen niet van toepassing is.

17.1.3. Het eerste middel is in de besproken mate niet gegrond, nu het gesteund is op de miskennis van een rechtsbepaling die te dezen niet van toepassing is.

17.2. Het “tweede onderdeel” van het eerste middel, dat voor het eerst in de memorie van wederantwoord wordt opgeworpen, is niet ontvankelijk nu dit nieuwe onderdeel betrekking heeft op gegevens die verzoekende partij reeds kende van bij de indiening van het annulatieberoep - wat zij overigens niet betwist - en zij geen enkele omstandigheid aanvoert die haar zou hebben verhinderd om dit middel-onderdeel reeds in het inleidend verzoekschrift te ontwikkelen.

De stelling dat verzoekende partij het middel enkel heeft “verduidelijkt”, gelet op de “complexe prijzenreglementering”, wordt niet aanvaard vermits verzoekende partij in het betrokken onderdeel enerzijds de schending aanvoert van de gunningscriteria opgenomen in het bestek en anderzijds van het

gelijkheidsbeginsel, twee grieven die niet te herleiden zijn tot grieven gesteund op schending van de prijsreglementering.

De bewering dat “de schending van de gunningscriteria door verweerster [...] als een rode draad door het verzoekschrift [loopt]”, kan evenmin worden aanvaard, nu nergens in de libellering van het eerste middel in het inleidend verzoekschrift naar de gunningscriteria of de miskennis ervan wordt verwezen, noch expliciet, noch impliciet.

Het eerste middel is in de besproken mate niet ontvankelijk.

Uiteenzetting van het tweede middel

18. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “de bepalingen van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, meer in het bijzonder artikel 16 en artikel 115 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 ter uitvoering van deze wet, alsook van het Algemeen Bestek van 3 augustus 2001”.

Verzoekende partij werpt daartoe in de eerste plaats op dat hoewel verwerende partij een algemene offerteaanvraag heeft uitgeschreven, zij de opdracht niet heeft toegewezen aan verzoekende partij, “die nochtans de voordeligste regelmatige offerte indiende en daarenboven als enige kandidaat een regelmatige offerte indiende” aangezien de andere kandidaten geen entstof hebben aangeboden waarvoor door de Minister van Economische Zaken een maximum publieksprijs werd bepaald vóór 28 september 2001 - de laatste dag voor het indienen van een offerte.

Vervolgens stelt verzoekende partij dat verwerende partij de gunningscriteria “bepaald in artikel 9a van het Algemeen bestek van 3 augustus 2001” heeft miskend: hoewel de criteria prijs en kwaliteit door het bestek op gelijke voet worden geplaatst, blijkt uit het gunningsverslag “dat verzoekster de laagste prijs heeft geboden [...] en de door verweerster aanvaarde bieding van Baxter N.V. 6.166.600 BEF hoger ligt, terwijl de intrinsieke kwaliteiten van de entstoffen Meningitec (verzoekster) en NeisVac-C (Baxter N.V.) als intrinsiek gelijkwaardig worden bestempeld”. Bovendien vallen “geen enkele van de andere minder

belangrijke criteria” in het nadeel van verzoekende partij uit en kan zij haar vaccin vanuit België leveren, terwijl nv Baxter haar vaccin uit Nederland moet invoeren.

19. De laatstgenoemde, in het verzoekschrift summier verwoorde grief, wordt in de memorie van wederantwoord uitvoerig uitgewerkt : verzoekende partij betoogt dat “op geen enkele wijze [wordt] aangetoond en ook door verzoekster ten stelligste [wordt] betwist dat zij inzake ‘de continuïteit van levering’, het ‘niet-onderbreken van de koude keten’ en de efficiëntie van het geïnformatiseerde informatie- en bestelsysteem’ minder goed scoorde dan Baxter NV”. Zij wijst er op dat zij op het moment dat zij haar offerte indiende reeds belangrijke volumes van haar vaccin in België had geleverd en derhalve :

“(i) geen enkel probleem had om de continuïteit van de leveringen te waarborgen, (ii) uiteraard de koude-keten nooit onderbrak tussen punt van stockage en punt van levering van de entstof Meningitec, en, (iii) om het grote volume te kunnen leveren aan de apotheken en artsen via de groothandel, over een vlotwerkend informaticasysteem moest beschikken”;

dit in tegenstelling tot nv Baxter, die op datzelfde ogenblik volgens verzoekende partij nog niet in België op de markt was met haar vaccin NeisVac-C, en dus nog niet had bewezen of had kunnen aantonen dat zij “op deze criteria goed scoorde, laat staan beter dan verzoekster”.

Vervolgens brengt verzoekende partij het volgende aan :

“Verweerster brengt bovendien in de factor ‘kwaliteit’ een nieuw onderscheid aan tussen zogeheten ‘intrinsieke kwaliteit’ en ‘extrinsieke kwaliteit’ en betoogt dat daar waar verzoekster even goed scoorde op het stuk van de ‘intrinsieke kwaliteit’ zij minder goed scoorde op het stuk van de plots opgedoken ‘extrinsieke kwaliteit’ doordat zij geen voorgevulde spuit met entstof aanbood. Volgens verweerster was dit vereist doordat de entstof op grote schaal wordt toegediend”.

Beoordeling van het tweede middel

20.1. In de mate dat verzoekende partij opwerpt dat zij als enige een regelmatige offerte heeft ingediend vermits de andere kandidaten geen vaccin hebben aangeboden waarvoor “door de Minister van Economische Zaken een maximum publieksprijs werd bepaald”, is hiervoor, bij de bespreking van het eerste middel, reeds vastgesteld dat deze grief niet kan worden aanvaard.

20.2. Wat de beoordeling aan de hand van de gunningscriteria prijs en kwaliteit van de entstoffen betreft, gaat verzoekende partij er ten onrechte van uit dat de prijs, waarvoor zij het beste scoorde, het enige belangrijkste gunningscriterium was : de kwaliteit van de entstoffen was immers een even belangrijk criterium. Noch in haar summier middel in haar verzoekschrift noch in haar memories -gesteld dat zulks daar nog op ontvankelijke wijze kon- bekritiseert verzoekende partij de waardering zelf van prijs en kwaliteit, waarbij zijzelf voor prijs goedkoopst was voor de percelen 1 en 3, terwijl nv Baxter als “matig” (twee trappen lager) voor perceel 1 en “goedkoop” (één trap lager) voor perceel 3 werd aangemerkt. Inzake kwaliteit scoorde nv Baxter voor beide percelen “liefst wel” en verzoekende partij “eventueel wel” hetzij, twee trappen lager. Aldus is de grief uit het verzoekschrift niet aangetoond, namelijk dat deze twee gunningscriteria “zijn miskend”.

De grieven betreffende de andere gunningscriteria zijn pas in de memorie van wederantwoord ontwikkeld en dus niet ontvankelijk want laattijdig, nu niet blijkt dat ze ook al niet in het inleidend verzoekschrift konden worden aangebracht. Ten overvloede dient erop te worden gewezen dat in het auditorsverslag op gemotiveerde wijze deze grieven niet werden aanvaard en verzoekende partij in wezen in haar laatste memorie die conclusies niet weerlegt, maar haar memorie van wederantwoord herhaalt.

Het tweede middel is, voor zover ontvankelijk, in elk geval niet gegrond.

Uiteenzetting van het derde middel

21. Verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur - miskenning van het gelijkheidsbeginsel”.

Zij maakt in een niet gestructureerd betoog vervolgens melding van schendingen van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Zij herneemt daarbij argumenten die reeds in het eerste en tweede middel zijn aangebracht, meer bepaald de schending van “de prijzenwetgeving” en de gunningscriteria van het bestek, verwijst naar de volgehouden weigering op het gemotiveerd standpunt van

verzoekende partij te antwoorden, het “vaste voornemen om de levering in elk geval toe te wijzen aan één bepaalde leverancier” en de “de facto gratis levering van de entstof”.

22. In haar laatste memorie is het enige nieuwe element dat verzoekende partij aanvoert de volgende korte repliek op de bevindingen van het auditoraat, dat besluit tot niet-ontvankelijkheid van het middel omdat het niet als een rechtsmiddel kan worden aangemerkt :

“Verzoekster toont in dit derde middel aan dat verweerster de beginselen van behoorlijk bestuur heeft geschonden. Het feit dat zij hiervoor ook elementen aanhaalt die besproken werden in het eerste en het tweede middel doet niets af van het feit dat het vierde middel betrekking heeft op een schending van andere rechtsregels dan deze die in het eerste en het tweede middel werden ingeroepen”.

Beoordeling van het derde middel

23. Wat betreft de vermeende niet-naleving van “de prijzenwetgeving” en de vermeende miskenning van het bestek, voegt verzoekende partij niets toe aan hetgeen zij reeds in het eerste en tweede middel betoogde. Daaromtrent wordt verwezen naar de bespreking van het eerste en het tweede middel : dergelijke schendingen zijn niet aangetoond. In zoverre in het derde middel iets meer wordt gesteld dan in het eerste en tweede middel, toont verzoekende partij, in tegenstelling tot wat zij in haar laatste memorie beweert, in dit middel geenszins *in concreto* en met de vereiste nauwkeurigheid aan dat verwerende partij de geschonden geachte beginselen heeft miskend; verzoekende partij beperkt zich daarentegen tot een aantal niet nader gestaafde algemene stellingen.

Het middel wordt niet aanvaard.

Uiteenzetting van het vierde middel

24. In een vierde middel verwijt verzoekende partij het bestuur “inbreuk op het vertrouwensbeginsel - willekeur en rechtsonzekerheid - discontinuïteit van het bestuur”.

Zij onderbouwt dit middel door te wijzen op de “grote moeite” die verzoekende partij zich heeft getroost en de “grote kosten” die zij heeft gemaakt om “de federale prijzenwetgeving” na te leven. Zij mocht dan ook redelijkerwijze verwachten dat verwerende partij “de federale wetgeving niet met voeten zou treden” en de opdracht niet zou toewijzen aan een “kandidaat leverancier die de federale prijzenwetgeving niet wil naleven”. Deze houding van verwerende partij geeft aanleiding tot grote rechtsonzekerheid en “discontinuïteit van het bestuur”, nu zij op deze manier aangeeft dat “de federale prijzenwetgeving niet geldt voor de Vlaamse Gemeenschap”, dit in tegenstelling tot “Wallonië en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest”, zodanig dat “een bestelling van entstoffen die in Vlaanderen worden verdeeld maar in Wallonië of in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest worden gefabriceerd of van daaruit worden aangeleverd of gefactureerd, aan uiteenlopende wettelijke of reglementaire bepalingen zouden onderworpen zijn”.

25. In haar memorie van wederantwoord herneemt verzoekende partij vrijwel woordelijk het middel zoals het in het verzoekschrift was verwoord.

26. Het auditoraatsverslag besluit tot de niet ontvankelijkheid van het vierde middel : ook dit middel is “een herhaling van het gestelde in het eerste en tweede middel” en bevat eveneens enkel “algemeenheden” en “beweringen”, zonder precieze aanduiding van de wijze waarop de bestreden beslissing de geschonden geachte beginselen zou miskennen.

27. In haar laatste memorie voegt verzoekende partij niets wezenlijks toe aan dit middel behoudens een repliek op de bevindingen van het auditoraat die vrijwel dezelfde is als de repliek die reeds onder de bespreking van het derde middel werd aangehaald.

Beoordeling van het vierde middel

28. Wat betreft de vermeende niet-naleving van “de federale prijzenwetgeving” wordt verwezen naar de bespreking van het eerste middel. Voor het overige toont verzoekende partij, in tegenstelling tot wat zij in haar laatste memorie opwerpt, ook bij dit middel geenszins *in concreto* en met de vereiste nauwkeurigheid aan dat verwerende partij de geschonden geachte beginselen heeft miskend. Verzoekende partij beperkt zich daarentegen tot enkele loutere stellingen, die niet verder worden onderbouwd.

Het vierde middel wordt niet aanvaard.

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op veertien januari 2010, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.