

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.587 van 31 mei 2011
in de zaak A. 182.464/XII-5081**

In zake: 1. Lisl DE VILDER
2. CVBA VOORUIT Nr. 1
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Yannick De Smet
kantoor houdend te 9300 Aalst
Stationsstraat 10 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 april 2007, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Adviseur-generaal apotheker, directeur van de Centrale Apotheek van de Strafinrichtingen, Penitentiaire Gezondheidsdienst F.O.D. Justitie, [...] waarbij [...] de overheidsopdracht ‘[...] bereiding en aflevering van geneesmiddelen door een apotheek gevestigd in Gent of in een aangrenzende gemeente voor patiënten van de gevangenis te Gent’, voor een [...] onbekende duur, werd gegund aan apotheker J. Goormachtigh, te 9000 Gent, Kortrijksepoortstraat 249 en de impliciete weigering deze overheidsopdracht [...] aan [Lisl De Vilder en de cvba Vooruit nr. 1] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor verzoekende partijen en advocaat Yannick De Smet, die verschijnt voor verwerende partij zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De federale overheidsdienst Justitie, Penitentiaire Gezondheidsdienst, verstuurt aan “apothek Goormachtigh”, “apothek Goethals” en “apothek Vooruit”, dit is tweede verzoekende partij, een brief, gedagtekend op 20 november 2006, houdende een uitnodiging tot deelname aan een “project” waarbij een apothek aangewezen wordt om in de loop van het eerste semester van 2007 te starten met de volgende “te leveren dienst”: “het regelmatige bestellen bij de door ons aangeduide leveranciers ($\pm$ 3), nazicht van

de kwaliteit en de kwantiteit van de geleverde goederen, het klaarmaken, dagelijks afleveren en naar de gevangenis brengen van de geneesmiddelen voor de gedetineerde patiënten in de gevangenis te Gent in geïndividualiseerde pillendozen onderverdeeld voor vier innamen per [...] dag, op basis van het gepersonaliseerde voorschrift”.

3.2. Tweede verzoekende partij laat haar interesse blijken met een brief van 27 november 2006 en in een telefonisch onderhoud van 4 december 2006 gevolgd door een bevestigingsbrief en zij wijst de apotheek met als apotheker provisor eerste verzoekende partij aan als de apotheek die het “project” aanbelangt. Ook “apotheek Goormachtigh” laat interesse blijken.

3.3. Er is een “bestek van diensten” opgesteld waarin in hoofdzaak een technische beschrijving is opgenomen van de “gevraagde dienstverlening”. Blijkens een bij het bestek gevoegd ontwerp van “voorlopige overeenkomst” is er geen einddatum bepaald doch kunnen de partijen de overeenkomst opzeggen met een opzeggingstermijn van drie maanden. Voorts is er bij dit bestek, althans in de versie zoals in het administratief dossier opgenomen, een formulier gevoegd met de “selectiecriteria voor de lokale apotheken” en een puntentoekenningstabel.

3.4. Op 11 december 2006 worden de twee belangstellenden door de diensten van verwerende partij bezocht en blijkbaar beoordeeld aan de hand van de volgende “selectiecriteria voor de lokale apotheken” zoals opgenomen in de bijlage tot het bestek:

- of de titularis al dan niet eigenaar van de apotheek is (eigenaar 5 punten, geen eigenaar 0 punten),
- aantal apothekers (één apotheker 10 punten, twee apothekers 20 punten),
- ervaring met de levering van medicatie in de gevangenis/andere instelling (geen = 0, andere instelling = 10, gevangenis = 20),
- afstand apotheek - gevangenis (stad: 0-5 km = 10, 6-10 km = 5, + 10 km = 0 en platteland: 0-10 km = 10, 11-20 km = 5, + 20 km = 0),
- geschikte ruimte / oppervlakte (0-15) en
- verzekerde continuïteit gedurende het ganse jaar (ja of neen, neen betekent uitsluiting).

De beide apotheken krijgen wat het criterium “verzekerde continuïteit gedurende het ganse jaar” een “ja” en worden dus niet uitgesloten; de puntentoekenning op de andere criteria is als volgt:

	Maximum	Goormachtigh	Vooruit
Titularis eigenaar	5	5	0
Aantal apothekers	20	20	10
Ervaring	20	20	0
Afstand	10	10	10
Geschikte ruimte	15	15	15
TOTAAL	70	70	35

3.5. Met een brief van 18 december 2006 schrijft tweede verzoekende partij het volgende aan verwerende partij:

“In antwoord op uw schrijven van vrijdag 15 december jl. bevestigen wij u hierbij onze kandidatuur voor het klaarmaken en afleveren van geneesmiddelen aan de patiënten van de gevangenis van Gent vanuit onze apotheek gelegen Fr. Van Ryhovelaan 345 te 9000 Gent.

Zoals medegedeeld tijdens het gesprek van 11 december jl. dat wij eerder met uw diensten mochten hebben is onze apotheek op ongeveer 1,5 km verwijderd van de gevangenis, is de gevangenis vanaf onze apotheek vlot bereikbaar, is binnen de apotheek een afzonderlijke en geacclimatiseerde ruimte voorzien voor opslag van geneesmiddelen geleverd vanuit het centraal depot van het gevangeniswezen, wordt de voorraad van deze geneesmiddelen per computer continu bijgehouden, is altijd minstens één apotheker in de apotheek aanwezig (naar gelang de noodwendigheden wordt desnoods ook nog een apotheker vanuit de reserve toegevoegd), en kent de apotheek geen vakantiesluiting.

In de hoop dat u onze kandidatuur in overweging neemt, tekenen wij”.

3.6. Met een brief van 11 januari 2007 laat verwerende partij aan verzoekende partijen weten dat hun kandidatuur niet werd “weerhouden”.

3.7. Met een brief van 13 februari 2007 brengt verwerende partij de raadsman van verzoekende partijen de puntentoekenning op de “selectiecriteria” wat de beide apotheken betreft ter kennis.

Voorts schrijft verwerende partij:

“Uw cliënt scoorde met de gebruikte selectiecriteria 35/70 (zie rooster in bijlage):

- Apotheker L. De Vilder is geen eigenaar (0/5)
- Er is meestal slechts één apotheker in de vestiging aanwezig (10/20)
- Apotheker L. De Vilder heeft geen ervaring met het klaarzetten van medicatie voor patiënten in rusthuizen, in gevangenissen, ...”

3.8. Er wordt een voorlopige overeenkomst gesloten door verwerende partij en apotheker Goormachtigh, volgens verwerende partij op 15 januari 2007, datum niet vermeld op de overeenkomst, die ingaat op 5 februari 2007, waarbij bedongen wordt dat vanaf 1 juli 2006 de maandelijkse forfaitaire vergoeding voor de dienst vastgelegd wordt op 4.130,51 euro.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. De formele beslissing tot toewijzing van de opdracht aan apotheker Goormachtigh ligt besloten in een exemplaar van de puntentabel, opgenomen in het administratief dossier, waarbij de kandidatuur van apotheker Goormachtigh en die van verzoekende partijen worden beoordeeld op de “selectiecriteria” en dat ondertekend is door de adviseur-generaal apotheker J. Cornez en door medisch inspecteur F. De Smet; bij deze laatste naam wordt als datum vermeld 11 december 2006.

V. Onderzoek van het derde middel

Standpunt van de partijen

5. Verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 17, § 1, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van de materiële motiveringsplicht “wat de keuze van de gegadigde aangaat”.

De aanbestedende overheid dient de meest geschikte kandidaat te selecteren, “eventueel aan de hand van gezien ten opzichte van de inhoud van de opdracht, adequate selectiecriteria”. De keuze door de aanbestedende overheid

diende blijkbaar te worden gemaakt aan de hand van zes criteria; er werden er slechts vijf toegepast nu het pertinente criterium van de “verzekerde continuïteit” is weggevallen.

Volgende gehanteerde criteria zijn niet pertinent dan wel strijdig met het gelijkheidsbeginsel of met de vestigingsregeling voor apothekers *officina*:

- De omstandigheid of de titularis van de *officina* ook de eigenaar, dit is de houder van de vergunning, is;
- Het aantal apothekers in de *officina* in zoverre dit een criterium zou uitmaken dat verschillend is van het uitsluitingscriterium “verzekerde continuïteit”;
- De afstand apotheek / gevangenis gelet op de specifieke regelgeving vervat in artikel 26bis, § 1, van het koninklijk besluit van 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten dat bepaalt dat het verboden is aan een apotheker om een geneesmiddel door toedoen van een gemachtigde te overhandigen aan personen die in gemeenschap leven indien deze gemeenschap zich niet bevindt in de gemeente waar de apotheek gevestigd is of in een aangrenzende gemeente ervan.

Voorts wijzen verzoekende partijen erop dat op het criterium “ervaring” de apotheker Goormachtigh 20 punten krijgt en verzoekende partijen 0 punten. De ervaring die apotheker Goormachtigh heeft opgedaan als apotheker van de gevangenis kan slechts in aanmerking komen voor zover die op rechtmatige wijze verworven is, hetgeen niet blijkt.

Zij wijzen er ten slotte op dat zij functioneren als een keten van een dertigtal apothekersofficina's en dus een optimale informatica en maximale continuïteit kunnen bieden.

6. Verwerende partij antwoordt dat de selectiecriteria voorafgaand aan de kandidatuurstelling aan verzoekende partijen werden medegedeeld en dat er geen opmerkingen waren. Ze werden aldus aanvaard.

Het selectie criterium “continuïteit” werd als uitsluitingscriterium vooropgesteld. Geen van de kandidaten werd uitgesloten. Aan het criterium werd dus wel getoetst.

Deze continuïteit werd verder beoordeeld bij andere criteria namelijk het al dan niet eigenaar zijn en hoeveel apothekers er tewerkgesteld zijn. Daarop scoorden verzoekende partijen minder.

Wat de afstand betreft scoorden beide kandidaten gelijk; dit gaf dus geen doorslag.

Tenslotte wat het criterium van de ervaring betreft merkt verwerende partij op dat “[t]ot begin 2007 [...] de voorraad farmaceutische specialiteiten voor de gedetineerde patiënten door de verpleegkundige van de gevangenis [werd] besteld bij en wekelijks aangevuld vanuit de Centrale apotheek van de gevangenis van Vorst. In bepaalde gevallen is het perfect wettelijk om, onder 5.500 EUR, via de onderhandelingsprocedure, en door aanvaarding van factuur, kleine bestellingen te verrichten.”

7. Verzoekende partijen dupliceren dat verwerende partij geen zinnig antwoord geeft op de kritiek wat het criterium eigenaar zijn betreft; voorts verduidelijkt verwerende partij evenmin waarom het aantal apothekers per *officina* relevant is en niet bijvoorbeeld de personeelsbezetting.

Wat het criterium “ervaring” betreft blijkt de betere beoordeling van apotheek Goormachtigh op niets te berusten. Deze apotheek was helemaal niet de vaste apotheker van de gevangenis. Tot begin 2007 was de apotheek van de gevangenis van Vorst de leverancier. Zogenaamde kleine bestellingen zouden geplaatst zijn bij apothekers in het Gentse. Welke bestellingen dit zijn, de frequentie ervan, de belangrijkheid, de periode en zelfs de begunstigde apotheek worden niet verduidelijkt zodat het puntenverschil niet verantwoord is.

Beoordeling

8. Uit de gevolgde werkwijze bij de gunning dient te worden afgeleid dat aan de zogenaamde “selectiecriteria” die als bijlage gevoegd zijn bij het bestek, het volgende statuut dient te worden toegekend.

Het criterium “verzekerde continuïteit gedurende het ganze jaar” verschijnt als een uitsluitingscriterium; bij het antwoord “neen” werd de kandidaat immers uitgesloten.

Voor de beoordeling van de vijf overige criteria wordt in een puntentoekenning voorzien. Zij dienen dan ook te worden opgevat als gunningscriteria.

9. Verzoekende partijen betogen, enerzijds, dat bepaalde criteria niet pertinent zijn en, anderzijds, dat voor sommige criteria de beoordeling onjuist is. Het vaststellen van een bestek is een eenzijdige akte. Een verzoekende partij is gerechtigd de onwettigheid van een besteksbeplating aan te voeren ten aanzien van de toewijzingsbeslissing.

9.1. Het criterium “al dan niet eigenaar zijn” wordt door verwerende partij in verband gebracht met het nagaan van de continuïteit. Bij gebreke aan nadere uitleg van verwerende partij dient onder het begrip “verzekerde continuïteit gedurende het ganze jaar” in de eerste plaats te worden begrepen het open of gesloten zijn van de *officina*; voor de beide kandidaten was deze continuïteit in orde. Het “al dan niet eigenaar zijn” heeft geen door verwerende partij aangetoonde relevantie in dit kader. Op dezelfde vaststelling in het auditoraatsverslag heeft verwerende partij geen repliek gegeven. Er dient dan ook te worden aangenomen dat verwerende partij nalaat de pertinentie van dit criterium aan te tonen.

9.2. Ook het criterium “aantal apothekers” wordt door verwerende partij betrokken op het nagaan van de “continuïteit”. Terecht merken verzoekende partijen op dat dit criterium hoogst onvolmaakt naar deze continuïteit peilt; elementen als personeelsbezetting en het beschikken over een

reserve aan apothekers-provisoren door het functioneren als een keten van *officina's* zijn meer pertinente invullingen voor deze besteksbesogne. Minstens dient te worden aangenomen dat verwerende partij nagelaten heeft bij dit criterium tot een zorgvuldige beoordeling over te gaan doordat zij dit criterium heeft opgevat als enkel refererend naar het aantal apothekers van die bepaalde *officina*.

9.3. Wat het criterium “ervaring” betreft stelt de Raad van State vast dat de uitleg die verwerende partij in haar memorie van antwoord geeft niet toelaat aan te nemen dat apotheek Goormachtigh in het verleden bestellingen zou hebben ontvangen van de gevangenis van Gent. Er wordt enkel op gewezen dat voor deze gevangenis tot begin 2007 de voorraad aan farmaceutische specialiteiten voor de gedetineerden werd besteld en aangevuld vanuit de centrale apotheek van de gevangenis van Vorst en dat “in bepaalde gevallen [...] het perfect wettelijk [is] om, onder 5.500 EUR, via de onderhandelingsprocedure, en door aanvaarding van factuur, kleine bestellingen te verrichten”. Hieruit blijkt niet of deze apotheek wel geleverd heeft, hoeveel keer, voor welke bedragen of voor welke periode.

In die omstandigheden blijkt niet dat apotheek Goormachtigh dergelijke relevante ervaring heeft opgedaan dat zij het maximum van de te behalen punten kon verkrijgen.

10. De aangebrachte kritiek op het bestek en op de beoordeling van de offertes aan de hand ervan is terecht. De bestreden beslissing berust aldus niet op in feite en in rechte aanvaardbare motieven. De gunningsbeslissing is hierdoor dermate door onwettigheid aangetast dat zij vernietigd dient te worden.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 11 december 2006 van de adviseur-generaal apotheker, directeur van de Centrale Apotheek van de Strafinrichtingen, Penitenciaire Gezondheidsdienst, F.O.D. Justitie waarbij de overheidsopdracht “de bereiding en de aflevering van geneesmiddelen aan gedetineerde patiënten in de gevangenis van Gent door een apotheek,

eigenaar van de apotheek, die opengesteld is voor het publiek en gelegen is in Gent of in een aangrenzende gemeente van de gevangenis” wordt toegewezen aan apotheek Goormachtigh.

2. Verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 mei 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest