

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.539 van 27 november 2012
in de zaak A. 206.932/XII-7131**

In zake: de BVBA APOTHEEK PEETERS-PETIT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN MAASMECHELEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Paul Cox
kantoor houdend te 3600 Genk
Europalaan 50, bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst:

de cvba MULTIPHARMA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten François Tulkens en Heidi Bortels
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit [...] van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Maasmechelen dd. 22.10.2012 waarbij [...] beslist [wordt] om de opdracht voor

levering van medicatie via het systeem multidose toe te wijzen aan de firma Multipharma cvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 november 2012 heeft de cvba Multipharma gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 november 2012, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Wim Mertens verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Kristof Hermans, die loco advocaat Paul Cox verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten François Tulkens en Heidi Bortels, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij beslist op 26 juni 2012 een algemene offerteaanvraag uit te schrijven voor een aanneming van leveringen, kort omschreven als “levering van alle producten die in de apotheek kunnen worden verkregen met maximale bedeling via het systeem unidoses”.

De aankondiging van deze opdracht wordt op 27 juni 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 29 juni 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bijzonder bestek met referte EC/WW/2012.266 is van toepassing. Er wordt in bepaald dat de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ en het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, “alsmede de bijlage bij dit koninklijk besluit betreffende de algemene aannemingsvoorwaarden”, van toepassing zijn.

Het bijzonder bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“De uit te voeren levering betreft:

- Levering van alle producten die in de apotheek kunnen verkregen worden (incl. zuurstoftherapie) voor de residenten van het woonzorgcentrum Heyvis, Rijksweg 106 Maasmechelen met maximale bedeling via systeem unidoses; [h]et WZC Heyvis heeft 120 bedden (waarvan 76 RVT) + 4 bedden kortverblijf; Opmerking: bewoners behouden nochtans altijd de vrijheid hun medicatie op een andere manier aan te kopen.
- Idem maar voor de leveringen op ‘klassieke wijze’ tijdens de opstartfase en tijdens de gefaseerde overgang afdeling per afdeling van klassieke wijze belevering naar systeem multidoses.
- Levering van alle producten die in de apotheek kunnen verkregen worden voor algemeen gebruik in de instelling (woonzorgcentrum Heyvis).”

De opdracht wordt gegund voor een periode van 5 jaar en kan nadien stilzwijgend worden verlengd telkens voor een periode van één jaar.

De gunningscriteria worden als volgt vastgesteld:

“Het bestuur kiest bij toepassing van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende gunningscriteria (400 punten):

1. Kwaliteit van de dienstverlening (zie bijzondere bepalingen): 185 punten
 - a) Technische vereisten ivm te gebruiken softwareprogramma's; 25 punten
 - b) Ervaring 60 punten
 - c) Voldoen aan de voorwaarden mbt de aflevering van bestellingen; 25 punten
 - d) Voldoen aan een kwaliteitsvolle aflevering van de bestelde medicatie; 25 punten
 - e) Zekerheid van continuïteit in geval van onverwachte calamiteiten 25 punten
 - f) Verwerking administratie 25 punten
2. Aangeboden korting 150 punten
3. Eventueel gratis aangeboden opleiding aan personeel ivm geneesmiddelgerelateerde onderwerpen, apparatuur 20 punten
4. Gratis aangeboden materialen 25 punten
5. Zuurstoftherapie: voorstel formuleren 20 punten.”

Artikel 2 van het derde deel van het bestek bepaalt inzake de aangeboden korting:

“2. AANGEBODEN KORTING

2.1. De prijsbepaling gebeurt door het opgeven van een kortingspercentage op de vastgestelde prijzen. De inschrijver moet op de inventaris de korting opgeven uitgedrukt in procenten. Bij klassieke leveringen en bij leveringen via multidoses:

- voor alle geneesmiddelen zonder uitzondering: op het wettelijk vastgestelde remgeld. Indien hier beperkingen op zijn moet de inschrijver dit uitdrukkelijk vermelden;
- voor alle andere producten: op de vastgestelde kostprijs.

2.2. Indien er uitzonderingen zijn voor bepaalde producten of groepen van producten waarop de korting niet kan gegeven worden, moet dit uitdrukkelijk op het inschrijvingsformulier vermeld worden. Indien de apotheek geen uitzonderingen vermeldt zullen ook geen uitzonderingen worden aanvaard.

2.3. In de vastgestelde prijs van de producten min de opgegeven kortingen zijn alle kosten en lasten inbegrepen, hoe zij ook mogen worden genoemd.”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 20 augustus 2012. Verzoekende partij, Patrona, de cvba Multipharma en MSI dienen elk een offerte in.

3.4. Het economaat van verwerende partij stelt op 12 oktober 2012 een gunningsverslag op onder de vorm van een nota. Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd en de offertes getoetst aan de gunningscriteria.

De aangeboden korting wordt daarin als volgt beoordeeld:

“2. Aangeboden korting

Prijs is altijd een voornaam criterium bij aanbestedingen. Omdat de prijzen van de producten in apotheken (in principe ?) gelijk zijn werd gevraagd de korting te vermelden.

Als we de kortingen overlopen zien we dat enkel Multipharma een korting opgeeft zonder voorwaarden: 30%. De overige inschrijvers geven ook een kortingspercentage, maar beperken dit tot een maximum per verkocht product/doos. Het aftoppen van de korting betekent dat het opgegeven kortingscijfer niet altijd wordt gehaald. Verder is er op factuur een onderscheid tussen terugbetaalde en niet-terugbetaalde medicatie en in BTW-voet. Patrona hanteert een dubbele korting (zie beneden).

Overzicht opgegeven korting:

- Multipharma : 30%
- MSI: 25% met maximum € 3,50 per doos/product
- Peeters: 30% met maximum € 7,50 per doos/product
- Patrona: korting van 10% op niet-TB producten, gevolgd door een creditnota van 30% op het netto-factuurbedrag. In de praktijk betekent dit 37% op de niet-TB producten en 30 % op de rest met een maximum van € 4,16 per doos/product.

[...]

We hebben dan de hulp van apotheek [P.] ingeroepen die voor ons facturen, van WZC Zorgvlied heeft herafgedrukt met de kortingen en aftoppingen zoals opgegeven. Het resultaat van de kortingen in euro wordt zo - ten opzichte van het basisbedrag voor de berekening, excl. BTW € 2463,84 voor de twee afdelingen van WZC Zorgvlied - duidelijk meetbaar. De uiteindelijke kortingen zijn dan de volgende gebleken:

- Multipharma : 30,0000 % (blijft – geen aftopping opgegeven);
- Peeters: 28,8563 %;
- Patrona: 28,4668 %;
- MSI: 21,8046 %.

Waardering:

De grootste korting van 30% komt overeen met 150 punten. De andere kortingen worden volgens de regel van drie omgezet in punten (voor de

precieze berekening van de kortingen en dienovereenkomstige evaluatie: zie tabel ‘Overzicht kortingen’).”

Uit de bij dit verslag bijgevoegde tabel blijkt dat de offerte van verzoekende partij voor het gunningscriterium ‘aangeboden korting’ 144,28 punten krijgt en de offerte van verzoekende partij in tussenkomst 150 punten.

Uiteindelijk wordt een eindrangschikking opgesteld waaruit blijkt dat de offerte van verzoekende partij 360,78 punten krijgt en de offerte van verzoekende partij in tussenkomst 396 punten, telkens op 400 punten.

3.5. Op 22 oktober 2012 beslist verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan verzoekende partij in tussenkomst. Inzake het gunningscriterium prijs wordt er als volgt overwogen:

“Overwegende dat voor het gunningscriterium prijs aan de inschrijvers werd gevraagd een korting te vermelden op de prijzen; dat het onmogelijk is de exacte korting van de inschrijvers onderling te wegen aangezien slechts één inschrijver werkt met een kortingspercentage zonder voorbehoud en dat de drie andere inschrijvers werken met kortingspercentages met een maximumkorting per product; dat daarom aan een van de inschrijvers werd gevraagd een simulatie te maken, uitgaande van maandfacturen van een andere instelling waarbij telkens de opgegeven kortingen van de verschillende inschrijvers werden ingegeven in het softwareprogramma; dat aan de hand van deze simulatie het brutobedrag van de maandfacturen werd vergeleken met het netto te betalen bedrag;

Overwegende dat Multipharma, die 30% korting aanbiedt zonder beperking, het maximum van de punten behaalt, zijnde 150 punten; dat de korting van apotheek Peeters, eveneens 30% met een maximum van € 7,50 per product, in feite neerkomt op een werkelijke korting van 28,8563%; dat Peeters daardoor 144,28 punten behaalt; dat de korting van MSI, 25% met een maximum van € 3,50 per product in feite neerkomt op een werkelijke korting 21,8046%, dat MSI daardoor 109,02 punten behaalt; dat Patrona Met een korting van 10% op de niet-terugbetaalbare producten gevolgd door een korting van 30% op het nettofactuurbedrag met een maximum van € 4,16 per product in feite een werkelijke korting geeft van 28,4668% wat overeenkomt met 142,33 punten.”

3.6. Met een brief van 23 oktober 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij de “beslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn dd. 22 oktober 2012 [mee] om uw onderneming niet te selecteren om de opdracht uit te voeren”. De bestreden beslissing wordt bijgevoegd en er wordt vermeld dat “in toepassing van artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten” een wachtperiode van 15 dagen zal worden gerespecteerd.

IV. Tussenkomenst

4. De verzoekende partij in tussenkomenst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door verwerende partij en tussenkomenstde partij opgeworpen ontvankelijkheids-excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

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

7. Verzoekende partij gaat ervan uit dat de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie

en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van toepassing is. Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van beslissingen waarvoor deze wet van toepassing is, het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist; anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, een verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing van deze beslissingen volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Verwerende partij en tussenkommende partij evenwel merken op dat de wet van 24 december 1993 niet van toepassing is en dat verzoekende partij dan ook aan alle drie de schorsingsvoorwaarden van artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moet voldoen.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de toepasselijkheid van de wet van 24 december 1993 uitspraak te doen. Zoals hierna zal blijken wordt immers aan de grondvoorwaarde van het aanvoeren van ernstige middelen niet voldaan zodat hoe dan ook de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing niet kan worden ingewilligd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

8. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken’, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van het gelijkheidsbeginsel, van de artikelen 10 en 11 Grondwet, van artikel 101 van de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’,

van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het legaliteitsbeginsel en van het transparantiebeginsel:

“doordat de opdracht werd gegund aan een onregelmatige inschrijver omdat deze offerte strijdig is met essentiële bepalingen van het bestek en met de Wet Marktenpraktijken.

doordat de verwerende partij niet alle inschrijvers gelijk heeft behandeld aangezien de verwerende partij toestaat dat de gekozen inschrijver verkoopt met verlies.”

Wat het eerste onderdeel betreft benadrukt zij dat de inschrijvers krachtens het bestek zijn gehouden om prijs te geven mits het opgeven van een kortingspercentage. Het bestek bepaalt tevens dat, indien er uitzonderingen zijn voor bepaalde producten waarop de korting niet kan worden gegeven, dit krachtens het bestek uitdrukkelijk op het inschrijvingsformulier moet worden vermeld en dat, indien de apotheek geen uitzonderingen vermeldt, ook geen uitzonderingen zullen worden aanvaard. Het bestek, aldus verzoekende partij, kan enkel maar worden begrepen in de zin dat een opgegeven korting steeds in overeenstemming moet zijn met wetgeving van openbare orde, voorwaarde die inherent, zij het impliciet, behoort tot het bestek. De gekozen inschrijver, zo vervolgt verzoekende partij, heeft er als enige voor geopteerd om een korting te bieden van 30% zonder beperking en deze werkwijze heeft voor gevolg dat voor bepaalde producten tussenkomende partij zal verkopen met verlies, wat strikt verboden is volgens artikel 101 van de wet van 6 april 2010.

Verzoekende partij geeft hiervan vervolgens zes voorbeelden van producten en benadrukt met verwijzing naar rechtspraak over artikel 40 van de opgeheven wet van 14 juli 1991 ‘betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument’ dat dit artikel van openbare orde is. Zij betoogt dat overeenkomstig dit artikel elke verkoop met verlies verboden is, ook al betreft het slechts één enkel product, dat, als de globale winst verkregen wordt dank zij een verboden gezamenlijk aanbod, met deze winst geen rekening kan worden gehouden bij het nagaan of een verkoop met verlies is geschied en dat bij de beoordeling van een eventuele verkoop met verlies moet worden uitgegaan van elk product afzonderlijk.

Zij betoogt voorts dat bepaalde verkopen van tussenkomende partij aldus strijdig zullen zijn met de wet van 6 april 2010 en dat de gekozen inschrijver, doordat hij onmogelijk de openbare orde mag overtreden, voor bepaalde verkopen toch een plafonnering diende door te voeren. Het bestek bepaalt duidelijk dat indien er uitzonderingen zijn voor bepaalde producten waarop de korting niet kan worden gegeven, dit uitdrukkelijk op het inschrijvingsformulier moet worden vermeld. De offerte van de gekozen inschrijver voldoet niet aan deze essentiële bestekbepaling.

Hieruit volgt, aldus verzoekende partij, dat de offerte van tussenkomende partij onregelmatig was en dat de bestreden beslissing dienvolgens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft geschonden. Verwerende partij schendt ook het zorgvuldigheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel nu vaststaat dat de ingediende offerte van de gekozen inschrijver er toe leidt dat de wet van 6 april 2010 wordt geschonden.

In een tweede onderdeel betoogt verzoekende partij voorts dat verwerende partij niet alle inschrijvers gelijk heeft behandeld aangezien verwerende partij heeft toegestaan dat de gekozen inschrijver verkoopt met verlies. De overige inschrijvers konden deze mogelijkheid tot verkoop met verlies onmogelijk afleiden uit het bestek. Verwerende partij schendt hierdoor het gelijkheidsbeginsel en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, minstens het transparantiebeginsel nu deze mogelijkheid niet kan worden afgeleid uit het bestek.

Beoordeling

9. Los van het antwoord op de vraag naar de toepasselijkheid van de ingeroepen wetten van 24 december 1993 en van 6 april 2010 dient te worden opgemerkt dat het uitgangspunt van het middel is dat de gekozen inschrijver in bepaalde gevallen in strijd met artikel 101 van de wet van 6 april 2010 met verlies zal verkopen en dat die offerte dan ook onregelmatig is.

10. Verzoekende partij toont niet aan dat de diverse prijzen (aankoopprijzen en publieksprijzen van de zes producten) waarmee zij haar middel bepalend adstrueert, wat de zes geneesmiddelen betreft die tussenkomende partij met verlies zou verkopen, de effectieve prijzen zijn zodat niet wordt aangetoond dat tussenkomende partij hier met verlies zou verkopen. In dit licht ook lijkt de bewering van tussenkomende partij dat zij als groothandelaar lagere aankoopprijzen kan bedingen, niet geheel van waarheid gespeend.

Tussenkomende partij lijkt in haar verzoekschrift tot tussenkomst wel te erkennen dat de toepassing van 30 % korting op de prijs van drie van de zes van deze geneesmiddelen tot verkoop met verlies zou kunnen leiden. Zij wijst er echter onmiddellijk op dat zij in haar offerte weliswaar een korting van 30 % voorstelt op de gefactureerde prijzen doch evenzeer volgende clausule heeft vermeld die daadwerkelijk in deze offerte is opgenomen in tegenstelling tot wat verzoekende partij voorhoudt:

“Bovenvermelde korting is moduleerbaar naargelang uw wensen, maar steeds rekening houdend met de wettelijke vereisten inzake de toekenning van kortingen bij de verkoop van geneesmiddelen.
Deze prijsaanbieding houdt rekening met de wet van 6 april 2010, artikel 101, betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming.”

Deze vaststellingen volstaan *prima facie* om het eerste onderdeel van het enig middel niet ernstig te bevinden.

11. Ook in het tweede onderdeel van dit middel gaat verzoekende partij uit van de premisse dat verwerende partij de gekozen inschrijver toeliet met verlies te verkopen terwijl die mogelijkheid niet voldoende transparant uit het bestek bleek.

De vaststelling bij het eerste onderdeel dat dergelijke verkoop met verlies niet wordt aangetoond, volstaat om ook dit onderdeel niet ernstig te bevinden.

12. Het enige middel is in zijn geheel niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de cvba Multipharma tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

kamervoorzitter,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra