RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 228.055 van 11 juli 2014
in de zaak A. 212.836/XII-7685.

In zake : de NV MERCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Liesbeth Weynants en Jens Mosselsmans
kantoor houdend te 1040 Brussel
Nerviërslaan 9 - 31
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

De NV FERRING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Van Der Snickt
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juni 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 26 mei 2014 van de Raad van Bestuur van het Universitair Ziekenhuis van Gent, waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht met referentie EAO/MDS/cds/D34130365 voor een raamcontract voor de levering van gonadotropinen in twee percelen te gunnen aan de NV Ferring".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 juli 2014.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Liesbeth Weynants en Jens Mosselmans, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Jochen Vranckx, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Wendy Van Laethem, die *loco* advocaat Jan Van Der Snickt verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. De verwerende partij schrijft een open offerteaanvraag uit voor de levering van goederen (aankoop) met als voorwerp ‘Raamcontract leveren van gonadotropinen’. De opdracht wordt beschreven als: “Levering van Gonadotropinen aan de apotheek van het UZ Gent voor een periode van twee jaar met mogelijkheid maximaal verlengbaar voor de periode van twee maal één jaar. De opdracht bestaat uit verschillende percelen, die telkens afzonderlijk kunnen gegund worden. Voor alle percelen worden dezelfde gunningscriteria toegepast”. De percelen zijn ‘Humaan Menopauzaal Gonadotropine’ en ‘Gonadotropine met Follikel Stimulerend Hormoon activiteit’.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek EAO/MDS/cds/D34130365 en wordt geraamd op 4.480.000 euro btw inbegrepen. Zij wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 december 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 december 2013.

3.3. De gunningscriteria zijn
(1) "prijs" (/70),
(2) "gebruiksvriendelijkheid" (/20) en
(3) "service" (/10).

Wat betreft het gunningscriterium "gebruiksvriendelijkheid" wordt in het bijzonder bestek bepaald: "Dit criterium zal worden geëvalueerd aan de hand van de aflevervormen; aantal injecties per behandeling en de toedieningsvormen". Inzake het gunningscriterium "service" wordt gesteld: "Dit criterium zal worden geëvalueerd aan de hand van de modaliteiten voor spoedlevering; de wetenschappelijke ondersteuning onder de vorm van studies, literatuur, folders, bijsluiters, publicaties en de modaliteiten voor terugname van de geneesmiddelen bij nakend verval".

3.4. Op 6 januari 2014 grijpt een informatiesessie plaats.

3.5. De offertes worden geopend op 28 januari 2014. Er werden twee offertes ingediend voor perceel 1, waaronder die van de tussenkomende partij. Voor perceel 2 werden er drie offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en die van de tussenkomende partij.

3.6. In het gunningsverslag van 28 april 2014 wordt de volgende vergelijking gemaakt:

"Perceel 1 (Humaan Menopauzaal Gonadotropine)
Gunningscriterium nr. 1: Prijs
Beoordeling op 70 punten

	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen		0

	Ferring nv		6 1

Gunningscriterium nr. 2: Gebruiksvriendelijkheid
Beoordeling op 20 punten

	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen	Aflevervormen: Score 3/5 Aantal injecties: Score 3/5 Toedieningsvormen: Score 3/5	1 2
	Ferring nv	Aflevervormen: Score 3/5 Aantal injecties: Score 3/5 Toedieningsvormen: Score 3/5	1 2

Gunningscriterium nr. 3: Service
Beoordeling op 10 punten

	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen	Spoedlevering: Score 5/5 Wetenschappelijke ondersteuning: Score 4/5 Terugname bij nakend verval: Score 5/5	
	Ferring nv	Spoedlevering: Score 5/5 Wetenschappelijke ondersteuning: Score 4/5 Terugname bij nakend verval: Score 5/5	

Perceel 2 (Gonadotropine met Follikel Stimulerend Hormoon activiteit)
Gunningscriterium nr. 1: Prijs
Beoordeling op 70 punten

	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen		7 0
	Ferring nv		6 1
	Merck nv		5 8
	[…]		5 4

Gunningscriterium nr. 2: Gebruiksvriendelijkheid
Beoordeling op 20 punten

	Merck nv	Aflevervorm: Score 5/5 Aantal injecties: Score 3/5 Toedieningsvorm: Score 5/5	1 7
	[…]	Aflevervorm: Score 4/5 Aantal injecties: Score 3/5 Toedieningsvormen: Score 4/5	1 5

	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen	Aflevervormen: Score 3/5 Aantal injecties: Score 3/5 Toedieningsvormen: Score 3/5	1 2
	Ferring nv	Aflevervormen: Score 3/5 Aantal injecties: Score 3/5 Toedieningsvormen: Score 3/5	1 2

Gunningscriterium nr. 3: Service
Beoordeling op 10 punten

	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen	Spoedlevering: Score 5/5 Wetenschappelijke ondersteuning: Score 4/5 Terugname bij nakend verval: Score 5/5	
	Ferring nv	Spoedlevering: Score 5/5 Wetenschappelijke ondersteuning: Score 4/5 Terugname bij nakend verval: Score 5/5	
	Merck nv	Spoedlevering: Score 3/5 Wetenschappelijke ondersteuning: Score 4/5 Terugname bij nakend verval: Score 1/5	
	[…]	Spoedlevering: Score 1/5 Wetenschappelijke ondersteuning: Score 4/5 Terugname bij nakend verval: Score 3/5	

."

3.7. De finale rangschikking van de regelmatige offertes is in het gunningsverslag:

"Raamcontract leveren van gonadotropinen - Perceel 1 (Humaan Menopauzaal Gonadotropine)

	Ferring nv - korting bij samenvoegen van percelen	91
	Ferring nv	82

Raamcontract leveren van gonadotropinen - Perceel 2 (Gonadotropine met Follikel Stimulerend Hormoon activiteit)

	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen	91
	Ferring nv	82
	Merck nv	80
	[…]	74

."

3.8. In het gunningsverslag wordt voorgesteld perceel 1 te gunnen aan de tussenkomende partij voor vier jaar voor een bedrag van 1.785.379,20 euro, btw inbegrepen en perceel 2 te gunnen aan de tussenkomende partij voor vier jaar voor 1.217.304,00 euro, btw inbegrepen.

3.9. De raad van bestuur van de verwerende partij beslist, "na kennisneming van het voorliggend verslag van nazicht van de offertes [waarvan] de Raad van Bestuur zich de daarin opgenomen motieven eigen [maakt]", op 26 mei 2014 om het raamcontract voor het leveren van gonadotropinen in 2 percelen te gunnen aan de tussenkomende partij. Dit is de bestreden beslissing.

3.10. De verzoekende partij wordt bij aangetekende brief alsook per fax van 5 juni 2014 op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

3.11. De verzoekende partij stelt op 20 juni 2014 de thans voorliggende vordering in.

3.12. De verwerende partij stuurt op 1 juli 2014 "aan alle inschrijvers nieuwe kennisgevingsbrieven [...] waarbij ditmaal wel de integrale gemotiveerde gunningsbeslissing [...] wordt gevoegd".

IV. Tussenkomst

4. Het verzoek tot tussenkomst van de nv Ferring die begunstigde is van de bestreden beslissing wordt ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 15, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

Het volstaat dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel

Standpunten van de partijen

6. Een eerste middel is genomen uit de schending "van de artikelen 4 juncto 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' […], van de artikelen 2 en 3 van [de wet van] 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen [hierna: de motiveringswet], en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids-, transparantie- en

materieel motiveringsbeginsel, evenals het '*patere legem quam ipse feciste*'-beginsel".

In een eerste onderdeel van het middel betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing verwijst naar het gunningsverslag dat tot integraal deel van de beslissing wordt verklaard, en volledig de motivering onderschrijft van het gunningsverslag. Het gunningsverslag bevat echter uitsluitend een cijfermatige quotering zonder enige verduidelijking. De verzoekende partij kan dan ook niet met kennis van zaken nagaan of de cijfermatige quotering van de verwerende partij wordt gedragen door correcte feitelijke gegevens, en dit in vergelijking met de gekozen inschrijver. Meer in het bijzonder ontbeert elke motivering waarom de verzoekende partij op het gunningscriterium "service" slechts 5/10 scoort en op het gunningscriterium "gebruiksvriendelijkheid" 17/20. Aan de puntentoekenning moeten motieven ten grondslag liggen en die motieven dienen zichtbaar te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie. Minstens moet duidelijk zijn om welke redenen aan de offertes een bepaald aantal punten wordt toegekend zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de toekenning rechtmatig is gebeurd. Te dezen zijn de motieven van het gunningsverslag niet afdoende, nu de kenmerken en relatieve voordelen van de eerst gerangschikte inschrijver hierdoor niet nader worden toegelicht ten opzichte van deze van de verzoekende partij.

7. Zowel de verwerende als de tussenkomende partij werpen op dat de bestreden beslissing wel degelijk formeel en deugdelijk is gemotiveerd. De raad van bestuur heeft in de gemotiveerde gunningsbeslissing immers uitdrukkelijk bepaald dat die kennisneemt van het verslag van nazicht van de offertes en zich de daarin opgenomen motieven eigen maakt. Hierbij wordt verwezen naar de bijlage die op 1 juli 2014 werd opgestuurd naar alle inschrijvers. Er is enkel sprake van een gebrekkige kennisgeving en volgens vaste rechtspraak van de Raad van State tast een gebrek in de kennisgeving niet de wettigheid van de gunningsbeslissing aan.

In ondergeschikte orde verwijst de verwerende partij naar artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dat stelt dat de onregelmatigheden zoals opgesomd in artikel 14, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts aanleiding tot een nietigverklaring geven als ze een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, de betrokkene een waarborg hebben ontnomen of als gevolg hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden. Hetzelfde geldt voor de ernstige middelen die zijn vereist in het overheidsopdrachtencontentieux om een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te bekomen. De verwerende partij verwijst ook naar de rechtspraak inzake het belang bij het middel. Het enige voordeel dat de verzoekende partij uit een schending van de aangevoerde bepaling zou kunnen halen, is immers het bekomen van de inhoudelijke motieven voor de toegekende punten, en aansluitend hierbij een nieuwe beroepstermijn om deze motieven desgewenst te betwisten. Welnu, deze informatie is haar geboden, net zoals de bijhorende mogelijkheid. Daarenboven is het vaste rechtspraak dat op basis van een formeel motiveringsgebrek geen vernietiging kan worden bekomen, indien de verzoekende partij voorafgaand aan het inleiden van het vernietigingsberoep op een andere wijze kennis heeft kunnen nemen van de (formele) motivering. Nu het middel niet meer tot vernietiging aanleiding kan geven, kan het ook niet als een ernstig middel worden beschouwd.

Beoordeling

8. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt. Overeenkomstig artikel 4, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op wanneer ze een opdracht

gunt, ongeacht de procedure, die de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, bevat.

9. De gunningsbeslissing van 26 mei 2014, waarvan de verzoekende partij per aangetekende brief van 5 juni 2014 op de hoogte werd gebracht, verwijst naar het gunningsverslag en stelt dat de raad van bestuur van de verwerende partij zich de daarin opgenomen motieven eigen maakt. Zowel voor perceel 1 als perceel 2 wordt in de beoordeling van de gunningscriteria "gebruiksvriendelijkheid" en "service" enkel verwezen naar cijfers zonder enige woordelijke uitleg. De verwerende partij geeft zelf toe dat bij de kennisgeving "verkeerdelijk" niet de gemotiveerde gunningsbeslissing was gevoegd.

10. Een loutere puntentoekenning is in een procedure van offerteaanvraag geen afdoende motivering. De motieven die aan de puntentoekenning moeten ten grondslag liggen dienen zichtbaar te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie, doorgaans in woorden. Alleszins moet duidelijk geweten zijn waarom aan de offertes een bepaald aantal punten wordt toegekend, zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd. Tevens is vereist dat de quotering en de motieven overeenstemmen.

Op basis van het gunningsverslag dat bij de bestreden beslissing werd gevoegd, is het niet duidelijk waarom voor het gunningscriterium "gebruiksvriendelijkheid" de verzoekende partij evenveel punten als de tussenkomende partij behaalde voor "aantal injecties" noch waarom voor het gunningscriterium "service" de verzoekende partij minder behaalde voor "spoedlevering" en "terugname bij nakend verval" en evenveel punten voor "wetenschappelijke ondersteuning".

Aldus lijkt de bestreden beslissing niet te voldoen aan de vereiste motiveringsverplichting zoals opgenomen in artikel 4, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 of in de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet. In tegenstelling tot wat de verwerende partij voorhoudt, betreft dit geen louter probleem van kennisgeving, maar betreft dit een gebrek in de motivering van de bestreden gunningsbeslissing zelf zoals vereist door voormeld artikel 4, 8°, *juncto* artikel 5, 9° van de wet van 17 juni 2013.

11. Het feit dat het gunningsverslag achteraf werd bezorgd bij brief van 1 juli 2014, dit is meer dan een week na het instellen van de voorliggende vordering, lijkt de verzoekende partij haar belang bij dit middel niet te ontnemen.

Het doel van de formelemotiveringsplicht, zoals ook vervat in artikel 4, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013, lijkt immers uit te sluiten dat de verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechtsmiddel - meer bepaald een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid - heeft aangewend. In strijd met het oogmerk van de formelemotiveringsverplichting heeft de verzoekende partij zich over het instellen van de initiële vordering moeten beraden en haar grieven moeten formuleren zonder kennis te hebben van de motieven van de bestreden beslissing. Nu haar dan ook een waarborg werd ontnomen waarin de wetgever heeft voorzien, kan niet dienstig een beroep worden gedaan op artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

12. De verzoekende partij heeft belang bij het middelonderdeel. Dit middelonderdeel is bovendien ernstig zodat de gevraagde schorsing kan worden bevolen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Ferring tot tussenkomst in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 26 mei 2014 van de Raad van Bestuur van het Universitair Ziekenhuis van Gent, waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht met referentie EAO/MDS/cds/D34130365 voor een raamcontract voor de levering van gonadotropinen in twee percelen te gunnen aan de nv Ferring.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van elf juli 2014, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	staatsraad, wnd. voorzitter,

bijgestaan door

Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silvan De Clercq	**Eric Brewaeys**