

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.767 van 8 januari 2015
in de zaak A. 214.489/XII-7783**

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

tegen:

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

Tussenkommende 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 17 december 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 25 november 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 ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 december 2014 heeft de nv Ferring gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 januari 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Liesbeth Weynants en Arne Vandaele, die loco advocaat Jens Mosselmans verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Filip Lahaye en Jochen Vranckx, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Jan Van Der Snickt, die 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. Het Universitair Ziekenhuis Gent schrijft een open offerte-aanvraag 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. Deze opdracht bestaat uit verschillende percelen, die telkens afzonderlijk kunnen worden gegund. Voor alle percelen worden dezelfde gunningscriteria toegepast”. De percelen zijn “Humaan Menopauzaal Gonadotropine” en “Gonadotropine met Follikel Stimulerend Hormoon activiteit”.

3.2. Op de opdracht is het bijzonder bestek EAO/MDS/cds/D34130365 toepasselijk. De opdracht wordt geraamd op 4.480.000 euro, btw inbegrepen, en 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 “service” wordt vermeld: “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 opening van de offertes vindt plaats op 28 januari 2014. Er worden twee offertes ingediend voor perceel 1, waaronder die van de verzoekende partij tot tussenkomst. Voor perceel 2 worden er drie offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst.

3.6. In de offerte van de verzoekende partij is inzake het gunningscriterium “service” te lezen:

“3a) Spoedlevering
Bestellingen kunnen geplaatst worden van maandag tot vrijdag tussen 8.30 en 16.00.
Voor dringende leveringen:

Dringende leveringen die 's morgens besteld worden, kunnen nog dezelfde dag in de namiddag geleverd worden. Bij bestelling in de namiddag kan een dringende levering de volgende ochtend gebeuren.

[...]

Gewone leveringen gebeuren binnen de 48 uur.

[...]

Customer service

Bestellingen kunnen geplaatst worden van maandag tot vrijdag tussen 8.30 en 16.00

Gewone leveringen gebeuren binnen de 48 uur

Dringende leveringen

- 's morgens besteld, 's middags geleverd

- 's middags besteld, levering volgende ochtend.

[...]

Met deze flexibele en snelle leveringsservice kunnen wij de leveringen binnen de voorwaarden van de tender garanderen en op die manier ook terugnames vermijden”.

3.7. In het gunningsverslag van 28 april 2014 wordt voorgesteld perceel 1 te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst voor vier jaar voor een bedrag van 1.785.379,20 euro, btw inbegrepen, en perceel 2 te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst voor vier jaar voor 1.217.304 euro, btw inbegrepen.

3.8. De raad van bestuur van het Universitair Ziekenhuis Gent 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 twee percelen te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst.

3.9. De verzoekende partij wordt bij aangetekende brief en per fax van 5 juni 2014 op de hoogte gebracht van deze beslissing.

3.10. De verzoekende partij stelt op 20 juni 2014 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen deze beslissing in.

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

3.12. Bij arrest nr. 228.055 van 11 juli 2014 beveelt de Raad van State 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 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 verzoekende partij tot tussenkomst. De Raad overweegt:

“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".

3.13. Bij brief van 24 juli 2014 vraagt de verwerende partij of de verzoekende partij tot tussenkomst de voorwaarden van haar offerte handhaaft tot 31 oktober 2014, waarop op 25 juli 2014 bevestigend wordt geantwoord.

Bij brief van 25 september 2014 vraagt de verwerende partij of de verzoekende partij tot tussenkomst de voorwaarden van haar offerte handhaaft tot 31 december 2014, waarop op 29 september 2014 bevestigend wordt geantwoord.

3.14. De raad van bestuur van het Universitair Ziekenhuis Gent gaat op 29 september 2014 over tot intrekking van de gunningsbeslissing van 26 mei 2014, waarvan de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst bij brief van 17 oktober 2014 op de hoogte worden gebracht.

3.15. In het nieuwe gunningsverslag van 7 oktober 2014 wordt over het einde van de verbintenistermijn vermeld: “Aanvankelijk 27 juli 2014, verlengd t.e.m. 31 december 2014”.

Met betrekking tot het gunningscriterium “service” van perceel 2 is te lezen:

1	Ferring nv	<p>Spoelevering: Ferring beschikt over een wachtdienst 24/7. Spoeleveringen zullen gratis gebeuren. (normale kostprijs = XXX). Omdat de behandeling van de patiënten, zo nodig, ten allen tijde moet kunnen doorgaan, beschikt de dienst Reproductieve Geneeskunde van het UZ Gent over één wachtdienst – van artsen en vroedvrouwen – 7 dagen op 7. Mogelijkheid tot leveren buiten de diensturen is derhalve noodzakelijk. Daarom wordt de permanentie bij Ferring erg gewaardeerd.</p> <p>Wetenschappelijke ondersteuning: Ferring voegt een lijst toe met 465 studies. Hieruit werd een lijst van 43 unieke studies weerhouden. Drie klinische studies werden uitgevoerd in het UZ. Ferring biedt ook patiëntenbrochures en -educatie aan. Elke inschrijver geeft uitgebreide toelichting over de verschillende initiatieven op vlak van wetenschappelijke ondersteuning. De verschillende inschrijvers nemen niet allen dezelfde initiatieven, doch de voorgestelde wetenschappelijke ondersteuning wordt over het algemeen als gelijkwaardig en zeer goed beschouwd.</p> <p>Terugname bij nakend verval: Producten zullen worden teruggenomen en gecrediteerd tot 1 maand na vervaldatum. De terugname en creditering bij nakend verval worden als zeer positief beschouwd gezien de kosten van vervallen medicatie hierdoor worden geminimaliseerd.</p>	9
---	------------	---	---

		Besluit: de service wordt voor de firma Ferring als zeer goed beoordeeld en leidt tot een score van 9/10.	
2	Merck nv	<p>Spoedlevering: Dringende leveringen 's morgens besteld worden 's namiddags geleverd; 's namiddags besteld, levering volgende ochtend. Het ontbreekt aan mogelijkheden voor bestellingen en leveringen buiten de diensturen, tijdens weekends en feestdagen. Door dit tekort is de permanentie niet ten allen tijde gegarandeerd en wordt de voorgestelde levermodaliteit als minder toereikend beschouwd.</p> <p>Wetenschappelijke ondersteuning: lange traditie van wetenschappelijk onderzoek. Congresdeelname voor artsen en verpleegkundigen (1 invitatie voor ESHRE en 6 voor BSRM in 2014 en respectievelijk 2 en 6 in 2014). Sponsoring van clinical research; continuous medical education; Grant for Fertility innovation; SPOC's en uitgebreide informatie voor de patiënten.</p> <p>Elke inschrijver geeft uitgebreide toelichting over de verschillende initiatieven op vlak van wetenschappelijke ondersteuning. De verschillende inschrijvers nemen niet allen dezelfde initiatieven, doch de voorgestelde wetenschappelijke ondersteuning wordt over het algemeen als gelijkwaardig en zeer goed beschouwd.</p> <p>Terugname bij nakend verval: geen informatie te vinden over 'terugname bij nakend verval' waardoor dit element niet verder kan geëvalueerd worden.</p> <p>Besluit: de service wordt voor de firma Merck als middelmatig beschouwd wat een score van 5/10 verantwoordt.</p>	5

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

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

1a	Ferring nv - korting bij samenvoegen van percelen	91	€ 1.785.379,20
1b	Ferring nv	82	€ 2.055.891,20

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

1a	Ferring nv - korting bij samenvoegen percelen	91	€ 1.217.304,00
1b	Ferring nv	82	€ 1.401.744,00
2	Merck nv	80	€ 1.478.700,00
3.	X.	74	€ 1.590.000,00

Er wordt dan ook voorgesteld de beide percelen te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst.

3.16. De raad van bestuur van het Universitair Ziekenhuis Gent 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 25 november 2014 om het raamcontract voor het leveren van gonadotropinen in twee percelen te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst. Dit is de bestreden beslissing.

3.17. De verzoekende partij wordt bij brief van 2 december 2014 op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De nv Ferring blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. Te dezen is evenwel ook 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 toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet 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, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel is geput uit de schending “van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 57 juncto 104 van het Koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat indien de tussenkomende partij niet werd aangezocht om haar offerte gestand te houden of dat zij hiermee niet voorbehoudsloos instemde – wat wellicht het geval is bij gebreke aan enige vermelding in de gunningsbeslissing –, de opdracht werd gegund met miskenning van de artikelen 57 juncto 104 van het koninklijk besluit

van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’. Ook in het licht van het gelijkheidsbeginsel is het logisch dat het verzoek tot verlenging van de verbintenistermijn geschiedt vóór de gunning van de opdracht. Bij een verzoek na de gunning weet de gekozen kandidaat dat de niet-gekozen kandidaten een concurrentieel en valoriseerbaar nadeel lijden, wat kan meespelen bij de beslissing in hoofde van de gekozen kandidaat om de verbintenistermijn alsnog te verlengen.

Indien zou blijken dat er vóór de toewijzing van de gunningsbeslissing briefwisseling vanwege de verwerende partij zou bestaan en dat de tussenkomen de partij voorbehoudsloos instemde met het behoud van haar offerte, dan nog schendt de bestreden beslissing de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, doordat nergens wordt aangegeven dat het bestuur aan dit vereiste heeft voldaan.

Beoordeling

7. Artikel 57 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepaalt:

“De inschrijvers blijven verbonden door hun offerte, zoals eventueel verbeterd door de aanbestedende overheid, gedurende negentig dagen te rekenen vanaf de uiterste datum voor ontvangst. De opdrachtdocumenten kunnen een afwijkende termijn voorschrijven.

Vóór het verstrijken van de verbintenistermijn kan de aanbestedende overheid aan de inschrijvers een vrijwillige verlenging van deze termijn vragen, onverminderd de toepassing van de artikelen 103 of 104 in geval ze niet op dat verzoek ingaan bij aanbesteding of offerteaanvraag.”

Artikel 104 van voormeld koninklijk besluit bepaalt voorts:

“Als bij offerteaanvraag de eventueel verlengde verbintenistermijn verstrijkt zonder dat de opdracht is gesloten en de aanbestedende overheid in dit stadium geen toepassing maakt van artikel 35 van de wet, gaat ze als volgt te werk.

Vooraleer de opdracht te gunnen, vraagt de aanbestedende overheid schriftelijk aan de inschrijver in kwestie of hij instemt met het behoud van zijn offerte. Als die inschrijver daarmee schriftelijk en zonder voorbehoud instemt, gaat de aanbestedende overheid over tot de gunning en de sluiting van de opdracht.

Indien de inschrijver in kwestie slechts instemt met het behoud van zijn offerte mits hij een wijziging van zijn offerte krijgt, gebeurt de gunning en de sluiting van de opdracht met inbegrip van de gevraagde wijziging indien de inschrijver de wijziging verantwoordt op grond van omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan en de aldus gewijzigde offerte de economisch voordeligste blijft.

Als de inschrijver in kwestie niet instemt met het behoud van zijn offerte of de gevraagde wijziging niet gerechtvaardigd blijkt of de gewijzigde offerte niet de economisch voordeligste blijft, richt de aanbestedende overheid zich:

1° hetzij achtereenvolgens, volgens de rangschikking, tot de andere regelmatige inschrijvers. In dit geval zijn eveneens het tweede en derde lid toepasselijk;

2° hetzij tot al de andere regelmatige inschrijvers met de vraag hun offerte te herzien, op grond van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, om de opdracht vervolgens te gunnen en te sluiten op basis van de offerte die de economisch voordeligste is geworden. De aanbestedende overheid houdt mede rekening met de bij toepassing van het derde lid door de inschrijver in kwestie gevraagde al dan niet verantwoorde wijziging. In dit geval zijn de artikelen 50, 3°, 51, § 2, 57 en hoofdstuk 6 toepasselijk.”

8. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij op 25 september 2014 de tussenkomen de partij heeft verzocht of zij bereid was de voorwaarden van haar offerte te handhaven tot 31 december 2014, wat door de tussenkomen de partij op 29 september 2014 werd bevestigd, waarna op 25 november 2014 de bestreden beslissing werd genomen.

Aldus lijkt de verwerende partij overeenkomstig artikel 104, tweede lid, vooraleer de opdracht te gunnen, aan de inschrijver in kwestie wel degelijk schriftelijk te hebben gevraagd of hij instemt met een verlenging van de verbintenist ermijn en lijkt de tussenkomen de partij daarmee schriftelijk en zonder voorbehoud te hebben ingestemd, zodat de verwerende partij lijkt te hebben kunnen overgaan tot de gunning en de sluiting van de opdracht.

9. Volgens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ moet elke eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuursden of voor een ander bestuur, in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en moet die motivering “afdoende” zijn.

Bij brief van 2 december 2014 is aan de verzoekende partij medegedeeld om welke redenen zij finaal als tweede werd gerangschikt en inzonderheid waarom zij minder scoorde op het gunningscriterium “service” van perceel 2 dan de tussenkomen partij. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat deze overwegingen niet volstaan vanuit het oogpunt van de formelemotiveringsplicht. Zij betwist deze motieven overigens inhoudelijk in het tweede middel.

Daargelaten de vraag of de verwerende partij er toe is gehouden om op grond van de formelemotiveringsplicht te vermelden dat zij heeft voldaan aan de verplichting om na het verstrijken van de oorspronkelijke verbintenistermijn en vooraleer de opdracht te gunnen aan de inschrijver in kwestie, deze schriftelijk te verzoeken dat hij instemt met het behoud van zijn offerte – het lijkt te volstaan dat de naleving van deze verplichting kan blijken uit de gegevens van het dossier –, dient te worden vastgesteld dat alleszins van de verlenging van de verbintenistermijn melding werd gemaakt in het gunningsverslag.

10. Het middel is bijgevolg niet ernstig bij gebrek aan feitelijke grondslag.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Een tweede middel is geput uit de schending “van [...] artikel 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 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat wat betreft de beoordeling van het gunningscriterium “service”, er verkeerdelijk van uit wordt gegaan dat een spoedlevering is beperkt tot de werkweek, terwijl dergelijke levering ook in het weekend kan plaatsgrijpen. Ook wat betreft de

terugname bij nakend verval gaat de verwerende partij er verkeerdelijk van uit dat de offerte van de verzoekende partij ter zake geen informatie bevat. De verzoekende partij heeft immers in haar offerte melding gemaakt van snelle en flexibele leveringsdiensten, waarbij zij zich sterk maakt dat er geen terugnames zullen gebeuren ten gevolge van die dienstverlening. De bestreden beslissing stoelt dan ook op verschillende punten op een onjuiste feitenvinding waardoor ze onjuist is gemotiveerd.

Beoordeling

12. De verzoekende partij voert in dit middel in essentie grieven aan die de materiële motivering betreffen.

13. Het gunningscriterium “service” wordt volgens het bestek onder meer geëvalueerd aan de hand van de modaliteiten voor spoedlevering.

In haar offerte vermeldt de verzoekende partij onder punt “3a) Spoedlevering” dat “bestellingen kunnen geplaatst worden van maandag tot vrijdag tussen 8.30 en 16.00”, dat “dringende leveringen” die ’s morgens worden besteld nog dezelfde dag in de namiddag worden geleverd terwijl bij een bestelling in de namiddag een dringende levering de volgende ochtend kan gebeuren en dat “gewone leveringen [...] binnen de 48 uur gebeuren”. Tevens wordt onder “Customer service” in de offerte vermeld dat “bestellingen kunnen geplaatst worden van maandag tot vrijdag tussen 8.30 en 16.00”, gevolgd door de vermelding dat “gewone leveringen gebeuren binnen de 48 uur” en dat dringende leveringen “’s morgens besteld, ’s middags geleverd” worden of “’s middags besteld, levering volgende ochtend”.

14. Op het eerste gezicht kan hieruit enkel worden afgeleid dat bestellingen kunnen worden geplaatst “van maandag tot vrijdag”, dus tijdens “weekdagen” en dit zowel voor “dringende leveringen” als “gewone leveringen”.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij in haar verzoekschrift argumenteert – dat onder de rubriek “3a) Spoedlevering” in haar offerte een onderscheid moet worden gemaakt tussen “gewone bestellingen” op

weekdagen en “spoedleveringen” die niet zijn beperkt tot weekdays –, lijkt op het eerste zicht te moeten worden vastgesteld dat het in de offerte gemaakte onderscheid tussen beide enkel betrekking heeft op de leveringstijd, doch nergens lijkt te kunnen worden gelezen dat “dringende leveringen” zoals de verzoekende partij thans beweert “ook in het weekend kunnen plaatsgrijpen”.

Aldus toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de bestreden beslissing wat dit aspect betreft is gestoeld op een onjuiste lezing van de offerte van de verzoekende partij.

15. Het gunningscriterium “service” wordt volgens het bestek ook geëvalueerd aan de hand van de modaliteiten voor terugname van geneesmiddelen bij nakend verval.

In de offerte van de verzoekende partij wordt hieromtrent enkel aangegeven dat zij dankzij een “flexibele en snelle leveringsservice” terugnames kan “vermijden”, wat volgens het Groot woordenboek van de Nederlandse taal Van Dale inhoudt dat terugnames kunnen worden “voorkomen”.

Dit lijkt evenwel niet in te houden dat een terugname steeds kan worden belet. Bijgevolg lijkt de verwerende partij in het gunningsverslag terecht op te merken dat er in de offerte van de verzoekende partij geen informatie te vinden is over de modaliteiten van een eventuele terugname van geneesmiddelen bij nakend verval.

16. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden bij de beoordeling van het gunningscriterium ‘service’.

17. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

18. Een derde middel is geput uit de schending “van de artikelen 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, van de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het transparantiebeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat de verwerende partij de technische specificaties van perceel 1 volledig heeft uitgeschreven voor de tussenkomende partij. Doordat hierdoor slechts één onderneming een korting kon geven, ontstond er een ongerechtvaardigd competitief voordeel in hoofde van de tussenkomende partij, waardoor geen eerlijke mededinging is gegarandeerd. Zonder de korting te verdisconteren had de verzoekende partij op de eindbalans twee punten minder gehad dan de tussenkomende partij. Uit het tweede middel volgt dat de verzoekende partij meer punten had moeten krijgen op het gunningscriterium “service”, waardoor zij de opdracht had moeten verkrijgen.

Beoordeling

19. Uit de beoordeling van het tweede middel volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet heeft aangetoond dat zij een hogere score dan 5 op 10 moest verkrijgen op het gunningscriterium “service”.

Zelfs indien de korting voor het samenvoegen van de beide percelen niet wordt meegerekend, dan nog behaalt de tussenkomende partij op perceel 2 82/100 als eindscore, terwijl de verzoekende partij 80/100 behaalt. De verzoekende partij lijkt bijgevolg geen belang te hebben bij haar grief waarbij zij aanvoert dat de eerlijke mededinging is verstoord doordat gelet op de technische specificaties slechts één onderneming een offerte zou hebben kunnen indienen voor perceel 1 en bijgevolg als enige een korting kon aanbieden.

20. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

21. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Rechtsplegingsvergoeding

22.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

22.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, is krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige.

Dit artikel 67, § 1, bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.”

22.3. Er is aldus grond om met toepassing van deze bepaling te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Ferring 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 een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 januari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Johan Bovin