RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 229.821 van 15 januari 2015
in de zaak A. 214.527/XII-7787

In zake: de NV SANDOZ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kristof Roox

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 december 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing d.d. 25 november 2014 van de raad van bestuur van […] het Universitair Ziekenhuis Gent, met betrekking tot volgende percelen van de overheidsopdracht voor leveringen 'Raamovereenkomst leveren van antibiotica':
- de beslissing om perceel n° 5 (Amoxicillin & Clavulaanzuur – IV – 1g / 200mg) niet te gunnen bij gebrek aan conforme inschrijvingen;
- de beslissing om perceel n° 9 (Cefazoline) niet te gunnen bij gebrek aan conforme inschrijvingen;

- de beslissing om perceel n° 12 (Cefotaxim) toe te wijzen aan de [nv Sanofi Belgium] als firma met de enige regelmatige offerte;
- de beslissing om perceel n° 18 (Vancomycine) niet te gunnen bij gebrek aan conforme inschrijvingen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 januari 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Butenaerts en technisch raadgever Sophie Van Gheluwe, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Filip Lahaye en Jochen Vranckx, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 overheidsopdracht voor aanneming van leveringen uit. Het betreft een raamovereenkomst voor de levering van antibiotica aan de apotheek. De gunningswijze is een open offerteaanvraag.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 april 2014 en in het Europees publicatieblad van 10 april 2014.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek "Raamcontract leveren van antibiotica (EAO/MDS/SS/D34140036)".

Er zijn 30 percelen. Voorliggend geschil heeft betrekking op de gunning van de percelen:

- perceel n° 5 (Amoxicillin & Clavulaanzuur-IV-1g/200 mg)
- perceel n° 9 (Cefazoline)
- perceel n° 12 (Cefotaxim)
- perceel n° 18 (Vancomycine)

Het bestek omschrijft de opdracht als volgt:

> "Voorwerp van deze leveringen: raamcontract leveren van antibiotica.
> Toelichting: Leveren van antibiotica 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."

Er zijn drie gunningscriteria, namelijk de prijs op 50 punten, de kwaliteit op 35 punten en de service op 15 punten.

Voorts wordt in het bestek onder de bepaling "I.15 Specifieke verplichtingen" onder meer vermeld:

> "Voor wat de huidige prijsvraag betreft, zijn onderstaande aangeduide (*) artikels van toepassing
> […]
> (*) **documentatie van de aangeboden goederen bezorgen (min. 2 ex.)**
> […]
> (*) **latexallergie: bij uw offerte moet expliciet vermeld worden of uw product (inhoud, verpakking, diversen) latexvrij of latexhoudend is.**
> […]"

Onder de bepaling "I.19 Latexallergie" wordt vermeld:

> "Bij de offerte dient te worden vermeld of de materialen (product, verpakking, diversen) al dan niet LATEX bevatten."

Met betrekking tot de bepaling "I.6 Vorm en de inhoud van de offerte" wordt in het bestek onder meer bepaald:

> "De inschrijver maakt zijn offerte op in het Nederlands in **viervoud (1 origineel, 2 kopieën + 1 kopie op elektronische drager)** en vult de samenvattende opmeting of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier, dan draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met het formulier.
> […]
> De inschrijving en alle bijhorende documenten dienen te worden aangeboden met **een origineel** (met duidelijke vermelding: 'ORIGINEEL'), **2 kopieën** (met duidelijke vermelding: 'KOPIE') en **1 kopie op elektronische drager** (USB-stick of CD-ROM). De pagina's van de offertes dienen individueel eenvoudig toegankelijk te zijn, doch gebundeld door middel van een snelhechtmapje, ringmap, clipmap of gelijkwaardig medium. Het gebruik van paperclips, L-mapjes of documentatiehoezen wordt afgeraden. De bladzijden mogen ook niet afzonderlijk in een plastiek hoes worden gestoken. […]
> De technische specificaties van de aangeboden levering moeten duidelijk en gedetailleerd worden vermeld. De volledige documentatie dient te worden toegevoegd."

3.3. De openingszitting vindt plaats op 26 mei 2014.

Voor perceel 5 is er één inschrijver, namelijk de verzoekende partij, voor perceel 9 zijn er twee inschrijvers, namelijk de verzoekende partij en de bvba Mylan, voor perceel 12 zijn er twee inschrijvers namelijk de verzoekende partij en de nv Sanofi Belgium, voor perceel 18 zijn er twee inschrijvers, namelijk de verzoekende partij en de bvba Mylan.

3.4. Op 10 juli 2014 stuurt de verwerende partij een brief aan onder meer de verzoekende partij met de vraag tot mededeling van een aantal documenten:

> "Hierbij verzoeken wij u ons ten spoedigste en uiterlijk tegen 1/08/2014 de hierna vermelde documenten te bezorgen:
> - Verklaring betreffende de totale omzet van de onderneming van het boekjaar 2013
> - Bewijs beroepsaansprakelijkheidsverzekering
> - Attesten goede uitvoering
> - Graag ontvingen wij toelichting bij de geldigheid van de vergunningen van onderstaande percelen […]."

Bij e-mailbericht van 31 juli 2014 maakt de verzoekende partij aan de verwerende partij onder meer de jaarrekening van het boekjaar 2013 over, het bericht dat zij niet beschikken over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering maar wel over een burgerlijke aansprakelijkheidsverzekering en documenten in verband met de gevraagde vergunningen.

3.5. Bij brief van 12 augustus 2014 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij opnieuw bijkomende informatie:

> "Hierbij verzoeken wij u ons ten spoedigste en uiterlijk tegen 26 augustus 2014 de hierna vermelde documenten en toelichting te bezorgen:
> - Bewijs beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Een overschrijvingsformulier is niet voldoende.
> - Stabiliteit opgeven en aantonen via bijsluiter of stabiliteitsstudie voor aangeboden produkten in perceel 6 en 18
> - Info over latex van de verschillende aanbiedingen […]."

Bij e-mailbericht van 15 augustus 2014 bezorgt de verzoekende partij aan de verwerende partij enkel een verklaring van haar verzekerings-maatschappij met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid.

3.6. Op 6 november 2014 wordt een gunningsverslag opgemaakt. De verzoekende partij wordt geselecteerd.

Met betrekking tot het formeel nazicht van de offertes wordt aangaande de offerte van de verzoekende partij met betrekking tot de betwiste percelen het volgende opgemerkt:

Nr.	Naam	status	Opmerkingen
Perceel 5 (Amoxicillin & Clavulaanzuur – IV- 1 g/ 200 mg)			
1	Sandoz nv	Niet OK	Info over latex ontbreekt. Dit tekort werd opgevraagd maar de informatie werd niet ontvangen. Hierdoor is de offerte substantieel onregelmatig.
Perceel 9 (Cefazoline)			
2	Sandoz nv	Niet OK	Info over latex ontbreekt. Dit tekort werd opgevraagd maar de informatie werd niet ontvangen. Hierdoor is de offerte substantieel onregelmatig.
Perceel 12 (Cefotaxim)			
2	Sandoz nv	Niet OK	Info over latex ontbreekt. Dit tekort werd opgevraagd maar de informatie werd niet ontvangen. Hierdoor is de offerte substantieel onregelmatig.
Perceel 18 (Vancomycine)			
2	Sandoz nv	Niet OK	Info over latex en info m.b.t. stabiliteit ontbreekt. Deze tekorten werden opgevraagd maar de informatie werd niet ontvangen. Hierdoor is de offerte substantieel onregelmatig.

Als besluit van het formele en materiële nazicht van de offertes wordt vermeld:

Nr.	Naam	Motivering
Perceel 5 (Amoxicillin & Clavulaanzuur – IV- 1 g/ 200 mg)		
1	Sandoz nv	Substantieel onregelmatig wegens onvolledige offerte
Perceel 9 (Cefazoline)		
2	Sandoz nv	Substantieel onregelmatig wegens onvolledige offerte
Perceel 12 (Cefotaxim)		
2	Sandoz nv	Substantieel onregelmatig wegens onvolledige offerte
Perceel 18 (Vancomycine)		
2	Sandoz nv	Substantieel onregelmatig wegens onvolledige offerte

Het uiteindelijke voorstel tot gunning van de opdracht met betrekking tot de betwiste percelen luidt:

> "[…]
> Perceel 5 (Amoxicillin & Clavolaanzuur – IV- 1 g/200 mg) niet te gunnen wegens geen conforme inschrijvingen. […]
> Perceel 9 (Cefazoline) niet te gunnen wegens geen conforme inschrijvingen. […]
> Perceel 12 (Cefotaxim) te gunnen aan de firma met de enige regelmatige offerte, zijnde Sanofi Belgium nv […]
> Perceel 18 (Vancomycine) niet te gunnen wegens geen conforme inschrijvers. […]"

3.7. Op 25 november 2014 keurt de verwerende partij het gunningsverslag goed en gunt de opdracht voor de betwiste percelen zoals voorgesteld.

3.8. Bij brief van 5 december 2014 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de gunningsbeslissing waarbij de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig wordt verklaard. Bij deze kennisgevingsbrief wordt een afschrift van het gunningsverslag gevoegd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij brengt haar middel als volgt aan:

> "Enig middel, genomen uit de schending van artikel 95 van het K.B. van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti'.
>
> Eerste onderdeel
>
> Doordat de bestreden beslissing de door verzoekster ingediende offerte op formeel vlak substantieel onregelmatig heeft verklaard voor wat betreft de percelen n° 5, 9, 12 en 18 wegens het ontbreken van de gevraagde informatie over het latexvrij dan wel latexhoudend karakter van de door verzoekster aangeboden producten,
>
> Terwijl, bij de offerte van verzoekster nochtans wel degelijk een verklaring 'latex-vrij' gevoegd was, waarin bevestigd wordt dat alle injecteerbare antibiotica van verzoekster volledig vrij zijn van latex,

En doordat, de bestreden beslissing de door verzoekster ingediende offerte op formeel vlak substantieel onregelmatig heeft verklaard voor wat betreft perceel n° 18, mede wegens het ontbreken van de gevraagde informatie over de stabiliteit van het door verzoekster aangeboden product,

Terwijl, bij de offerte van verzoekster nochtans een bijsluiter was gevoegd van het antibioticum Vancomycine Sandoz 500 mg/1000 mg dat door verzoekster in het kader van perceel n° 18 aangeboden werd, waarin alle informatie omtrent de stabiliteit van het betrokken product vermeld staat,

Zodat, de bestreden beslissing in strijd met de stukken van het dossier en met de in het middel aangehaalde bepalingen heeft geoordeeld dat de informatie over latex en stabiliteit in de offerte van verzoekster ontbreekt, terwijl dergelijke informatie wel degelijk door verzoekster werd verstrekt en bij haar offerte werd gevoegd;

[…]

Tweede onderdeel

Doordat, de bestreden beslissing de door verzoekster ingediende offerte op formeel vlak substantieel onregelmatig heeft verklaard voor wat betreft de percelen n° 5, 9, 12 en 18,

Terwijl, in de hypothese dat de offerte van verzoekster zou aangetast zijn door een of andere formele onregelmatigheid, quod certe non, deze onregelmatigheid bij gebreke aan de schending van een essentieel voorschrift alleszins niet als substantieel kan aangemerkt worden in de zin van artikel 95, §2 van het K.B. van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren,

Zodat, de bestreden beslissing in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen ten onrechte als het ware automatisch en zonder [nadere] motivering de sanctie van de nietigheid en de wering van de offerte van verzoekster heeft toegepast […].”

6. De verwerende partij betoogt wat het eerste middelonderdeel betreft in essentie dat de latexvrijverklaring opgenomen was in de originele offerte, in offerte kopie 2 en in de offerte op de elektronische drager doch niet in de offerte kopie 1 en dat er geen bijsluiters bij de offerte waren gevoegd. Offerte kopie 1 werd door de verwerende partij overgemaakt aan de interne klant, namelijk de apotheek, die heeft vastgesteld dat de latexvrijverklaring ontbrak. Tevens ontbrak volgens de verwerende partij bij alle exemplaren de bijsluiter of de stabiliteitsstudie met de vereiste informatie omtrent de stabiliteit bij perceel 18.

Toen deze onvolledigheid van de offerte door de apotheek werd vastgesteld heeft de verwerende partij de verzoekende partij hierover bevraagd doch de verzoekende partij heeft geen antwoord gegeven zodat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij terecht als onvolledig mocht beschouwen. Ondergeschikt merkt de verwerende partij op dat de kwestieuze latexvrijverklaring overigens geen betrekking kan hebben op perceel 18 vermits dat perceel gaat over het antibioticum vancomycine terwijl de latexvrijverklaring enkel betrekking heeft op de antibioticagroepen penicilline en cefalosporine waartoe vancomycine niet zou behoren.

Inzake het tweede middelonderdeel betoogt de verwerende partij dat zowel de latexvrijverklaring als de stabiliteitsverklaring essentiële besteksvereisten zijn.

Beoordeling

7. De verwerende partij erkent dat de latexvrijverklaring in de originele offerte, in de offerte kopie 2 en in de offerte op de elektronische drager opgenomen was; zij brengt aan dat de verklaring ontbrak in offerte kopie 1, exemplaar dat bestudeerd werd door de interne klant, namelijk de apotheek. De verzoekende partij betwist dit en stelt dat de verklaring, waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen op de inventaris gevoegd bij de offerte, bij alle exemplaren van de offerte was gevoegd.

De verwerende partij laat echter na, zoals zij ter terechtzitting zelf erkent, offerte kopie 1 zoals ingediend door de verzoekende partij tijdens de gunningsprocedure neer te leggen in het administratief dossier en beperkt er zich toe wat die offerte kopie 1 betreft, een kopie van dit door de verzoekende partij neergelegd exemplaar bij te brengen.

In die omstandigheden toont de verwerende partij niet overtuigend aan dat de bewuste latexvrijverklaring ontbrak in offerte kopie 1 en

gaat de Raad van State ervan uit dat de verwerende partij niet aantoont dat haar vaststelling feitelijke grond heeft.

8. Wat de opmerking van de verwerende partij betreft dat de latexvrijverklaring geen betrekking kan hebben op perceel 18 moet worden vastgesteld dat de bewering ogenschijnlijk niet zonder grond lijkt. De bewering van de verwerende partij dat de verklaring expliciet de antibiotica penicilline en cefalosporine ("the packaging materials of all injectable penicillins and cephalosporins of Sandoz NV" of in vrije vertaling: "de verpakkingen van alle inspuitbare penicillines en cephalosporines van de nv Sandoz") lijkt te betreffen en het antibioticum van perceel 18 niet tot die groepen behoort, wordt niet overtuigend ter terechtzitting weerlegd door de verzoekende partij.

Aangezien de vereiste van het latexvrij zijn in het bestek tot tweemaal toe uitdrukkelijk wordt aangebracht en daarbij in vetjes wordt vermeld, en de bewering van de verwerende partij dat latexhoudende antibiotica een levensbedreigend risico kan vormen voor patiënten, wat de verzoekende partij niet overtuigend ter terechtzitting lijkt te weerleggen, neemt de Raad van State aan dat de verwerende partij op basis van het niet voldoen aan die besteksvereiste de onregelmatigheid van de offerte mocht vaststellen; de motivering dat de verklaring ontbreekt lijkt te volstaan.

9. Uit het voorgaande mag worden besloten dat de verwerende partij niet aantoont dat zij terecht heeft aangenomen dat de verzoekende partij geen latexvrijverklaring bij alle exemplaren van haar offerte heeft gevoegd maar wel aantoont dat deze verklaring geen betrekking lijkt te hebben op perceel 18.

In die omstandigheden is het middel in de besproken mate enkel ernstig wat de bestreden beslissing aangaande de percelen 5, 9 en 12 betreft en dient de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing in die mate te worden geschorst.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 25 november 2014 van de raad van bestuur van het Universitair Ziekenhuis Gent wat betreft het perceel n° 5 (Amoxicillin & Clavulaanzuur – IV – 1g / 200mg) namelijk het niet gunnen van dit perceel wegens geen conforme inschrijvingen, wat betreft perceel n° 9 (Cefazoline) namelijk het niet te gunnen van dit perceel wegens geen conforme inschrijvingen en wat betreft het perceel n° 12 (Cefotaxim) namelijk het gunnen aan de nv Sanofi Belgium die de enige regelmatige offerte heeft ingediend.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 januari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Pierre Barra**