

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 232.068 van 20 augustus 2015
in de zaak A. 216.525/XII-7918**

In zake: de NV M.D.D. PHARMA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leen De Vuyst en Jole Carlé
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN STAD KORTRIJK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart De Becker
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Loofstraat 39
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 juli 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het OCMW Kortrijk van 9 juli 2015 [...], waarbij het gunningsverslag en het pv van beoordeling gunningscriteria van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn onderschreven worden, en waarin bijgevolg de volgende gunningsbeslissingen zijn vervat: - de beslissing om de overheidsopdracht ‘Levering van geneesmiddelen, farmaceutische producten en verzorgingsproducten voor de woonzorgcentra van OCMW Kortrijk, Zwevegem, Harelbeke, Wervik en Avelgem’ te gunnen aan de [bvba] Distephar [...]; - de – impliciete – beslissing om de overheidsopdracht ‘Levering van geneesmiddelen, farmaceutische producten en verzorgings-

producten voor de woonzorgcentra van OCMW Kortrijk, Zwevegem, Harelbeke, Wervik en Avelgem’ niet te gunnen aan [de nv M.D.D. Pharma]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 augustus 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Leen De Vuyst en Jole Carlé, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Bart De Becker, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Kortrijk (hierna OCMW Kortrijk), dat luidens het bestek tevens optreedt als opdrachtcentrale voor OCMW Zwevegem, OCMW Harelbeke, OCMW Wervik en OCMW Avelgem, schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van geneesmiddelen, farmaceutische producten en -verzorgingsproducten voor de woonzorgcentra van OCMW Kortrijk, Zwevegem, Harelbeke, Wervik en Avelgem.

De opdracht heeft een looptijd van vijf jaar en wordt geraamd op 2.630.000 euro (btw niet inbegrepen). Er wordt gekozen voor de procedure van de open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 april 2015 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 29 april 2015.

3.3. De aankondiging bepaalt dat wie inschrijft op de opdracht daardoor verklaart zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden, zoals bedoeld in artikel 61, §§1 en 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren'.

Inzake de technische bekwaamheid worden de volgende vereisten gesteld:

- “Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:
- Een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen 3 jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De leveringen worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit heeft afgegeven of medeondertekend of, in geval van leveringen voor een particuliere afnemer, door attesten van de afnemer of bij ontstentenis eenvoudigweg door een verklaring van de leverancier. Er moet minstens 1 leveringscontract zijn aan een organisatie met gelijkaardig omvang als het OCMW Kortrijk. Dit wil zeggen met minstens 460 woonzorgcentrum-kamers.
 - Een beschrijving van de technische uitrusting, van de door de leverancier getroffen maatregelen om de kwaliteit te waarborgen. Uit deze beschrijving moet tevens blijken dat de continuïteit van levering kan gegarandeerd worden. De minimale eis is hiervoor de permanente beschikbaarheid van 2 medicatie robots in eigen beheer.
 - Opgave van de tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van zij die verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole. Er dienen minstens 2 apothekers in dienst te zijn, er dient een ICT ondersteuning aanwezig te zijn.
 - Afschrift van de verzekering burgerlijke aansprakelijkheid en bewijs van verzekering beroepsrisico's van de apotheek.
 - Erkenningsnummer en overeenkomst apothekers – verzekeringsinstellingen (RIZIV-conventie).

Eventuele minimumeisen:

Een geattesteerd leveringscontract aan een gelijkaardig zorgbedrijf met

minstens 460 woonzorgkamers.
 Permanente beschikbaarheid van 2 medicatierobots in eigen beheer,
 2 apothekers in dienst en ICT ondersteuning,
 bewijs van verzekeringen zoals vermeld,
 erkenningsnummer van de apotheek.

Als aan een van deze minimumeisen niet voldaan wordt of als de gevraagde attesten ontbreken, wordt de offerte geweigerd.”

3.4. In het bestek worden de gunningscriteria omschreven als volgt:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1.	Kwaliteit van de dienstverlening	45
	<p>Onder III.1 van de technische bepalingen staan de minimale eisen waaraan de kwaliteit van de dienstverlening dient te voldoen.</p> <p>De inschrijver kan aan de hand van een nota en flow charts, specifiek voor onze instellingen, voorstellen op welke manier hij zal werken om aan die kwaliteit van dienstverlening te voldoen.</p> <p>Na het indienen van de offerte zullen die conforme dienstverleners uitgenodigd worden om binnen een globaal tijdsbestek van 90 minuten hun dienstverlening uit te leggen tegenover het team van deskundigen. In die beschikbare tijd kan de dienstverlener uitleg geven over zijn kwaliteit van dienstverlening, zijn service van levering, materiële ondersteuning, vorming en kwaliteitsmanagement.</p> <p>Het team van deskundigen kan bijkomende vragen stellen over de farmaceutische aanpak.</p> <p>Het team van deskundigen geeft een gemotiveerde beoordeling met een score tussen 0 en 45</p>	
2.	Service van de levering	25
	<p>De minimale eisen worden beschreven onder III.2 van de technische bepaling.</p> <p>De inschrijver kan aan de hand van een nota specifiek voor onze instellingen voorstellen op welke manier hij zal werken om die service van levering aan te bieden.</p>	

	<p>Na het indienen van de offerte zullen die conforme dienstverleners uitgenodigd worden om binnen een globaal tijdsbestek van 90 minuten hun dienstverlening uit te leggen tegenover het team van deskundigen. In die beschikbare tijd kan de dienstverlener uitleg geven over zijn kwaliteit van dienstverlening, zijn service van levering, materiële ondersteuning, vorming en kwaliteitsmanagement.</p> <p>het team van deskundigen geeft een gemotiveerde beoordeling met een score tussen 0 en 25</p>	
3.	Materiële ondersteuning	20
	<p>Onder III.3 v[a]n de technische bepalingen staan de mogelijkheden waarbij de inschrijver zijn service materieel kan ondersteunen.</p> <p>De inschrijver kan aan de hand van een nota specifiek voor onze instellingen voorstellen op welke manier hij zal de materiële ondersteuning zal uitvoeren.</p> <p>Afhankelijk van voorstel van dienstverlening kan de inschrijver een voorstel doen.</p> <p>Na het indienen van de offerte zullen die conforme dienstverleners uitgenodigd worden om binnen een globaal tijdsbestek van 90 minuten hun dienstverlening uit te leggen tegenover het team van deskundigen. In die beschikbare tijd kan de dienstverlener uitleg geven over zijn kwaliteit van dienstverlening, zijn service van levering, materiële ondersteuning, vorming en kwaliteitsmanagement.</p> <p>Deze ondersteuning moet duidelijk, niet beperkend en kwantificeerbaar omschreven zijn. De ondersteuning dient op een bindende manier beschreven te worden.</p> <p>De ondersteuning die de dienstverlener aanbiedt mag enkel van toepassing zijn ter ondersteuning van het dienstverleningsproces en dus ten goede komen van de gebruiker of bewoner.</p> <p>Het team van deskundigen geeft een gemotiveerde beoordeling met een score tussen 0 en 20</p>	
4.	Vorming en kwaliteitsmanagement	10
	<p>Onder III.4 van de technische bepalingen staat er een omschrijving wat we verstaan onder bovenvermelde rubriek.</p> <p>De inschrijver kan aan de hand van een nota specifiek voor</p>	

	<p>onze instellingen voorstellen op welke manier hij de vorming en het kwaliteitsmanagement zal organiseren.</p> <p>Deze voorstellen moeten duidelijk en op een bindende manier beschreven zijn zodat dit kwantificeerbaar is.</p> <p>Na het indienen van de offerte zullen die conforme dienstverleners uitgenodigd worden om binnen een globaal tijdsbestek van 90 minuten hun dienstverlening uit te leggen tegenover het team van deskundigen. In die beschikbare tijd kan de dienstverlener uitleg geven over zijn kwaliteit van dienstverlening, zijn service van levering, materiële ondersteuning, vorming en kwaliteitsmanagement.</p> <p>het team van deskundigen geeft een gemotiveerde beoordeling met een score tussen 0 en 10</p>	
Totaal gewicht gunnings criteria:		100

Wat de verdere omschrijving van de gunningscriteria en minimale eisen betreft, wordt aldus verwezen naar de punten III.1, III.2, III.3 en III.4 van de technische bepalingen.

3.5. Inzake de wijze van beoordeling van de offertes bepaalt het bestek bovendien nog het volgende:

“Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.

Bij de beoordeling van de gunningcriteria kent het team van deskundigen aan de inschrijvers een aantal punten toe op basis van hun vrije appreciatie of en in welke mate de offerte aan de beoordeelde eisen voldoet. Zij kunnen bij elk gunningcriterium unaniem punten toekennen of per persoon punten toekennen. Indien er per persoon verschillend beoordeeld wordt zal het gemiddelde per gunningcriteria berekend worden.

De beoordeling van het team van deskundigen van de gunningscriteria is collegiaal, onbetwistbaar en onherroepelijk.

[...]

Na het indienen van de offerte zullen die conforme dienstverleners uitgenodigd worden om binnen een globaal tijdsbestek van 90 minuten hun dienstverlening uit te leggen tegenover het team van deskundigen. Dit wordt gepland op 24 en 25 juni 2015. De indieners van een conforme offerte zullen hiervoor uitgenodigd worden met aanduiding van het juiste tijdstip en plaats van deze zitting.

De afspraken die gemaakt worden door de dienstverlener bij de gunningscriteria in zijn offertevoorstel zijn bindend en zullen deel uitmaken van de contractuele afspraken. Alle afspraken die ze maken in hun kwaliteit van dienstverlening, service van de leveringen, materiële ondersteuning, vorming en kwaliteitsmanagement zullen bindende onderdelen worden van het contract en zo deel uitmaken van de overeenkomst.”

Vier inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.6. Vervolgens worden de inschrijvers uitgenodigd om hun offerte toe te lichten op 24 juni 2015. Er wordt aan alle inschrijvers ook een zelfde casus van een fictief medicatieschema voorgelegd met de bedoeling hen dit te laten evalueren op vlak van farmaceutische zorg.

3.7. De verzoekende partij richt nog bijkomende e-mailberichten aan de verwerende partij op 24 en 29 juni 2015.

3.8. Uit het verslag van nazicht van de offertes van 25 juni 2015 blijkt dat alle kandidaten worden geselecteerd en dat de offertes van de vier inschrijvers formeel en materieel regelmatig worden bevonden.

Wat de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria betreft, vermeldt het verslag van nazicht de volgende door de beoordelingscommissie unaniem toegekende scores:

Criterium	DISTEPHAR	M.D.D PHARMA	MULTIPHARMA	PATRONA
Kwaliteit van de dienst-	38	34	24	28

verlening Maximum 45 punten				
Service van de levering Maximum 20 punten	24	22	20	22
Materiële ondersteuni ng Maximum 20 punten	18	18	9	18
Vorming en kwaliteits- manage- ment Maximum 10 punten	8	8	8	8
TOTAAL	88	82	61	76

Aldus wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Distephar.

3.9. De motieven voor deze puntenscores worden opgenomen in een afzonderlijk “Proces-Verbaal van beoordeling Gunningscriteria”, opgesteld door de beoordelingscommissie. Voorafgaandelijk aan deze motieven wordt de wijze van beoordeling in dit proces-verbaal nog op algemene wijze toegelicht als volgt:

“Waar geen essentiële verschillen zijn die een andere waardering verantwoordt krijgen de offertes dezelfde beoordeling. In onderstaande lijst worden de relevante punten waarop de offertes van elkaar verschillen opgesomd, waarbij de beste offerte eerst wordt gerangschikt en de minst goede laatste. (1 best, 2 iets minder goed, 3 nog iets minder en 4 minst goed). Evenwaardige voorstellen krijgen de zelfde rangschikking. De opgesomde verschillen zijn gebaseerd op een combinatie van de elektronisch ingediende schriftelijke offerte (via e-tendering), de mondelinge presentatie op 24 juni 2015 en de voorgelegde casus (medicatieschema). Met nadien toegestuurde verbeteringsvoorstellen van een kandidaat kan, gezien het om een algemene offerteaanvraag gaat, geen rekening gehouden worden.

Elementen in de offerte die een betere technische uitwerking impliceren, flexibeler zijn of meer ondersteuning betekenen voor de woonzorgcentra worden beter beoordeeld. Beoordelingselementen die niet voorkomen in de uiteindelijke vergelijking zijn voor de diverse bidders gelijkwaardig.

De deskundigen geven de beoordeling in unanimititeit.”

3.10. Op 9 juli 2015 keurt de verwerende partij het verslag van nazicht goed en wordt beslist om de opdracht te gunnen aan bvba Distephar.

3.11. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 10 juli 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht gegund werd aan bvba Distephar. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het verslag van nazicht en het proces-verbaal van de beoordelingscommissie.

3.12. Via een e-mailbericht van 11 juli 2015 aan de verwerende partij formuleert de verzoekende partij een aantal opmerkingen bij de puntentoebedeling.

3.13. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 16 juli 2015 vraagt de raadsman van de verzoekende partij de eigenlijke gunningsbeslissing op bij de verwerende partij, deelt hij mee waarom de gunningsbeslissing volgens hem onwettig is en vraagt hij om de beslissing te heroverwegen.

3.14. Op 22 juli 2015 repliceert de verwerende partij dat geen van de aangevoerde argumenten volgens haar een heroverweging van de beslissing van 9 juli 2015 kunnen verantwoorden.

Tevens wordt op die datum een nieuwe kennisgeving verricht aan de verzoekende partij, zowel aangetekend als per e-mail, waarbij bijkomend een kopie van de gunningsbeslissing wordt bezorgd en wordt meegedeeld dat de verhaaltermijnen lopen vanaf deze kennisgeving.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. In de mate dat de verzoekende partij tevens de schorsing van de impliciete weigering om haar de opdracht te gunnen nastreeft, maakt zij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat bijzondere omstandigheden voorliggen die de

Raad van State ertoe zouden moeten doen besluiten om reeds in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid eveneens de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

5. De beide partijen vragen om bepaalde stukken als vertrouwelijk te behandelen. In de huidige stand van het geding kan dit verzoek worden ingewilligd.

De verwerende partij doet, op vraag van de verzoekende partij, afstand van de vertrouwelijkheid van de stukken met betrekking tot de controle van de uitsluitingsgronden (stukken 17).

6. De verzoekende partij dient nog een pleitnota in, evenals vier bijkomende stukken. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijk processtuk. De Raad van State dient de pleitnota dan ook niet in zijn beoordeling te betrekken, in zoverre deze meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting op de terechtzitting.

V. Schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8. Het derde middel is genomen uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”, artikel 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’; artikel 6 van de gecoördineerde wet van 10 mei 2015 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’ en artikel 3 van het koninklijk besluit ‘tot vaststelling van een regeling met betrekking tot individuele medicatievoorbereiding’, evenals van het gelijkheidsbeginsel, als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De verzoekende partij stelt dat naar haar weten Distepharm niet beschikt over medicatierobots terwijl zulks een van de uitdrukkelijke voorwaarden van het bestek is. Het bestek bepaalt immers dat de inschrijver “permanent” moet beschikken over medicatierobots “in eigen beheer”.

Indien al zou worden aangenomen dat beroep kan worden gedaan op robots van derden – *quod non* gelet op het bestek – blijkt volgens de verzoekende partij niet dat er een verbintenis voorligt vanwege Farmazorg in de zin van artikel 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, minstens blijkt niet dat de aanbestedende overheid zulks heeft onderzocht.

Voorts voert zij aan dat, zelfs indien beroep zou kunnen gedaan worden op robots van derden en een verbintenis van Farmazorg zou voorliggen, Farmazorg de opdracht hoe dan ook niet mag uitvoeren aangezien deze niet beschikt over de benodigde erkenning.

9. Volgens de verwerende partij heeft Distephar zoals vereist in het bestek permanent de medicatierobots ter beschikking in eigen beheer, vermits uit de offerte blijkt dat de robots in haar officina te Loppem staan (tevens maatschappelijke zetel van bvba Distephar). De robots staan in de vestiging van Distephar en Distephar is mede-eigenaar van Farmazorg nv. Aangezien de offerte van Distephar vermeldt dat *“de inschrijver voor deze offerte (...) Apotheek Distephar [is] in opdracht van Farmazorg”* is er volgens haar geen enkele twijfel dat Distephar de medicatierobots permanent ter beschikking heeft.

Farmazorg is geen onderaannemer of derde, zodat het volgens de verwerende partij niet noodzakelijk is dat nog een afzonderlijke verbintenis wordt voorgelegd van nv Farmazorg om middelen ter beschikking te stellen.

Dat Farmazorg niet voorkomt op de lijst van de bij het FAGG geregistreerde apothekers voor individuele medicatievoorbereiding is volgens haar niet relevant, aangezien de bvba Distephar wel op deze lijst staat.

Beoordeling

10. Inzake de technische bekwaamheid wordt in de aankondiging en het bestek onder meer als vereiste gesteld:

“Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:
(...)

– Een beschrijving van de technische uitrusting, van de door de leverancier getroffen maatregelen om de kwaliteit te waarborgen. Uit deze beschrijving moet tevens blijken dat de continuïteit van levering kan gegarandeerd worden. De minimale eis is hiervoor de permanente beschikbaarheid van 2 medicatie robots in eigen beheer.

Eventuele minimumeisen:

(...)

Permanente beschikbaarheid van 2 medicatierobots in eigen beheer

(...)

Als aan een van deze minimumeisen niet voldaan wordt of als de gevraagde attesten ontbreken, wordt de offerte geweigerd.”

Bij de offerte wordt tevens een attest gevoegd waarin door een leverancier van dergelijke medicatierobots bevestigd wordt dat de nv Farmazorg en bvba Distephar “beschikken” over twee medicatierobots. In de offerte van bvba Distephar wordt de relatie tussen de bvba Distephar en nv Farmazorg als volgt toegelicht:

“Farmazorg NV te Loppem is elk voor een derde eigendom van NV Apotheek Van Damme te Brugge, BVBA Stediphar te Oostende en BVBA Distephar te Loppem. Aangezien de herverpakking van medicatie wettelijk dient te gebeuren in een officina, staan onze robots in onze officina te Loppem.

(...)

Wij wensen nog eens kort onze juridische structuur uiteen te zetten. Farmazorg NV is elk voor 1/3de eigendom van Apotheek Distephar in Loppem (maatschappelijke zetel Farmazorg), Apotheek Stediphar in Oostende en Apotheek Van Damme in Brugge. Aangezien Farmazorg geen apotheek is en geneesmiddelen enkel door een apotheek mogen worden gefactureerd, gebeurt de facturatie door Apotheek Distephar. De inschrijver voor deze offerte is dus Apotheek Distephar in opdracht van Farmazorg.”

Deze informatie lijkt op het eerste gezicht echter niet te volstaan om zonder meer te besluiten dat aan voormeld selectiecriterium inzake technische bekwaamheid is voldaan.

Uit de offerte lijkt alvast niet te kunnen worden afgeleid dat de bvba Distephar eigenaar is van twee medicatierobots. De medicatierobots lijken daarentegen eigendom te zijn van de nv Farmazorg.

De aanbestedende overheid lijkt voorts geen bewijs te hebben dat de bvba Distephar de robots “permanent beschikbaar” zou hebben “in eigen beheer” op basis van rechten op het gebruik van die robots.

Het feit dat deze robots in de officina te Loppem staan en dat de bvba Distephar mede-eigenaar is van nv Farmazorg, lijkt hiertoe op het eerste gezicht geen afdoende garantie te bieden. Het lijkt immers niet ondenkbaar dat ook de twee overige apotheken die deel uitmaken van nv Farmazorg, van deze robots gebruik wensen te maken waardoor deze niet permanent ter beschikking zouden

kunnen staan of dat de nv Farmazorg een beslissing zou kunnen nemen om deze robots te verplaatsen.

Overigens weerlegt de verwerende partij niet de bewering van de verzoekende partij dat deze robots zich effectief bevinden in het gebouw van de apotheek te Loppem zelf. Zij voert aan – en staft dit door stukken – dat de robots zijn opgesteld in een ruimte die te onderscheiden is van de apothekersvestiging van Distephar: de robots zijn volgens haar immers ondergebracht in een gebouw dat gelegen is op een deel van de Stationsstraat nr. 9 (in plaats van Stationsstraat nr. 7, zijnde de erkende apothekersvestiging) en dat uitgebaat wordt door Farmazorg.

De loutere vermelding in de offerte dat “de inschrijver voor deze offerte (...) Apotheek Distephar [is] in opdracht van Farmazorg” lijkt hiertoe evenmin te volstaan. Het is immers enkel en alleen de bvba Distephar die de offerte heeft ondertekend. In de offerte blijkt weliswaar herhaaldelijk verwezen te worden naar de nv Farmazorg, doch vanwege deze vennootschap blijkt op het eerste gezicht in de offerte geen enkele verbintenis voor te liggen.

Ook het attest van de leverancier van de twee medicatierobotten dat in de offerte wordt voorgelegd verwijst niet enkel naar de bvba Distephar, doch tegelijkertijd ook naar nv Farmazorg.

Door zonder meer op basis van de informatie die in de offerte werd verstrekt te oordelen dat de gekozen inschrijver voldoet aan voormeld minimumvereiste inzake technische bekwaamheid, zonder dit nader te onderzoeken, lijkt de verwerende partij gehandeld te hebben in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel “*patere legem*”.

Het derde middel is in deze mate ernstig.

B. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

11. Het vijfde middel is geput uit de schending van artikel 61, § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, het zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 5, 6° *juncto* artikel 8 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’, alsook de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’. Uit het gunningsverslag blijkt volgens de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid is uitgegaan van de impliciete verklaring op eer inzake de uitsluitingsgronden, zonder daarbij alvorens de gunningsbeslissing te nemen de verklaring op eer voor wat betreft de gekozen inschrijver te verifiëren aan de hand van de vereiste attesten.

12. De verwerende partij voert aan dat zij specifiek wat de uitsluitingsgronden van de artikelen 61, § 1 en 2 van voormeld koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreft langs elektronische weg de nodige attesten heeft opgevraagd, zoals volgens haar blijkt uit stuk 17 van het administratief dossier.

Beoordeling

13. Overeenkomstig artikel 61, § 4, laatste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, dient de aanbestedende overheid bij toepassing van de impliciete verklaring op erewoord van de inschrijver dat hij zich niet in één van de uitsluitingsgevallen bevindt als bedoeld in de eerste en de tweede paragraaf, aldus de toestand na te gaan van de als opdrachtnemer in aanmerking komende inschrijver, alvorens de gunningsbeslissing te nemen, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 63, § 2, laatste lid, wat betreft de verificatie van de naleving van de fiscale verplichtingen als

bedoeld in § 2, 6°.

In het verslag aan de Koning bij de oorspronkelijke versie van artikel 61, § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 wordt dienaangaande het volgende opgemerkt:

“De verklaring op erewoord mag niet worden gelijkgesteld met een bewijsmiddel. De aanbestedende overheid zal immers nog de echtheid van de verklaring op erewoord moeten onderzoeken. Daartoe verzoekt zij de kandidaten of inschrijvers die voor de selectie of de gunning van de opdracht in aanmerking komen de relevante inlichtingen of documenten voor te leggen alvorens de selectie- respectievelijk gunningsbeslissing te nemen. Indien zij conform artikel 60, § 1, via elektronische middelen kosteloos toegang heeft tot de bedoelde inlichtingen of documenten, verricht zij via die weg zelf het onderzoek voor zover dat mogelijk is.” (BS 21 september 2007).

De verklaring op erewoord heeft niet tot gevolg dat er geen controle op het vlak van de uitsluitingsgronden meer zou gebeuren en dat geen enkele beslissing inzake selectie of gunning mag worden genomen zonder het noodzakelijk onderzoek van de documenten (faillissement, strafregister, RSZ of andere die zijn voorgeschreven) op het aangewezen ogenblik. Om te voldoen aan de wettelijk voorgeschreven vereiste van formele motivering moet de bestreden beslissing 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.

In de bestreden gunningsbeslissing wordt opgemerkt dat “de ingediende offertes [...] door OCMW Kortrijk [werden] nagezien op hun formele regelmatigheid en voldeden aan de kwalitatieve selectiecriteria vermeld in het bestek.” In het verslag van nazicht, waarnaar de gunningsbeslissing verwijst, wordt, wat de uitsluitingsgronden betreft, weliswaar verwezen naar een selectie “op basis van een verklaring op eer”, doch wordt in de samenvatting van het nazicht van de inschrijvers voor de vier inschrijvers bij de uitsluitingsgronden telkens “OK” vermeld.

Op het eerste gezicht blijkt niet uit het administratief dossier dat de verwerende partij ook wat betreft de uitsluitingsgevallen bedoeld in artikel 61, § 1 en 61, § 2, 3°, de echtheid van de verklaring op erewoord van de gekozen inschrijver heeft onderzocht alvorens de gunningsbeslissing te nemen. Het administratief dossier bevat op het eerste gezicht immers geen uittreksel van het strafregister m.b.t. de gekozen inschrijver. Dergelijk uittreksel blijkt op het eerste gezicht evenmin bij de offerte te zijn gevoegd.

Dit gebrek aan bewijs van effectief nazicht klemmt des te meer daar het onder meer betrekking blijkt te hebben op de verplichte uitsluitingsgronden vermeld in artikel 61, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, waarvan slechts afgeweken kan worden “om dwingende redenen van algemeen belang”.

Het vijfde middel is dan ook in deze mate ernstig.

VII. Besluit

14. Het derde en het vijfde middel zijn op het eerste gezicht, minstens gedeeltelijk, ernstig gebleken. De schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden bevolen.

15. Gelet op het nog noodzakelijk volgend procesverloop worden de kosten, daarin begrepen rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad gehouden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het OCMW Kortrijk van 9 juli 2015 waarbij de overheidsopdracht ‘Levering van geneesmiddelen, farmaceutische producten en verzorgingsproducten voor de woonzorgcentra

van OCMW Kortrijk, Zwevegem, Harelbeke, Wervik en Avelgem' wordt gegund aan de bvba Distephar.

2. De kosten, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding, worden in beraad gehouden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 augustus 2015, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Eric Brewaeys