

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.267 van 28 juni 2016
in de zaak A. 219.399/XII-8156**

In zake: de NV FARMAZORG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Peeters en Matthias Lierman
kantoor houdend te 8310 Brugge
Breeweg 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de NV M.D.D. PHARMA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leen de Vuyst 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 3 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- een beslissing van 19 mei 2016 [...] van het OCMW Kortrijk, inzake het raamcontract via opdrachtcentrale OCMW Kortrijk voor de levering van

geneesmiddelen en verzorgingsproducten voor de woonzorgcentra van OCMW Kortrijk, Zwevegem, Harelbeke, Wervik en Avelgem voor een periode van 5 jaar, waarbij beslist werd om de offerte van [de nv Farmazorg] niet te selecteren;

- een beslissing van 19 mei 2016 [...] van het OCMW Kortrijk, inzake het raamcontract via opdrachtcentrale OCMW Kortrijk voor de levering van geneesmiddelen en verzorgingsproducten voor de woonzorgcentra van OCMW Kortrijk, Zwevegem, Harelbeke, Wervik en Avelgem voor een periode van 5 jaar, waarbij beslist werd om de opdracht niet te gunnen;
- een beslissing van 19 mei 2016 [...] van het OCMW Kortrijk, inzake het raamcontract via opdrachtcentrale OCMW Kortrijk voor de levering van geneesmiddelen en verzorgingsproducten voor de woonzorgcentra van OCMW Kortrijk, Zwevegem, Harelbeke, Wervik en Avelgem voor een periode van 5 jaar, waarbij beslist werd om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten en enkel de nv M.D.D. Pharma te raadplegen;
- alsook het verslag van nazicht van 9 mei 2016.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 juni 2016 heeft de nv M.D.D. Pharma gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 juni 2016, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Peeters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart De Becker, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jochen Vranckx, die verschijnt voor de tussenkomende 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 OCMW Kortrijk dat optreedt als opdrachtcentrale voor het OCMW Zwevegem, het OCMW Harelbeke, het OCMW Wervik en het OCMW Avelgem, schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van geneesmiddelen, farmaceutische producten en -verzorgingsproducten voor de woonzorgcentra van deze OCMW's.

De opdracht heeft een looptijd van vijf jaar en wordt geraamd op 2.630.000,00 euro, btw niet inbegrepen. De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 februari 2016 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 24 februari 2016.

Een eerdere bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 april 2015 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 29 april 2015 had reeds geleid tot een beslissing van 9 juli 2015 tot gunning aan de bvba Distepharm, waarvan evenwel de tenuitvoerlegging door de Raad van State werd geschorst bij arrest nr. 232.068 van 20 augustus 2015, gevolgd door de intrekking van de gunningsbeslissing en de stopzetting van deze gunningsprocedure op 27 augustus 2015.

3.3. Inzake de vakbekwaamheid worden in de nieuwe aankondiging van 19 en 24 februari 2016 de volgende vereisten gesteld:

“III.2.3) Vakbekwaamheid

‡CIGQNDFCJ-BCFHEAT‡

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:

- Een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen drie 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 moeten referenties zijn voor een gezamenlijke beleving van minstens 1000 woonzorgkamers waarbij de inschrijver of zijn medecontracten betrokken zijn.
- Er dienen minstens 2 apothekers in dienst te zijn, er dient een ICT ondersteuning aanwezig te zijn die het voorgestelde systeem kan ondersteunen.
- Afschrift van de verzekering burgerlijke aansprakelijkheid en bewijs van verzekering beroepsrisico's van de apotheek.
- Erkenningsnummer en overeenkomst apothekers — verzekeringsinstellingen (riziv-conventie).
- Beschikbaarheid van minstens 2 robots in eigen apotheek of in samenwerkingsverband, die wordt bevestigd via een verklaring.

Eventuele minimumeisen:

Geattesteerde leveringscontract(en) aan woonzorgcentra met samen minstens 1.000 kamers. Opmerking: 1 contract voor 1 000 kamers kan ook volstaan.

2 apothekers in dienst en ICT ondersteuning die het voorgestelde systeem kan ondersteunen.

Bewijs van verzekeringen zoals vermeld.

Erkenningsnummer van de apotheek.

Attest ivm beschikbaarheid robots ondertekend door de inschrijver en (in voorkomend geval) de beheerders van deze toestellen. Opmerking: de inschrijver kan ook beheerder zijn.

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

3.4. Op de opdracht is het bijzonder bestek met besteknummer 20160308/RL/OOE van toepassing waarin bepalingen van gelijke strekking als onder randnummer 3.3. zijn opgenomen.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 5 april 2016. Drie inschrijvers dienen een offerte in: de cvba Multipharma, de nv Farmazorg en de nv M.D.D. Pharma.

3.6. In het verslag van nazicht van 9 mei 2016 wordt vastgesteld dat de cvba Multipharma en de nv Farmazorg niet voldoen aan de vereisten inzake de kwalitatieve selectie, inzonderheid wat de technische bekwaamheid betreft en dat de offerte van de nv M.D.D. Pharma materieel onregelmatig is. Besloten wordt dat geen enkele geldige offerte werd ingediend en er wordt voorgesteld om de opdracht om die reden niet te gunnen.

3.7. Op 19 mei 2016 beslist de verwerende partij om het verslag van nazicht goed te keuren, de gunningsprocedure stop te zetten en de opdracht niet te gunnen.

Tevens wordt beslist om, op grond van het huidige bestek en de huidige voorwaarden en met toepassing van artikel 26, § 1, 1^o, e), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te starten met de nv M.D.D. Pharma, “de enige inschrijver van wie is aangetoond dat ze aan de eisen inzake kwalitatieve selectie beantwoordt”.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 20 mei 2016 wordt de bestreden beslissing aan de verzoekende partij meegedeeld.

IV. Tussenkost

4. De nv M.D.D. Pharma blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Nopens de ontvankelijkheid van de vordering

A. Wat het voorwerp van de vordering betreft

5.1. De verzoekende partij vraagt de schorsing van de tenuitvoerlegging van “het verslag van nazicht van 9 mei 2016”.

5.2. De verwerende partij merkt op dat dit verslag een voorbereidende handeling is en dat de vordering wat dit verslag betreft, niet ontvankelijk is.

6. De Raad valt het standpunt van de verwerende partij bij en oordeelt dat de vordering gericht tegen het verslag van nazicht op zich als voorbereidende handeling niet ontvankelijk is.

B. Wat het belang van de verzoekende partij betreft

7.1. De tussenkomen partij werpt op dat het de verzoekende partij mangelt aan belang bij haar vordering omdat de officina van de verzoekende partij gesloten is, weliswaar met behoud van vergunning; het spreekt voor zich, zo stelt de tussenkomen partij, dat een – zelfs tijdelijk – gesloten officina de opdracht niet kan uitvoeren, hetgeen volgens haar wordt bevestigd door het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG). Voorts, zo merkt de tussenkomen partij op, komt de verzoekende partij niet voor in de lijst van geregistreerde apothekers voor geautomatiseerde individuele medicatievoorbereiding (IMV).

7.2. Ter terechtzitting betwist de verzoekende partij deze exceptie; zij legt stukken van het FAGG voor waaruit blijkt dat op 15 juni 2016 haar officina weer open is en dat zij op die datum ook gerechtigd is voor de activiteiten IMV.

7.3. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie inzake het ontbreken van het vereiste belang uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over de exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

8.1. 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
‡CIGQNDFCJ-BCFHEAT‡

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.

8.2. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 8, § 1, tweede lid, 3°, en derde lid van de voormelde wet van 17 juni 2013 omdat het faxnummer of elektronisch adres van de verwerende partij niet zou zijn vermeld in de kennisgeving en omdat de kennisgeving enkel bij aangetekend schrijven aan de verzoekende partij zou zijn gebeurd.

Beoordeling

10. Wat het gebrek aan of in de kennisgeving betreft, valt op te merken dat dergelijk gebrek, zo lijkt, de rechtmatigheid van de bestreden beslissingen zelf niet aantast. Er blijkt overigens niet dat de verzoekende partij door de beweerde schendingen is benadeeld aangezien zij hoe dan ook binnen de vereiste termijn een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingeleid bij de Raad van State.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert de schending aan van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, al dan niet samen genomen met het motiverings-, het zorgvuldigheids-, en het rechtszekerheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat voor de drie technische minimumvereisten ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘stam- en rizivnummers’ er niet uitdrukkelijk in de aankondiging of het bestek werd aangegeven dat er een attest, verklaring of document moest worden voorgelegd, zodat de niet-selectiebeslissing die gesteund is op het vereiste dat dergelijke documenten niet werden voorgelegd, het bestek miskent. Volgens de verzoekende partij betreft het overigens, enerzijds, grondvoorwaarden waaraan moet worden voldaan om als apotheker te kunnen meedingen aan een overheidsopdracht en, anderzijds, elementen die door de aanbestedende overheid zelf eenvoudig kunnen worden nagezien. Door te vereisen dat ook het stamnummer moet worden meegedeeld, miskent de verwerende partij bovendien de besteksbepalingen waarin enkel sprake is van “erkenningsnummer en overeenkomst apothekers – verzekeringsinstellingen (riziv-conventie)”.

In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat, door de specifieke vermeldingen in het bestek waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen minimumeisen waarvoor expliciet de voorlegging van een attest, verklaring of document werd vereist en minimumeisen waarvoor dit niet expliciet werd gevraagd, haar verwachtingen als inschrijver zijn geschonden. Aangezien de criteria van ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘erkeningsnummer’ voor de verzoekende partij evidente grondvoorwaarden zijn om de opdracht uit te voeren en gelet ook op de voorgaande opdracht en toewijzing aan de bvba Distephar, één van de bestuurders van de verzoekende partij, is de verzoekende partij er van uitgegaan dat dit noodzakelijke voorwaarden en minimumeisen waren waaraan moest worden voldaan, zonder dat daarvoor apart nog eens een verklaring of attest moest worden voorgelegd.

In een derde onderdeel merkt de verzoekende partij op dat het bestek onzorgvuldig werd opgesteld aangezien de verwerende partij niet duidelijk zou hebben aangegeven dat voor de minimumvereisten van ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘erkeningsnummer’ ook uitdrukkelijk een attest, verklaring of document moest worden voorgelegd.

Ten slotte, in een vierde onderdeel, voegt de verzoekende partij hieraan toe dat de gehanteerde documenten evenmin zorgvuldig werden opgesteld, omdat in het offerteformulier op geen enkele wijze voor deze gegevens een plaats of uitdrukkelijke vermelding werd voorzien.

Beoordeling

12. De vier middelonderdelen worden samen behandeld.

13. In het verslag van nazicht wordt vastgesteld dat de verzoekende partij niet voldoet aan de vereisten inzake technische bekwaamheid. Zij wordt niet geselecteerd op grond van de volgende motivering:

“Het bestek vermeldt expliciet: ‘Als aan een van deze minimumeisen niet voldaan wordt of als de gevraagde attesten ontbreken, wordt de offerte geweigerd.’

De tekortkomingen in de bedoelde offertes zijn van deze aard dat ze enkel kunnen verholpen worden met bijkomende documenten welke zich oorspronkelijk niet in het dossier bevinden en dus is er wijziging van de offerte nodig om te voldoen aan de voorwaarden van de kwalitatieve selectie. Met deze overweging werd er geen bijkomende info gevraagd aan deze inschrijvers.

Dit is toegelaten volgens art. 59 van het KB Plaatsing, maar de rechtspraak van de Raad van State zegt duidelijk dat de aanbestedende overheid daartoe niet verplicht is (RvS 15 maart 2011, nr. 212.054; RvS 30 augustus 2012, nr. 220.490; RvS 13 maart 2014, nr. 226.756; RvS 25 september 2014, nr. 228.505; RvS 30 juni 2015, nr. 231.812).

Art. 59 van het KB Plaatsing laat toe om de door de inschrijvers voorgelegde inlichtingen en documenten aan te vullen of nader toe te lichten. De rechtspraak van de Raad van State zegt duidelijk dat de aanbestedende overheid daartoe niet verplicht is.

Tegelijk mogen offertes niet gewijzigd worden na de opening. De draagwijdte van de offerte kan dus wel verduidelijkt of aangevuld worden, zonder deze echter te wijzigen. De regelmatigheid van de offertes moet worden beoordeeld op grond van de offertes zelf en niet in het licht van de aanvullende toelichtingen of verklaringen die een wijziging van de offerte zouden inhouden.

Naam	Motivering
Farmazorg	Minimum vereisten technische bekwaamheid: 2 apothekers in dienst: niets vermeld in offerte ICT-ondersteuning: niets vermeld in offerte Stam- en rizivnummers zijn niet vermeld

”

In de bestreden beslissing wordt dienaangaande verwezen naar het verslag van nazicht en voorts opgemerkt:

“Bij Farmazorg ontbreken eveneens attesten die de technische bekwaamheid van de inschrijver aantonen, namelijk: de vermelding van het aantal apothekers in dienst, de beschrijving van de ICT-ondersteuning en de stam- en rizivnummers van de apotheek.”

14.1. Het standpunt van de verzoekende partij dat, aangezien er niet uitdrukkelijk werd aangegeven dat er voor voormelde selectievoorwaarden een attest, verklaring of document moest worden voorgelegd, de verwerende partij niet tot niet-selectie mocht besluiten op grond van voormelde motivering, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden aanvaard om de volgende redenen.

14.2. In het bestek is onder hoofdstuk I.5 ‘Toegangsrecht en kwalitatieve selectie’ bepaald dat bij het offerteformulier van de inzake de selectievoorwaarden in de aankondiging en het bestek vermelde stukken moeten zijn gevoegd.

Zoals ook blijkt uit de formulering van de artikelen 58 en 71 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) komt het in beginsel aan een inschrijver toe om de noodzakelijke inlichtingen en documenten te verstrekken om zijn technische bekwaamheid aan te tonen en zijn kandidaatstelling voldoende te stofferen en te onderbouwen, teneinde de aanbestedende overheid toe te laten om op grond van de kandidaatstelling te beoordelen of betrokkene aan de gestelde selectie-eisen voldoet.

De verzoekende partij lijkt hierin wezen deze bewijslast om te draaien waar zij stelt dat het evidente grondvoorwaarden zijn waarvoor geen verklaring of attest moet worden voorgelegd. De verwerende partij mocht op het eerste gezicht dan ook terecht oordelen dat de verzoekende partij bij gebrek aan vermelding van het aantal apothekers in dienst en de beschrijving van de ICT-ondersteuning niet heeft aangetoond dat zij aan de minimumeisen inzake technische bekwaamheid voldoet.

Aangezien deze motieven op het eerste gezicht volstaan om de bestreden beslissing inzake de niet-selectie te schragen, lijkt de verzoekende partij dan ook geen belang te hebben bij haar kritiek op het motief inzake het ‘stamnummer’, dat immers als een overtuigend motief lijkt te moeten worden beschouwd.

14.3. In het licht van het voorgaande maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht dan ook niet aannemelijk dat zij door de aankondigings- en besteksbepalingen zou zijn verschalkt. Overigens blijken de overige inschrijvers de aankondiging en het bestek op voormelde punten wel goed te hebben begrepen en bij hun offerte de vereiste beschrijving te hebben gevoegd inzake ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘erkeningsnummer’.

14.4. Er lijkt bovendien niet nuttig te kunnen worden verwezen naar het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel om eenzelfde gunstige beoordeling te vragen als bij een andere opdracht, waarbij niet noodzakelijk door een inschrijver dezelfde offerte is ingediend. Te dezen geeft de verzoekende partij overigens zelf aan dat de offerte bij de eerdere opdracht niet door haarzelf maar door een andere onderneming, namelijk de bvba Distephar, werd ingediend.

14.5. Het besluit lijkt dan ook te mogen zijn dat de verzoekende partij hier dan ook veeleer zelf lijkt te zijn tekort gekomen aan haar verplichting om op zorgvuldige wijze een offerte in te dienen.

Het feit dat de verwerende partij voor de criteria van ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘erkeningsnummer’ in de aankondiging of het offerteformulier niet uitdrukkelijk aangeeft op welke wijze de inschrijver dient aan te tonen dat hij aan deze minimumvereisten inzake technische bekwaamheid voldoet, lijkt voorts, mede in het licht van voormelde bepalingen van artikel 71 van het koninklijk besluit Plaatsing, niet aan te tonen dat de aankondiging of het bestek onzorgvuldig zou zijn opgesteld.

14.6. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert de schending aan van het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, alsook van artikel 60, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing.

‡CIGQNDFCJ-BCFHEAT‡

De verzoekende partij verwijt de verwerende partij dat zij nooit een nader onderzoek heeft gedaan of de verzoekende partij toch niet aan de litigieuze selectiecriteria voldeed. Volgens de verzoekende partij waren de gegevens voor de minimumvereisten van ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘stam- en rizivnummers’ wel beschikbaar of konden ze op een eenvoudige manier worden verkregen. Bovendien zou de verwerende partij de offertes op een ongelijke wijze hebben beoordeeld, nu zij voor de verzoekende partij geen nader onderzoek zou hebben verricht, en dit voor de nv M.D.D. Pharma wel zou hebben gedaan. Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat artikel 60, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing is geschonden, nu het volgens haar vaststaat dat de aanbestedende overheid zelf via elektronische middelen kosteloos toegang zou hebben gehad tot de bedoelde inlichtingen of documenten.

Beoordeling

16.1. Zoals reeds opgemerkt bij de beoordeling van het tweede middel lijkt het aan de verzoekende partij toe te komen om haar offerte voldoende te stofferen en te onderbouwen, teneinde de verwerende partij toe te laten om op grond van de offerte te oordelen of zij aan de gestelde selectie-eisen voldeed.

In die optiek kan het de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten kwade worden geduid dat zij niet zelf alle websites heeft onderzocht die de verzoekende partij aanhaalt in haar verzoekschrift, voor zover het voor haar al duidelijk zou zijn geweest via welke websites zij de ontbrekende gegevens had kunnen vinden.

Voorts, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, blijken de gegevens inzake ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘erkenningsnummer’ op het eerste gezicht evenmin afdoende uit haar offerte.

De door de verzoekende partij in haar offerte aangeboden gratis software, lijkt op het eerste gezicht niet met de vereiste ICT-ondersteuning te kunnen worden gelijkgesteld. Het gratis ter beschikking stellen van een softwarepakket is op het eerste gezicht voorgeschreven in het bestek. Inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver bepaalt de aankondiging en het bestek

‡CIGQNDFCJ-BCFHEAT‡

daarnaast echter ook dat er een ICT-ondersteuning bij het voorgestelde systeem dient aanwezig te zijn die het voorgestelde systeem kan ondersteunen. In tegenstelling tot de twee andere inschrijvers, lijkt de verzoekende partij in haar offerte geen informatie te hebben verstrekt over de vereiste ICT-ondersteuning.

Voorts worden in het verzekeringsattest gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij wel een aantal namen van bijkomende verzekerden opgesomd, doch lijkt uit dit attest alleen nergens de hoedanigheid van ‘apotheker in dienst’, noch het erkenningsnummer van de apotheek te kunnen worden afgeleid.

16.2. Wat de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, lijkt niet dat de verwerende partij de verzoekende partij ongelijk zou hebben behandeld in vergelijking met de nv M.D.D Pharma, die op het eerste gezicht bij de offerte wel de vereiste gegevens heeft aangebracht inzake de selectie.

16.3. Ten slotte, wat de aangevoerde schending van artikel 60, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing betreft, moet die evenzeer worden verworpen.

Artikel 60, § 1, luidt:

“De aanbestedende overheid die via elektronische middelen kosteloos toegang heeft tot de inlichtingen of documenten uitgaande van overheidsinstanties die haar in staat stellen de in artikel 58, § 1, bedoelde situatie van de betrokken kandidaten of inschrijvers na te gaan, stelt laatstgenoemden ervan vrij de in die artikelen bedoelde inlichtingen mee te delen of documenten voor te leggen.

De aanbestedende overheid vermeldt in de opdrachtdocumenten de inlichtingen of documenten welke ze via elektronische weg zal opvragen. Zij vraagt zelf deze inlichtingen of documenten op en bewaart de resultaten ervan in het administratief dossier.”

Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij wijzen er op het eerste gezicht terecht op dat deze bepaling slechts doelt op de inlichtingen en documenten die de aanbestedende overheid kan opvragen via de Telemarc-toepassing en het lijkt niet dat de inlichtingen of documenten inzake ‘2

apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘erkeningsnummer’ behoren tot de inlichtingen of documenten waartoe de aanbestedende overheid via elektronische middelen kosteloos toegang heeft in de zin van deze bepaling.

16.4. Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel”, van artikel 25 van de voormelde wet van 15 juni 2006 en artikel 60, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing.

In een eerste onderdeel voert zij aan dat de bestreden beslissing tot niet-selectie niet op draagkrachtige motieven zou steunen. Ten onrechte, zo stelt de verzoekende partij, meent de verwerende partij dat zij een onregelmatige offerte heeft ingediend. Daarnaast gaat de verwerende partij uit van de verkeerde opvatting dat aan de gestelde minimumeisen ‘2 apothekers in dienst’, ‘ICT-ondersteuning’ en ‘stam- en rizivnummers’ moest zijn voldaan op het ogenblik van het indienen van de offerte, terwijl dit niet vereist zou zijn geweest in het bestek zodat slechts aan die minimumeisen moest zijn voldaan op het ogenblik van de gunning. Bovendien voldeed de verzoekende partij wel degelijk aan de gestelde minimumeisen op het ogenblik van de indiening van de offerte.

Voorts verwijt de verzoekende partij de verwerende partij dat zij zich bij de nv M.D.D. Pharma tevreden heeft gesteld met een verklaring op erewoord, zonder deze nader te hebben onderzocht.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de materiële motiveringsplicht werd geschonden aangezien de bestreden beslissing niet op deugdelijke motieven zou steunen die naar behoren zijn bewezen. Deze motieven zouden niet juist zijn omdat bepaalde gegevens wel werden vermeld of

‡CIGQNDFCJ-BCFHEAT‡

via publieke informatie van de overheid beschikbaar waren en omdat de verzoekende partij wel degelijk aan de gestelde minimumeisen zou hebben voldaan. Bovendien zou de bestreden beslissing ook artikel 60, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing schenden doordat de aanbestedende overheid zelf via elektronische middelen kosteloos toegang heeft tot de bedoelde inlichtingen of documenten en de verzoekende partij voor het niet-meedelen van deze informatie dan ook niet mocht worden gesanctioneerd.

Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat de wering van de offerte kennelijk onredelijk is. Er is volgens haar geen enkel redelijk argument om haar offerte als onregelmatig te beschouwen. De verwerende partij zou dan ook in strijd met artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006 en het zuinigheidsbeginsel hebben gehandeld.

Beoordeling

18. Wat het eerste onderdeel betreft, lijkt het standpunt van de verzoekende partij dat aan de kwestieuze minimumeisen pas moest zijn voldaan op het ogenblik van de gunning, haaks te staan op de vermeldingen in de aankondiging, waarin bovendien uitdrukkelijk wordt bepaald dat als aan een van de minimumeisen inzake technische bekwaamheid niet wordt voldaan of als de gevraagde attesten ontbreken, de offerte wordt geweigerd. De door de verzoekende partij ter adstructie van haar standpunt ingeroepen rechtspraak lijkt niet dienstig aangezien deze betrekking heeft op de specifieke wetgeving en rechtspraak inzake de erkenning als aannemer en het tijdstip waarop aan dat erkenningsvereiste dient te zijn voldaan.

In de mate dat de verzoekende partij nog opwerpt dat zij bovendien wel degelijk voldeed aan de kwestieuze minimumeisen op het ogenblik van de indiening van de offerte, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het tweede en derde middel waarin deze grieven reeds aan bod kwamen en niet worden aanvaard. De verzoekende partij lijkt dan ook terecht niet geselecteerd.

Voor zover de verzoekende partij nog een schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert, blijkt uit het verslag van nazicht dat de nv M.D.D. Pharma, anders dan de overige twee inschrijvers, wel wordt geselecteerd. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij opmerkt, lijkt de motivering in het verslag van nazicht evenwel niet beperkt te zijn tot de vermelding “geselecteerd op basis van verklaring op eer”. Het verslag bevat daarnaast immers ook een tabel inzake de samenvatting van het nazicht van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie waarin wat betreft RSZ-verplichtingen, attest fiscale verplichtingen, juridische situatie, economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid voor de nv M.D.D. Pharma telkens de vermelding “OK” is opgenomen. Uit het administratief dossier blijkt voorts dat de offerte van de nv M.D.D. Pharma niet alleen een ‘verklaring op eer’ bevatte inzake de uitsluitingsgronden, maar op het eerste gezicht eveneens de vereiste documenten en attesten die aantonen dat zij voldoet aan het toegangsrecht en aan de kwalitatieve selectiecriteria. Er blijkt dan ook niet dat de verzoekende partij in vergelijking met de nv M.D.D. Pharma bij de selectie ongelijk zou zijn behandeld.

19. Wat het tweede onderdeel betreft, voert de verzoekende partij onder meer aan dat er voor de “onregelmatigverklaring en wering van de offerte” geen enkel redelijk argument zou zijn. De verwerende partij zou “dan ook” in strijd met artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006 en het zuinigheidsbeginsel hebben gehandeld.

In de eerste plaats merkt de Raad op dat de verwerende partij niet heeft besloten tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij doch dat zij niet werd geselecteerd. Op dit punt mist de grief dan ook feitelijke grondslag. Voorts, wat de beweerde schending van het zuinigheidsbeginsel betreft, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij in gebreke blijft uiteen te zetten op welke wijze de bestreden beslissing dit beginsel schendt. Ook de verwijzing naar artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006 is niet dienstig aangezien die bepaling uitsluitend betrekking heeft op de aanbesteding, terwijl de voorliggende opdracht werd gegund volgens een open offerteaanvraag.

Wat de overige in de middelonderdeel aangevoerde grieven betreft, verwijst de Raad naar zijn beoordeling bij het tweede en derde middel.

‡CIGQNDFCJ-BCFHEAT‡

20. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van 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’ het door de verwerende partij gevorderde bedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

In zoverre de tussenkomende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding, moet erop worden gewezen dat artikel 30/1, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk bepaalt dat tussenkomende partijen niet kunnen worden gehouden tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding of deze kunnen genieten. Er is aldus geen grond om de door de tussenkomende partij gevorderde rechtsplegingsvergoeding toe te kennen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv M.D.D. Pharma tot tussenkomst 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 een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 juni 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra