

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.757 van 12 juni 2018
in de zaak A. 225.205/XII-8550**

In zake: de NV FARMAZORG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckevelt en Evelien Vanhauter
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV M.D.D. PHARMA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leopold Schellekens en Alexandre
Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 mei 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van (het Bijzonder Comité Aankoopbeleid van) OCMW Oostende dd. 24 april 2018 waarbij de opdracht voor de levering van medicatie en farmaceutische

‡BCGSNFJCG-BDEAEAV‡

producten voor de woonzorgcentra wordt gegund aan de firma Lloyd MDD Pharma, aan [de nv Farmazorg] (enkel) ter kennis gebracht met een aangetekend schrijven dd. 30 april 2018 [...]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 mei 2018 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 31 mei 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Neil Braeckvelt en Elien Vanhauter, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Tessa Jordens, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Leopold Schellekens en Alexandre Peytchev, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de “levering van medicatie en farmaceutische producten voor de woonzorgcentra”. Er wordt gekozen voor een openbare procedure om de opdracht te plaatsen. De

opdracht heeft een looptijd van vier jaar. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 150.000 euro per jaar.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 20 december 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 22 december 2017.

3.2. Het bestek met referentienummer SEN2017 12.2. is van toepassing op de opdracht. Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“De opdracht betreft het leveren van alle medicatie en farmaceutische producten aan de bewoners die verblijven in de 2 woonzorgcentra (afgekort WZC) van het OCMW alsmede de samenwerking rond medicatiebeleid van WZC De Boarebreker en WZC A. Lacourt.
Ook de levering van alle medicatie en farmaceutische producten aan de instelling maakt het voorwerp uit van deze gunning.”

Volgens het bestek wordt de economisch meest voordelige offerte vastgesteld op grond van drie gunningscriteria: (1) kwaliteit van de leveringen (40 punten); (2) de geboden samenwerkingsmodaliteiten (30 punten) en (3) de prijs (30 punten). Het prijs criterium wordt als volgt nader omschreven in het bestek:

“3. Criterium ‘De prijs (30 punten)’

Bij de beoordeling van dit criterium wordt rekening gehouden met een kostenverlaging voor de bewoner en ook voor de instelling inzake geneesmiddelen en farmaceutische producten.

- De kostenverlaging voor de bewoner (uitgedrukt in een vast percentage) wordt toegepast op de publieksprijzen van geneesmiddelen en farmaceutische producten, inclusief BTW.
- De kostenverlaging voor de instelling (uitgedrukt in een vast percentage) wordt toegepast op de publieksprijzen van geneesmiddelen en farmaceutische producten, inclusief BTW.

De leverancier moet een volledige, actuele lijst toevoegen van de aangeboden farmaceutische producten met de prijszetting, inclusief en exclusief de korting.

Alle kosten voor de leverancier (vervoer, verpakking, administratie, investeringen, medicatiekarren, dispensers, bakjes, onderzoek, informatica,

enz.) moeten reeds verrekend zijn in de algemene, lineaire korting. In het begeleidend rapport kan aangegeven worden in welke mate deze kostenelementen verrekend zijn.

In het begeleidend rapport kan dus aangegeven worden in welke mate er bij de prijskorting al dan niet rekening gehouden is met de kostenelementen uit de vorige twee criteria, die voor de leverancier een eigen investering uitmaakt (cfr. kwaliteit van de leveringen en geboden samenwerkingsmogelijkheden).

Weging: De inschrijver met de hoogste korting:

- voor de bewoner verkrijgt 15 punten
- voor de instelling verkrijgt 15 punten

Voor beide items apart krijgen de andere inschrijvers punten in verhouding tot de hoogste korting. Evenwaardige voorstellen krijgen evenveel punten. De aangereikte kortingen kunnen dus met duiding en cijfermateriaal worden gestaafd (in het begeleidend rapport).”

3.3. Op 5 februari 2018 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken vier offertes te zijn ingediend, door de volgende inschrijvers:

- nv Farmazorg (huidige verzoekende partij);
- nv MDD Pharma (de gekozen inschrijver);
- cvba COOP-Apotheken;
- nv Pharma2Care.

3.4.1. Er wordt een eerste gunningsverslag opgesteld op 9 februari 2018. Op 27 februari 2018 beslist de verwerende partij een eerste maal om de opdracht te gunnen aan de nv MDD Pharma.

3.4.2. Met een schrijven van 16 maart 2018 protesteert de verzoekende partij bij de verwerende partij over deze gunningsbeslissing. De verzoekende partij wijst er onder meer op dat er geen prijsonderzoek heeft plaatsgevonden en dat de gekozen inschrijver volgens haar een excessieve korting (van 40 %) aanbiedt.

3.4.3. Op 27 maart 2018 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 27 februari 2018 in te trekken, daarbij verwijzend naar het schrijven met bezwaren van de verzoekende partij.

3.5. Op 28 maart 2018 vraagt de verwerende partij aan de nv MDD Pharma om “een schriftelijke en concrete verantwoording” van de door deze inschrijver voorgestelde kortingen.

3.6. Met een schrijven van 9 april 2018 bezorgt de nv MDD Pharma een verantwoording van de door haar aangeboden kortingen aan de verwerende partij.

3.7. Er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld op 17 april 2018. De door de nv MDD Pharma verstrekte verantwoording wordt aanvaard. Er wordt dan ook opnieuw voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv MDD Pharma.

3.8. Op 24 april 2018 neemt de verwerende partij de thans bestreden beslissing om de opdracht aan de nv MDD Pharma te gunnen. Deze is onder meer als volgt gemotiveerd:

“Aan Lloyd MDD Pharma werd overeenkomstig artikel 36 van het KB Plaatsing van 18 april 2017, een schriftelijke en concrete verantwoording voor de geboden kortingen gevraagd. Daarnaast werden ook de nodige verantwoordingen gevraagd die betrekking hebben op de eerbiediging van de regels inzake milieu-, sociaal- en arbeidsrecht, met inbegrip van de verplichtingen die gelden op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

Op maandag 9 april 2018 ontvingen wij de nodige stukken van Lloyd MDD Pharma. Deze documenten werden ter advies voorgelegd aan GD&A advocaten.

Om de korting van 40% te verantwoorden, wordt door Lloyd MDD Pharma op het volgende gewezen:

- Lloyd MDD Pharma maakt deel uit van Lloydspharma (met 101 apotheken in België), dat op zijn beurt deel uitmaakt van de internationale groep McKesson Europe (met 2100 apotheken en 5700 partnerapotheken en 117 distributievevestigingen). Dit levert schaalvoordelen en financiële voordelen op, onder meer bij het inkopen van medicatie en farmaceutische producten. De inkoopprijs van Lloyd MDD Pharma ligt aanzienlijk lager dan de inkoopprijs van andere apothekers, gelet de nationale en internationale kortingen waarvan Lloyd MDD Pharma geniet als lid van Lloydspharma en McKesson Europe.

Blijkens de website waarnaar in de verantwoording wordt verwezen, klopt deze informatie.

Deze overkoepelende structuur zou Lloyd MDD Pharma onderscheiden van bv. Farmazorg (een samenwerking van 3 apothekers, dat niet van dergelijke schaalvoordelen kan genieten). Het zou m.a.w. veeleer ‘abnormaal’ zijn mochten de prijzen van Lloyd MDD Pharma niet lager zijn dan deze geboden door Farmazorg.

- Lloyd MDD Pharma beschikt met McKesson Europe over een eigen groothandel, zodat er anders dan bij andere apothekers (die die winstmarge van de groothandel en hun eigen marge moeten doorrekenen) minder marge van tussenpersonen moet worden doorerekend.
- De hoge korting heeft niet tot gevolg dat Lloyd MDD Pharma met verlies zou verkopen. Aan de hand van de laatst beschikbare jaarrekening wordt aangetoond dat er een goede marge is op de verkoop.
- Lloyd MDD Pharma, Lloydspharma en McKesson Europe zijn alle financieel gezonde ondernemingen, zodat er geen nood zou bestaan om abnormale prijzen te hanteren teneinde opdrachten in de wacht te kunnen slepen.
- In het kader van twee andere recent aan Lloyd MDD Pharma gegunde overheidsopdrachten m.b.t. de levering van geneesmiddelen (en farmaceutische producten) wordt door Lloyd MDD Pharma een korting gehanteerd van 43%, hetgeen bewezen wordt aan de hand van het door Lloyd MDD Pharma ingediende offerteformulier. Lloyd MDD Pharma voegt een verklaring bij van een vertegenwoordiger van elk van de beide besturen (OCMW Lummen en OCMW Mortsel waarin bevestigd wordt dat de opdrachtgevers (zeer) tevreden zijn over de samenwerking / dienstverlening, Lloyd MDD Pharma toont zodoende aan dat de hoge korting geen negatieve invloed heeft op de kwaliteit van haar dienstverlening.
- In het kader van een van de voornoemde opdrachten zou door andere apothekers kortingen zijn geboden die in de buurt liggen van deze die Lloyd MDD Pharma thans hanteert (35% en 31%), zodat de geboden korting niet ongebruikelijk zou zijn. Hiervan wordt evenwel geen bewijs bijgebracht.

De verantwoording van Lloyd MDD Pharma is aanvaardbaar. Het vermoeden van ‘abnormaliteit’ van de geboden kortingen wordt hiermee weerlegd. De kortingen worden m.a.w. niet als abnormaal aanzien.

Op basis van de ingediende verantwoordingsstukken kunnen we oordelen dat Lloyd MDD Pharma de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Overheidsopdrachtenwet (eerbieding van de regels inzake milieu-, sociaal en arbeidsrecht) naleeft.”

3.9. Met een aangetekende brief van 30 april 2018 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de gunningsbeslissing.

IV. Tussenkoms

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 moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. 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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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 kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

6. De verzoekende partij voert twee middelen aan tegen de bestreden beslissing. In een eerste middel levert zij kritiek op het prijsonderzoek en doet zij gelden dat de verantwoording voor de korting van de gekozen inschrijver niet had mogen worden aanvaard. In het tweede middel bekritiseert zij het bestek, meer bepaald (a) de geldigheid van het prijscriterium en (b) het feit dat het bestek niet bepaalt dat geen korting mag worden geboden op door het ziekenfonds terugbetaalde geneesmiddelen.

7. Het is passend om eerst het tweede middel te onderzoeken aangezien dit de rechtmatigheid van het bestek betreft en dus tot de vaststelling kan leiden dat de gehele gunningsprocedure is gevitieerd. Het eerste middel viseert daarentegen louter de beoordeling *in concreto* van de verantwoording van de gekozen inschrijver voor de door hem geboden korting, hetgeen een minder verregaande onrechtmatigheid betreft.

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van “artikel 81 van de Overheidsopdrachtenwet 2016, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zoals vervat in artikel 10 en 11 van de Grondwet en in artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet 2016, artikel 2 van het Koninklijk besluit van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, § 17, en artikel 165, laatste lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, het transparantiebeginsel zoals eveneens vervat in artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat: (i) eerste middelonderdeel, de beoordeling en de weging van het gunningscriterium van ‘de prijs’ via puntenscores op basis van geboden kortingen geen uniforme vergelijkingsbasis voorziet en toelaat dat inschrijvers van een verschillende basis/prijslijst starten en de voorgestelde kortingspercentages van de inschrijvers dienvolgens niet kunnen worden vergeleken, en (ii) tweede middelonderdeel het Bestek geen onderscheid maakt voor wat de geneesmiddelen betreft waarop de korting moet worden toegestaan,

Terwijl: (i) de beoordeling van een gunningscriterium overeenkomstig voormelde beginselen moet toelaten de economisch meest voordelige offerte te identificeren en moet gebeuren met de vereiste zorgvuldigheid, pertinentie en controleerbaarheid en op een wijze die de gelijke behandeling niet in het gedrang brengt en (ii) de toepasselijke regelgeving (directe) kortingen op terugbetaalbare geneesmiddelen niet toelaat,

Zodat: de ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden”.

9.1. In het eerste middelonderdeel doet de verzoekende partij gelden dat het gunningscriterium van “de prijs” onwettig is omdat bij de in het bestek opgelegde beoordeling enkel het percentage van de korting doorslaggevend is en dus niet de prijs vóór of na de korting. Dit laat niet toe om een objectieve vergelijking te maken tussen de kortingspercentages, zodat de economisch meest voordelige offerte inzake prijs niet kan worden bepaald. Opdat een dergelijk criterium aan de hand van een kortingspercentage nuttig kan worden gehanteerd, is volgens de verzoekende partij vereist dat alle inschrijvers starten van eenzelfde, uniforme prijslijst. Het bestek bepaalt evenwel niet van welke prijslijst de inschrijvers moeten vertrekken. De verzoekende partij stelt dat zij de prijslijst van de Algemene Pharmaceutische Bond (APB) heeft gebruikt, een volledige lijst met prijzen van zowel terugbetaalde als niet-terugbetaalde geneesmiddelen. De prijzen op de APB-prijslijst voor niet-terugbetaalbare geneesmiddelen zijn volgens de verzoekende partij echter slechts referentieprijzen, het is een apotheker perfect toegelaten een hogere prijs te vragen. De geboden kortingen worden dan ook potentieel niet toegepast op een vergelijkbare basis, waardoor de puntenscores voor het prijscriterium geen waarborg bieden dat de economisch meest voordelige

offerte wordt gekozen. De kortingspercentages kunnen dus niet worden vergeleken. Bovendien kunnen de inschrijvers het offerteformulier niet correct invullen, aangezien dit de toevoeging vereist van een lijst van alle producten verkrijgbaar in de apotheek en er voor farmaceutische producten vaak verschillende BTW-tarieven gelden.

9.2. In het tweede middelonderdeel lijkt de verzoekende partij in essentie te doen gelden dat het bestek niet bepaalt dat geen korting mag worden gegeven op geneesmiddelen die worden terugbetaald door het ziekenfonds. Dat is immers verboden door artikel 2 van het voormelde koninklijk besluit van 29 maart 2002. Om te voldoen aan die bepaling heeft de verzoekende partij uitdrukkelijk vermeld in haar offerte dat de korting niet geldt op terugbetaalde medicatie. Het is niet duidelijk of de overige inschrijvers dit ook hebben gedaan. De vergelijkbaarheid van de korting en de geneesmiddelen waarop die zal worden toegepast is niet gegarandeerd. In bestekken van andere, gelijkaardige opdrachten wordt dit wel duidelijk bepaald, aldus de verzoekende partij.

Beoordeling

10. Overeenkomstig artikel 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), steunt de aanbestedende overheid de gunning van de overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte.

Artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en op een transparante en proportionele wijze.

Artikel 2 van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 ‘tot toepassing van artikel 37, § 17, en artikel 165, laatste lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994’ luidt als volgt:

“Het persoonlijk aandeel van de rechthebbenden in de kosten van de vergoedbare farmaceutische verstrekkingen die worden afgeleverd in een voor het publiek toegankelijke officina, in een ziekenhuisapothek aan ambulante rechthebbenden of door geneesheren die een vergunning hebben om een geneesmiddelen depot te houden, wordt in alle gevallen verplicht geïnd.”

Ontvankelijkheid

11. Er is geen noodzaak om in te gaan op de door de verwerende partij en de tussenkomende partij gemaakte ontvankelijkheidsexcepties. Zoals hierna zal blijken dient het middel immers in zijn beide onderdelen te worden verworpen.

Eerste middelonderdeel

12. Bij het beoordelen van de duidelijkheid van een bestek dient rekening te worden gehouden met degenen waarvoor het bestek bedoeld is. Er mag worden verondersteld dat de gebruikte terminologie voor professionelen in de sector een voldoende duidelijke inhoud heeft. De omschrijving van het voorwerp van de opdracht en de overige bepalingen van het bestek geven overigens een nadere invulling aan wat van de inschrijvers verwacht wordt.

Het betoog van de tussenkomende partij, dat elke apotheker mag worden geacht te weten dat met de term “publieksprijzen” in het bestek wordt verwezen naar de prijzen opgenomen in de prijslijst van de Algemene Farmaceutische Bond (APB), lijkt op het eerste gezicht te mogen worden aanvaard. Immers lijkt ook de verzoekende partij zelf deze prijslijst als het algemeen gangbare referentiepunt inzake de prijzen van geneesmiddelen en farmaceutische producten aan te merken in haar uiteenzetting. Ook het betoog van de tussenkomende partij lijkt te mogen worden aanvaard, inhoudend dat de betrokken lijst maximumprijzen bevat, zodat de stelling van de verzoekende partij, dat de

inschrijvers hun prijzen zouden kunnen manipuleren om kunstmatig opgeblazen kortingen aan te bieden, grondslag mist.

Nu het bestek dus mag worden geacht te verwijzen naar de in de farmaceutische sector algemeen gangbare APB-prijslijst, minstens daar niet uitdrukkelijk van lijkt af te wijken, is *prima facie* niet aangetoond dat de kortingen door de inschrijvers zouden moeten worden opgegeven op een niet-vergelijkbare basis. Op het eerste gezicht lijkt het bestek dus niet in elk geval te leiden tot het aanbieden door de inschrijvers van onvergelijkbare kortingspercentages, zoals de verzoekende partij lijkt te veronderstellen.

Voorts lijkt uit het administratief dossier, de offerte van de verzoekende partij en de offerte van de tussenkomenende partij, te mogen worden afgeleid dat zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver de prijzen uit de APB-prijslijst hebben gehanteerd als grondslag voor de toepassing van de door hen aangeboden kortingen. Aldus blijkt het bestek al minstens voor de twee inschrijvers die de hoogste kortingen hebben aangeboden duidelijk te zijn geweest en blijkbaar niet tot de onwettigheid te hebben geleid die de verzoekende partij er thans in leest.

Het eerste middelonderdeel dient te worden verworpen.

Tweede middelonderdeel

13. Het bestek bepaalt niet uitdrukkelijk dat geen korting mag worden aangeboden op terugbetaalde geneesmiddelen. De partijen lijken het er echter over eens dat die plicht hoe dan ook voor elke apotheker voortvloeit uit artikel 2 van het ingeroepen koninklijk besluit van 29 maart 2002.

Op het eerste gezicht dient van een aanbestedende overheid niet te worden geëist dat zij in het bestek een allesomvattende en gedetailleerde opsomming geeft van alle regelgeving die in het kader van de opdracht van

toepassing zal zijn op de inschrijvers. Het lijkt immers dat een aanbestedende overheid er mag van uitgaan dat de inschrijvers op een overheidsopdracht –er mag worden verondersteld dat zij professionelen in de betrokken sector zijn– goed op de hoogte zijn van de op hen rustende wettelijke en reglementaire verplichtingen en deze ook zullen naleven bij het formuleren van hun aanbod en de uitvoering van de opdracht. Het lijkt daarbij niet vereist dat de aanbestedende overheid in het bestek alle regelgeving herneemt die op een erg gereguleerde markt –zoals die voor geneesmiddelen– van toepassing is. In omgekeerde zin dient een eventuele inschrijver op een overheidsopdracht het bestek niet in een vacuüm te lezen, maar wel degelijk te interpreteren in het licht van de op hem van toepassing zijnde regelgeving. Anders gezegd: een inschrijver dient het bestek niet zo te interpreteren alsof de aanbestedende overheid hem zou vragen de wet te schenden.

Alleszins, wat het tweede middelonderdeel betreft, lijkt het niet dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver in hun offertes de door hen aangeboden korting niet zouden hebben beperkt tot de niet-terugbetaalde geneesmiddelen. Aldus blijkt het bestek al minstens voor de twee inschrijvers die de hoogste kortingen hebben aangeboden ook op dit punt voldoende duidelijk te zijn geweest en heeft het blijkbaar geen aanleiding gegeven tot het zich voordoen van de onrechtmatigheid die het door de verzoekende partij wordt aangewreven.

Ook het tweede middelonderdeel wordt niet aanvaard.

14. Het tweede middel dient bijgevolg in zijn geheel te worden verworpen als niet ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 35, artikel 36, § 3, en artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), “evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat: verwerende partij ten onrechte de door begunstigde, Lloyd MDD Pharma, aangeleverde prijsverantwoording als aanvaardbaar beschouwt en haar offerte derhalve regelmatig acht,

Terwijl: (1) een prijsverantwoording concreet en gedetailleerd moet worden opgesteld en onderbouwd met stavingsstukken en de verantwoording in hoofde van de begunstigde pertinent moet zijn om de geboden prijzen of kortingen te kunnen verantwoord[en] in het licht van de concrete prestaties die moeten worden verleend in het kader van de geplaatste opdracht, en (2) er in casu alleen een aantal algemene gegevens worden aangeleverd die erop neerkomen dat de begunstigde louter omwille van het feit dat zij deel uitmaakt van een grotere groep dermate hoge kortingen zou kunnen aanbieden en haar dienstverlening kwalitatief voldoening schenkt, zonder concrete cijfergegevens en zonder pertinente motivering en stukken die erop kunnen wijzen dat er voor de opdracht met een aanvaardbare prijs (en zonder verlies) wordt gewerkt voor de beoogde leveringen, en (3) zelfs blijkt dat de bovenliggende vennootschappen waartoe begunstigde behoort zelfs verlieslatend zijn hoewel er in haar prijsverantwoording wordt gesteld dat het financieel gezonde bedrijven betreft, hetgeen verwerende partij klaarblijkelijk niet (zorgvuldig) heeft onderzocht

Zodat: verweerder voormelde rechtsregels en -beginselen heeft geschonden.”

De verzoekende partij brengt eerst het onderscheid tussen door het ziekenfonds terugbetaalde geneesmiddelen en niet-terugbetaalde geneesmiddelen in herinnering, alsook het onderscheid tussen geëlectrooieerde en

generische geneesmiddelen. Zij geeft toelichting bij de prijszetting van fabrikanten en distributeurs van geneesmiddelen en de marges ten aanzien van de apotheekprijs. Vervolgens brengt zij de prestaties in herinnering die van de inschrijvers worden verwacht in het kader van de opdracht, die volgens haar een intensieve inzet van personeel, tijd en middelen vergt. Dit moet de leverancier kunnen bekostigen met de marge die hij neemt op de aankoop en doorverkoop van de geneesmiddelen farmaceutische producten.

Vervolgens doet de verzoekende partij gelden dat de door de gekozen inschrijver geboden korting van 40% excessief hoog is en de door hem verstrekte prijsverantwoording niet voldoet.

De korting is excessief hoog omdat de overige inschrijvers voor leveringen aan bewoners kortingen hebben geboden van 7,5%, 10% en 15% en voor leveringen aan de WZC kortingen van 7,5%, 10% en 25%. In het algemeen wordt aangenomen dat kortingen van 30% en meer op geneesmiddelen als excessief bestempeld kunnen worden, aldus de verzoekende partij, die daarbij verwijst naar een schrijven van de Algemene Pharmaceutische Bond en bestekken van andere, gelijkaardige opdrachten, waaruit blijkt dat al bij een korting van 15% tot 25% de maximumscore wordt behaald. Ook in de intrekingsbeslissing van 27 maart 2018 wordt opgemerkt dat uit ingewonnen juridisch advies blijkt dat er sprake is bij de gekozen inschrijver van kortingen die als “schijnbaar abnormaal” te beschouwen waren. Ten slotte blijkt uit de bestreden beslissing zelf dat twee OCMW-raadsleden nog steeds niet overtuigd zijn dat de opdracht aan de gekozen inschrijver mocht worden gegund wegens onduidelijke prijszetting, zij hebben zich dan ook onthouden bij de stemming over de gunningsbeslissing.

De door de gekozen inschrijver verstrekte prijsverantwoording voldoet niet en deze werd niet zorgvuldig beoordeeld door de verwerende partij, aldus de verzoekende partij. Gelet op het excessieve karakter van de korting was een kritisch onderzoek nochtans een absolute vereiste. Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij één voor één de elementen die in de bestreden beslissing

worden aangehaald ter motivering waarom er te dezen geen sprake is van een abnormale korting:

1) De gekozen inschrijver zou schaalvoordelen genieten omdat hij deel uitmaakt van een internationale groep: dit verantwoordt niet de “monsterkortingen van maar liefst 40%”. Schaalgrootte heeft niet automatisch tot gevolg dat zeer hoge kortingen kunnen worden gekregen bij de fabrikanten, zodanig dat een distributeur een korting van 40% kan aanbieden en voldoende overhouden voor personeel, materiaal, werking en winst. Fabrikanten van geneesmiddelen zouden volgens de verzoekende partij met vaste kortingen werken, ongeacht de grootte van de afnemers. Bovendien blijkt de groep waar de gekozen inschrijver toe behoort “financieel in zeer slechte papieren” te zitten.

2) Er zou minder marge verloren gaan via tussenhandelaars omdat de gekozen inschrijver over een eigen groothandel beschikt: hiermee wordt niet aangetoond dat de gekozen inschrijver de opdracht aan een aanvaardbare, correcte prijs zal uitvoeren. Aangezien de gekozen inschrijver tot een Belgische groep behoort die op zijn beurt deel uitmaakt van een Europese groep, zijn er nog tussenschakels waar marge verloren kan gaan. Bovendien koopt ook de verzoekende partij in belangrijke mate rechtstreeks bij de fabrikanten aan.

3) De laatst beschikbare jaarrekening van de gekozen inschrijver zou aantonen dat er een goede marge is op de verkoop: globale cijfers en resultaten zijn echter nietszeggend wanneer moet worden nagegaan of er voor een concrete opdracht al dan niet abnormale prijzen worden geboden. Daarnaast is deze informatie sterk te nuanceren, aldus de verzoekende partij. De financiële cijfers van de moederbedrijven van de gekozen inschrijver zijn niet rooskleurig. Volgens de verzoekende partij is er sprake van een verlies in 2016 van meer dan vijf miljoen euro en in 2017 van meer dan 2,5 miljoen euro voor Lloydspharma Group nv, de moederverenootschap van de gekozen inschrijver. Uit de op de website Companyweb beschikbare informatie blijkt dat drie waarschuwingen gelden voor deze onderneming: (i) het eigen vermogen is lager dan de helft van het maatschappelijk kapitaal; (ii) er is een negatief rendement op het totaal actief gedurende tenminste twee jaar; (iii) de liquiditeitsratio is lager dan 1, waardoor

moeilijk aan betalingsverplichtingen op de korte termijn kan worden voldaan. Ook de bovenliggende vennootschap (nv Lloydspharma) draait met verlies en heeft een waarschuwing met betrekking tot haar liquiditeitsratio.

4) Lloyd MDD Pharma, Lloydspharma en McKennon Europe zouden financieel gezonde bedrijven zijn, waardoor er geen nood is opdrachten in de wacht te slepen met abnormale prijzen: deze bewering is niet correct gezien het voorgaande. De verwerende partij heeft zich laten leiden door foutieve informatie.

5) De gekozen inschrijver zou voor twee recente opdrachten zelfs 43% korting hebben geboden en dit had geen negatieve invloed op de kwaliteit van de dienstverlening: een vergelijking met prijzen van andere opdrachten kan niet de schijn van abnormaliteit wegnemen van voor de opdracht geboden prijzen, er wordt niet aangetoond dat die andere opdrachten een gelijkaardige dienstverlening vergen. Evenmin volgt hieruit dat de prijzen voor die andere opdrachten wel correct zouden zijn en geen abnormaal karakter vertonen.

6) Bij een vorige opdracht zouden andere apothekers kortingen hebben geboden die in de buurt komen van wat de gekozen inschrijver biedt, dergelijke kortingen zijn dus niet ongebruikelijk: een dergelijke algemene bewering kan niet dienen om de schijn van abnormaliteit weg te nemen. Zelfs voor die opdracht blijven er nog steeds “aanzienlijke verschillen” van 5% en 9% zodat er geen gebruikelijk kortingspercentage uit kan worden afgeleid. Kortingen boven 30% dienen als excessief te worden bestempeld. Er wordt niet aangetoond dat de kortingen van deze andere inschrijver een normaal karakter vertonen in het licht van de opdracht waarvoor ze werden ingediend.

7) Eerbiediging van de verplichtingen inzake milieu-, sociaal en arbeidsrecht: de motivering laat niet toe om na te gaan of er een ernstig onderzoek is gebeurd naar de naleving van deze verplichtingen.

Beoordeling

16. Overeenkomstig artikel 84, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voert de

aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes.

De door de verzoekende partij ingeroepen artikelen 35 en 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luiden als volgt:

“Art.35. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken”.

Art. 36. [...]

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

De aanbestedende overheid wijst de offerte eveneens af wanneer zij heeft vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet, bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is. Wanneer de offerte niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het federaal sociaal- of het arbeidsrecht, deelt de aanbestedende overheid dit mee overeenkomstig paragraaf 5, tweede lid.

In het kader van beoordeling kan de aanbestedende overheid ook rekening houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver. Deze gegevens worden voorgelegd aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren.

Wanneer een aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag lijkt ten gevolge van door de inschrijver verkregen overheidssteun, kan de offerte alleen op die grond worden afgewezen na overleg met de inschrijver en deze niet binnen een door de aanbestedende overheid gestelde toereikende termijn kan aantonen dat de betrokken steun verenigbaar is met de interne markt, in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte afwijst, deelt zij dit mee overeenkomstig paragraaf 5, derde lid. Onderhavig lid is enkel van toepassing voor de opdrachten waarvan het geraamd bedrag gelijk is aan of hoger dan de drempels voor de Europese bekendmaking.”

Krachtens artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient de aanbestedende overheid, wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, een substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren. Volgens die bepaling is dit ook het geval voor een offerte die verscheidene niet-substantiële onregelmatigheden bevat indien de cumulatie of combinatie ervan van aard zijn de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

17.1. De aanbestedende overheid beschikt over een aanzienlijke beslissingsruimte om de in het kader van een onderzoek naar abnormale prijzen gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Het komt niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciatie van het bestuur de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan.

Voorts is het zo dat, indien de aanbestedende overheid, in het kader van haar beoordeling van een prijsverantwoording, verscheidene aangevoerde verantwoordingselementen onderzoekt en aanvaardt, zij met deze motieven in hun geheel genomen rekening mag houden om de prijsverantwoording te aanvaarden. De Raad van State mag desgevraagd wel beoordelen of de aanbestedende overheid bij het aannemen dat deze verantwoordingselementen afzonderlijk of in hun onderlinge samenhang de schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijs hangt, hebben weggenomen, binnen de grenzen van een zorgvuldige beoordeling is gebleven.

17.2.1. Het feit dat een inschrijver deel uitmaakt van een grote buitenlandse ondernemingsgroep die zich op de Belgische markt wil begeven –en dat hij dienvolgens voordelen kan genieten die voortkomen uit de nauwe samenwerking met zijn moederbedrijf en de andere ondernemingen binnen dezelfde groep– lijkt een objectief gegeven dat lagere prijzen kan verantwoorden.

De gekozen inschrijver biedt te dezen een korting van 40% zowel voor de leveringen aan de bewoners als aan de woonzorgcentra. Dat is meer dan de korting die door de overige inschrijvers, onder wie de verzoekende partij, wordt aangeboden. Er kan echter worden vastgesteld dat de verzoekende partij –zoals reeds opgemerkt een kleinere Belgische onderneming– toch ook in staat is om een korting van 25% aan te bieden op de leveringen aan de WZC zelf. Zoals ook reeds vastgesteld bij het onderzoek van het tweede middel, bestaat de wijze van prijszetting voor de opdracht in het opgeven van een korting die zal gelden op niet-terugbetaalde geneesmiddelen en farmaceutische producten.

Zoals de verwerende partij niet ten onrechte lijkt te doen gelden is voor deze opdracht aldus de aankoopprijs van de geneesmiddelen en farmaceutische producten door de potentiële opdrachtnemer van doorslaggevend belang voor zijn prijszetting. Des te lager zijn aankoopprijs, des te hoger de korting op de publieksprijs die hij kan aanbieden aan de aanbestedende overheid. Het zwaartepunt in de prijsvorming voor de opdracht lijkt op het eerste gezicht te liggen bij de onderhandelingsmacht van de inschrijver ten aanzien van de fabrikanten van geneesmiddelen en farmaceutische producten. Het lijkt daarbij aannemelijk dat een multinationale groep, zoals degene waartoe de gekozen inschrijver behoort, die blijkens de verantwoording die hij aan de aanbestedende overheid heeft bezorgd, kan onderhandelen namens in totaal meer dan 7.800 eigen apotheken en partnerapotheken, lagere prijzen en hogere kortingen kan verkrijgen bij de producenten van geneesmiddelen en farmaceutische producten dan een kleinere lokale speler zoals de verzoekende partij, kennelijk een samenwerkingsverband van drie apothekers. Dat de gekozen inschrijver over een eigen groothandel beschikt en dus geen meerprijs dient te betalen of marge dient af te

staan aan economische tussenschakels, lijkt evenzeer een element dat relevantie vertoont ten aanzien van de prijszetting voor de huidige opdracht. De beweringen van de verzoekende partij die het tegendeel zouden moeten bewijzen overtuigen op het eerste gezicht niet in die mate, dat daarom aan de stelling van de verzoekende partij de voorkeur zou moeten worden gegeven.

Ten overvloede kan worden opgemerkt dat bij een gunningsprocedure gevoerd in 2008, voorwerp van het arrest van de Raad van State nr. 190.372 van 12 februari 2009, ook toen al kortingen tot 37% werden geboden voor een vergelijkbare opdracht voor de levering van geneesmiddelen aan het OCMW van Evergem.

In het licht van deze omstandigheden lijkt niet aangetoond dat het aanbieden van een korting van 40% door de gekozen inschrijver, gelet op de schaalvoordelen waarvan hij kan genieten, waar de verzoekende partij in staat is om ook reeds een korting van 25% aan te bieden, door de aanbestedende overheid als excessief had moeten worden beschouwd.

17.2.2. Wat de stelling betreft dat de gekozen inschrijver en zijn moederbedrijf in “slechte papieren” zouden zitten, doet de verwerende partij gelden dat de verzoekende partij geen rekening houdt met de globale situatie van de bedrijvengroep en een selectieve lezing hanteert. De tussenkomende partij betwist daarbij met klem dat haar financiële toestand slecht zou zijn. Het verlies van 2,5 miljoen euro waar de verzoekende partij op wijst, is te wijten aan een afschrijving van 5,442 miljoen euro. Als men deze buiten beschouwing laat, is er een positief eindresultaat. De cijfers van Companyweb die de verzoekende partij vermeldt zijn volgens de tussenkomende partij enkel relevant voor kredietverstrekkers die de kredietwaardigheid van een onderneming willen beoordelen. Daarbij wijst de tussenkomende partij erop dat zij volledig intern gefinancierd wordt door haar moederbedrijf McKesson Europe, dat een dochteronderneming is van de Amerikaanse McKesson Corporation. Deze onderneming had een

jaaromzet in 2017 van ongeveer 200 miljard Amerikaanse dollar en behoort tot de top vijf winstgevende bedrijven van de Verenigde Staten.

Uit dit betoog, dat *prima facie* steunt vindt in de stukken van het administratief dossier en de stukken van de tussenkomen partij, mag op het eerste gezicht worden besloten dat de verwerende partij niet ten onrechte in de bestreden beslissing tot het besluit kon komen dat de gekozen inschrijver wel degelijk financieel dermate gezond is, zodat er voor hem geen nood bestaat om abnormale prijzen te hanteren teneinde opdrachten in de wacht te kunnen slepen.

17.2.3. Voorts lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht de getuigschriften van goede uitvoering van twee gelijkaardige, nog lopende opdrachten voor de levering van geneesmiddelen en farmaceutische producten aan WZC van het OCMW van Lummen en het OCMW van Morsel, voor welke opdrachten de gekozen inschrijver een zelfs nog hogere korting van 43% zou hebben aangeboden, als geruststellende elementen inzake het normale karakter van de geboden korting in aanmerking te hebben mogen nemen.

Er kan worden vastgesteld dat de gekozen inschrijver in dit verband de nodige concrete bewijsstukken bij zijn prijsverantwoording heeft gevoegd.

17.2.4. Wat de eerbiediging betreft van milieu-, sociaal- en arbeidsrecht, wijst de verwerende partij erop dat zij dit niet diepgaand in de gunningsbeslissing heeft besproken omdat het hier confidentiële bedrijfsgegevens betreft. Een gedetailleerde bespreking zou nefast zijn voor de concurrentiële positie van de gekozen inschrijver. De gekozen inschrijver heeft volgens de verwerende partij in elk geval de nodige stavingsstukken bijgebracht en deze zijn volgens haar afdoende.

Uit de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver blijkt inderdaad dat deze is aangesloten bij een sociaal secretariaat, dat hij een mandaat

heeft gegeven ter betaling van de wedde en lonen van zijn werknemers, er werd een kopie van het arbeidsreglement bijgevoegd, er blijkt dat hij is aangesloten bij een kinderbijslagfonds, verzekerd is voor arbeidsongevallen en aangesloten is bij een externe dienst voor preventie en bescherming. In het licht van deze stukken lijkt de vaststelling van de verwerende partij in de bestreden beslissing dat de gekozen inschrijver zijn verplichtingen inzake milieu-, sociaal- en arbeidsrecht naleeft niet buiten de perken van de zorgvuldigheid te treden. Minstens lijkt het niet dat de verwerende partij op dit punt nader onderzoek had moeten verrichten dan zij reeds deed, nu zij heeft vastgesteld dat er geen indicaties zijn dat er zich op deze aspecten een probleem zou stellen dat relevant is voor de prijsvorming van de betrokken inschrijver en hem op dat punt een buitengewoon voordeel verschaft.

17.2.5. Aldus lijkt niet aangetoond dat de motieven die te dezen door de verwerende partij werden gehanteerd om te besluiten tot het niet-abnormaal karakter van de door de gekozen inschrijver aangeboden korting de toetsing aan de zorgvuldigheidsplicht niet doorstaan.

17.3.1. Naast haar specifieke kritieken op de motieven die door de verwerende partij in aanmerking werden genomen, doet de verzoekende partij nog in algemene zin gelden dat een korting van 30% of meer buitenproportioneel zou zijn, waarbij zij verwijst naar een arrest van het Hof van Cassatie en een schrijven van de Algemene Pharmaceutische Bond (APB). Dit standpunt wordt door de verwerende partij en de tussenkomende partij uitvoerig betwist. In essentie doen zij gelden dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie niet relevant is en het schrijven van APB enkel naar dit niet-relevante arrest verwijst.

De verwerende partij en de tussenkomende partij lijken op het eerste gezicht te kunnen worden bijgevalen. Het arrest van het Hof van Cassatie (Cass. 8 november 2001, D.99.0019.N) waar de verzoekende partij naar verwijst, oordeelt immers dat het verlenen van kortingen door een apotheker aan zijn klanten op zich uitsluitend materiële belangen betreft en als dusdanig niet strijdig is met de farmaceutische plichtenleer, tenzij de omvang van die kortingen en de

wijze waarop zij worden toegekend van die aard zijn dat zij strijdig worden met de algemene beginselen en de code van de farmaceutische plichtenleer. Het gaat met andere woorden om een zaak over apothekerstucht en –deontologie, een geheel andere casuïstiek dan deze inzake de gunning van overheidsopdrachten.

Er blijkt op het eerste gezicht niet hoe deze rechtspraak relevant zou zijn ten aanzien van de normaliteit van de prijsvorming bij de gunning van overheidsopdrachten. Dat een apotheker door onder de gangbare prijs van zijn collega's te gaan, mogelijkerwijs bepaalde deontologische regels miskent, lijkt een zaak voor de Orde van Apothekers. Die handelwijze hoeft op zich echter niet tot het besluit te leiden dat de geboden prijzen abnormaal zijn in de zin van het prijzenonderzoek bij de gunning van overheidsopdrachten.

17.3.2. Voorts verwijst de verzoekende partij nog naar het juridisch advies dat in de intrekkingbeslissing wordt aangehaald en waaruit blijkt dat de juridische adviseurs van de verwerende partij het standpunt hebben ingenomen dat de korting 'schijnbaar' abnormaal zou zijn, zodat er een verantwoording moest worden gevraagd. Zulks klopt op het eerste gezicht. Anders dan de verzoekende partij lijkt te veronderstellen wordt in de intrekkingbeslissing echter niet geoordeeld dat de korting van de gekozen inschrijver in elk geval als abnormaal dient te worden verworpen. In zoverre berust het middel op een onjuist uitgangspunt.

17.3.3. Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat twee OCMW- raadsleden zich bij de stemming hebben onthouden. Dit gegeven kan echter, zoals de verwerende partij terecht doet gelden, allerlei redenen hebben en lijkt op zich geen grief die de onrechtmatigheid van de bestreden beslissing kan aantonen.

17.3.4. Het betoog van de verzoekende partij ter terechtzitting inzake de arbeidsintensiviteit van de dienstverlening in het kader van de opdracht en de invloed daarvan op de prijsvorming lijkt niet te kunnen worden bijgevalen gelet

op de vaststelling dat, in de offertes van de inschrijvers, ook in de offerte van de verzoekende partij zelf, op het eerste gezicht uitvoerig wordt benadrukt dat individuele medicatievoorziening in hoge mate geautomatiseerd verloopt, met de inzet van medicatierobots en –machines.

17.4. Het eerste middel dient in zijn geheel te worden verworpen als niet ernstig.

VIII. Besluit en kosten

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

18.2. Gelet op de verwerping, dienen de kosten ten laste van de verzoekende partij te worden gelegd. Deze kosten bestaan uit het rolrecht, de bijdrage overeenkomstig artikel 5, § 1, van de wet van 19 maart 2017 ‘tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijsbijstand’ en de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding.

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, een bijdrage van 20 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 12 juni 2018,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest