

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 254.316 van 8 augustus 2022
in de zaak A. 236.821/XII-9236**

In zake: de NV MEDISTA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans, Christophe Ronse en Caroline
De Mulder
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86/C bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annabelle Bruyndonckx en Michael Bulckaert
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 143/6

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Sociale Zaken en Volksgezondheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kathleen De hornois en Wim Naudts
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
Gateway Building
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV MOVIANO BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Laura Kempeneers en Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Piepelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV RAES PHARMACEUTICAL LOGISTICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie, Fien D'Haenens en Thomas Fiers
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 juli 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde beslissing houdende gunning van de opdracht tot aanneming van diensten hebbende als voorwerp het sluiten van een raamovereenkomst voor het beheer van een strategische stock van geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek) (‘perceel 1’) en medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek (‘perceel 2’) in het kader van de COVID-19-pandemie voor de jaren 2022-2025 waarbij perceel 1 toegewezen wordt aan Movianto Belgium NV en perceel 2 aan Raes Pharmaceutical Logistics NV”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 27 juli 2022 hebben de nv Movianto Belgium en de nv Raes Pharmaceutical Logistics gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 augustus 2022, om 10.00 uur.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaten William Timmermans en Michael Bulckaert, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Wim Naudts, Louis Swennen en Pieter-Jan Tuts, die verschijnen voor de verwerende partij, advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaten Sofie Logie en Thomas Fiers, die verschijnen voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur-generaal Luc Vermeire 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 zet met een oproep tot kandidaten van 17 december 2021 in het Bulletin der Aanbestedingen, respectievelijk van 22 december 2021 in het Publicatieblad van de Europese Unie, een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten in de markt met als voorwerp het sluiten van een “raamovereenkomst voor het beheer van een strategische stock van geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen (met uitzondering van medische hulpmiddelen voor in-vitro diagnostiek) en medische hulpmiddelen voor in-vitro diagnostiek in het kader van de Covid-19-pandemie voor de jaren 2022-2025” met referentie “2022_STRSTK_02” (soms ook 2022STRSTK) (hierna: de opdracht).

De opdracht bestaat uit twee percelen:

- Perceel 1 dat betrekking heeft op het “beheer van een strategische stock van geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen (met uitzondering van medische hulpmiddelen voor in-vitro diagnostiek)” (hierna: perceel 1); en
- Perceel 2 dat betrekking heeft op het “beheer van een strategische stock van medische hulpmiddelen voor in-vitro diagnostiek” (hierna: perceel 2).

Uit deze aankondigingen blijkt onder meer dat de opdracht wordt geplaatst via een mededingingsprocedure met onderhandelingen. Er wordt geen geraamde totale waarde, noch een geraamde waarde per perceel vermeld.

3.2. Blijkens de selectieleidraad met referentie 2022_STRSTK_02 (hierna ook: selectieleidraad) heeft de opdracht een duurtijd van drie jaar verlengbaar met 12 maanden, treedt de verwerende partij op als aankoopcentrale voor een hele reeks klanten, kan de opdracht geraamd worden op een bedrag van ongeveer 10 miljoen euro voor perceel 1 (met een maximumbedrag van 12 miljoen

euro voor bestellingen die op grond van de raamovereenkomst kunnen worden geplaatst), en tot 38 miljoen euro voor perceel 2 (met een maximumbedrag van 45 miljoen euro). De aanvragen tot deelneming moeten elektronisch worden ingediend en dit ten laatste op 28 januari 2022 om 11.00 uur.

De selectieleidraad vermeldt dat de plaatsingsprocedure bestaat uit een (eerste) selectiefase en een (tweede) gunningsfase en de selectieleidraad op deze eerste fase betrekking heeft. Luidens die selectieleidraad worden tijdens de selectiefase de geschikte kandidaten voor de uitvoering van de opdracht geselecteerd “aan de hand van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectiecriteria die in deze Selectieleidraad zijn opgenomen”. In de tweede fase, de gunningfase, zullen de geselecteerde kandidaten tot de indiening van één of meerdere offertes worden uitgenodigd, alsook – desgevallend – tot de onderhandelingen over deze offertes.

3.3. De selectieleidraad omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt (Deel 1, 2):

“Deze Opdracht is een overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 2, 21° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: 'wet overheidsopdrachten').

De Opdracht heeft betrekking op het beheer van een strategische stock van geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen (met uitzondering van medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek) (Lot 1) en medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek (Lot 2).

Geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen (met inbegrip van medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek) worden hierna 'Farmaceutische Producten' genoemd.

Onder beheer wordt verstaan de opslag en de vernietiging van Farmaceutische Producten, alsmede de verdeling ervan onder intermediaire gebruikers, met inbegrip van ziekenhuizen, apotheken (ziekenhuis of voor het publiek toegankelijke apotheek), gemeenschappen in de zin van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen, fabrikanten van geneesmiddelen, laboratoria, testcentra, vaccinatiecentra en, bij wijze van uitzondering groothandelaars (hierna 'Intermediaire Gebruikers'), overeenkomstig de voorwaarden van het bestek en de normen en voorschriften van de toepasselijke wetgeving.

De opslagplaats(en) moet(en) zich op Belgisch grondgebied bevinden.

De Opdracht schrijft de opslag en het vervoer voor van ethanol en isopropanol en van narcotische en psychotrope stoffen, alsmede de opslag en het vervoer bij -80°C van bepaalde farmaceutische producten, waarvoor specifieke vergunningen vereist zijn. De Aanbestedende Overheid stemt ermee in dat de opdrachtnemer, indien hij op het tijdstip van de gunning van de Opdracht nog niet in het bezit is

van dergelijke vergunningen, deze vergunningen na de gunning van de Opdracht kan verkrijgen.

Naast de opslag, de vernietiging en de levering van farmaceutische producten omvat het beheer van de strategische stock ook internationale schenkingen van farmaceutische producten aan door de Aanbestedende Overheid aangewezen intermediaire gebruikers.

Het aantal van deze Intermediaire Gebruikers varieert in de loop van de Opdracht afhankelijk van de behoeften van de Aanbestedende overheid. Het zou ongeveer 5.000 initiële punten omvatten en een aantal van ongeveer 10.000 leveringspunten, gelegen op Belgisch grondgebied kunnen bereiken, met uitzondering van de leveringen in het kader van internationale schenkingen.

Ten slotte vereist de Opdracht dat de geselecteerde Kandidaat in staat is een bestaande voorraad op Belgisch grondgebied over te brengen naar zijn eigen installaties, met inbegrip van de ophaling van alle Farmaceutische Producten zoals gedefinieerd in deze paragraaf, de inbound inspectie en de opslag onder de vereiste voorwaarden.

Voor Lot 1

Teneinde het beheer van de strategische stock van de Aanbestedende Overheid te waarborgen, verricht de Opdrachtnemer onder andere, maar niet uitsluitend, de volgende diensten:

- Ontvangst: lossen en kwalitatieve en kwantitatieve controle van de Farmaceutische Producten;
- Opslag:
 - o in 4 logistieke zones (quarantainezone, non-conformiteitszone, vernietigingszone, conformiteitszone) met een beveiligde ruimte voor verdovende middelen en psychotropen;
 - o in 4 temperatuurzones (15-25°C, 2-8°C, -20°C, -80°C)
- Voorbereiding van bestellingen: picking en verzending;
- Leveringen aan Intermediaire Gebruikers en leveringen (overdrachten) tussen Intermediaire Gebruikers;
- Inzameling en ontvangst van retourzendingen;
- Vernietiging van Farmaceutische Producten;
- Terbeschikkingstelling van geschikte apparatuur voor internationale donaties (transportpallets 15-25°C, 2-8°C, -20°C, -80°C), temperatuurloggers, enz;)
- Voorbereiding van de pallets en vervoer van de voorraden in het kader van de uitstapprocedure aan het einde van het contract;
- FEFO-beheer van de voorraad.

Voor Lot 2

Teneinde het beheer van de strategische stock van de Aanbestedende Overheid te waarborgen, verricht de contractant met name, maar niet uitsluitend, de volgende diensten:

- Ontvangst: lossen en kwalitatieve en kwantitatieve controle van de Farmaceutische Producten (“Inbound”);
- Opslag:
 - o in 4 logistieke zones (quarantainezone, non-conformiteitszone, vernietigingszone, conformiteitszone) met een beveiligde ruimte voor verdovende middelen en psychotropen;
 - o in 4 temperatuurzones (15-25°C, 2-8°C, -20°C, -80°C)

- Voorbereiding van bestellingen: verzamelen en etiketteren van bestaande producten in multiproductkits en hun verzending;
- Leveringen aan Intermediaire Gebruikers;
- Inzameling en ontvangst van retourzendingen;
- Vernietiging van Farmaceutische Producten;
- Terbeschikkingstelling van geschikte apparatuur voor internationale donaties (transportpallets 15-25°C, 2-8°C, -20°C, -80°C), temperatuurloggers, enz;)
- Behandeling en vervoer van de voorraden in het kader van de uitstapprocedure aan het einde van het contract met de geselecteerde Kandidaat en volgens de instructies van de Aanbestedende Overheid;
- FEFO-beheer van de voorraad.

Voor Loten 1 & 2

De diensten worden uitgevoerd volgens de verantwoordelijkheden die zijn beschreven in de Quality Agreement Medicines en Quality Agreement Medical Devices (bijlagen bij dit Bestek).

De normale diensten zullen worden verleend op weekdays, van maandag tot vrijdag, volgens de normale werktijden (8.00 - 17.00 uur). De Aanbestedende Overheid kan verzoeken om aanvullende diensten buiten deze standaarden, d.w.z. 's avonds, in het weekend en zelfs op bepaalde feestdagen. De Kandidaat moet de voor elk van deze tijdstippen beschikbare tijden en de voor al deze diensten geldende prijzen bevestigen.

De Opdrachtnemer moet beschikken over een IT-platform dat continu zicht biedt op de stock (van de Aanbestedende Overheid en van de Intermediaire Gebruikers op regionaal niveau), de bestellingen, de leveringen, de niet-beschikbare stock (niet-conforme, verouderde, beschadigde producten, enz.) en de retourzendingen van klanten, bv, in geval van niet-kwaliteit/conformiteit van Farmaceutische Producten of overtollige stock. De Opdrachtnemer moet ook een vast team ter beschikking hebben en een tweewekelijks overlegplatform met de Aanbestedende Overheid organiseren.

Meer informatie over de te verrichten diensten is opgenomen in het technische gedeelte van het Bestek die aan de Inschrijvers zullen worden medegedeeld”.

3.4. Daarnaast bevat de selectieleidraad voor elk lot/perceel minimale vereisten inzake ‘economische en financiële draagkracht’ en ‘technische en beroepsbekwaamheid’ (Deel 2, 5). Daarbij is onder meer telkens bepaald dat de aanbestedende overheid een kandidaat enkel voor de gunningsfase kan selecteren wanneer aan de in de selectieleidraad vermelde criteria inzake ‘economische en financiële draagkracht’, respectievelijk ‘technische en beroepsbekwaamheid’ is voldaan en daartoe de nodige ondersteunende documenten worden aangeleverd.

Bij de minimale vereisten inzake ‘economische en financiële draagkracht’ wordt vervolgens vermeld dat “[k]andidaten die niet aan de hieronder gespecificeerde minimale eisen voldoen, [niet] zullen worden geselecteerd en van verdere deelname aan de plaatsingsprocedure [zullen] worden uitgesloten”. Dit is

niet hernomen bij de minimale vereisten inzake ‘technische en beroepsbekwaamheid’. Daar is wel bepaald dat de “[k]andidaten wordt verzocht de bewijsstukken met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid via e-tendering in te dienen tegelijk met hun aanvraag tot deelneming”.

Het tweede criterium met betrekking tot de ‘technische en beroepsbekwaamheid’ luidt, wat perceel 1 betreft, als volgt:

“De Kandidaat garandeert dat hij over de nodige vergunningen en attesten beschikt om de diensten in het kader van deze Opdracht uit te voeren en dat hij deze vergunningen en attesten tijdens de uitvoering van de Opdracht zal behouden.

De Kandidaat moet in het bezit zijn van de volgende attesten en vergunningen.

- WDA (wholesale distribution authorisation), inclusief de opslag en distributie van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en een GDP-certificaat, inclusief

- ° een vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot geneesmiddelen die worden bewaard bij een temperatuur van 2-8°C;

- ° een vergunning voor activiteiten met betrekking tot geneesmiddelen die worden opgeslagen bij een temperatuur van -20°C;

- ISO 13485 (ISO-certificaat voor medische hulpmiddelen) of een verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen;

De attesten en vergunningen moeten worden afgegeven door de bevoegde autoriteiten of door een aangemelde instantie voor de afgifte van dergelijke attesten en vergunningen.

De Kandidaat voegt een kopie van de attesten en vergunningen bij zijn Aanvraag tot deelneming.

De Aanbestedende Overheid vestigt de aandacht van de Kandidaat op het feit dat hij op het ogenblik van de uitvoering van de Opdracht in het bezit moet zijn van de volgende attesten/vergunningen:

- Vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot geneesmiddelen die bij een temperatuur van -80°C worden bewaard;

- Vergunning voor de opslag en het vervoer van ethanolen isopropanol;

- Vergunning voor activiteiten voor verdovende en psychotrope stoffen, zoals bedoeld in artikel 6 van het koninklijk besluit van 6 september 2017 houdende regeling van verdovende middelen en psychotrope stoffen;

- Vergunning category 1.2 “Without a Marketing Authorisation in the EEA and intended for EEA Market”

Indien de Kandidaat op het ogenblik van de gunning van de Opdracht niet in het bezit is van een van deze vergunningen, verbindt de Kandidaat zich er tegenover de Aanbestedende Overheid toe om de nodige stappen te ondernemen om deze attesten/vergunningen zo snel mogelijk te verkrijgen, en ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie. Indien de Kandidaat nog niet in het bezit is van deze attesten/vergunningen, zal hij wel het bewijs van aanvraag aan zijn aanvraag tot deelneming toevoegen.”

Wat perceel 2 betreft, luidt het tweede criterium met betrekking tot de ‘technische en beroepsbekwaamheid’:

“De Kandidaat toont aan dat hij over de nodige vergunningen en attesten beschikt om de diensten in het kader van deze Opdracht uit te voeren en dat hij deze vergunningen en attesten tijdens de uitvoering van de Opdracht zal behouden.

De Kandidaat is in het bezit van het volgende attest of de volgende attesten en vergunningen:

- ISO 13485 (ISO-certificaat voor medische hulpmiddelen) of verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen
- een vergunning voor activiteiten met betrekking tot (vervoer en opslag) IVD's die worden bewaard bij een temperatuur van 2-8°C en -20°C en -80°C.

De attesten en vergunningen moeten worden afgegeven door de bevoegde autoriteiten of door een aangemelde instantie voor de afgifte van dergelijke attesten en vergunningen.

De Kandidaat voegt een kopie van de attesten en vergunningen bij zijn Aanvraag tot deelneming.

De Aanbestedende Overheid vestigt de aandacht van de Kandidaat of de voorgestelde onderaannemer op het feit dat hij op het ogenblik van de uitvoering van de Opdracht in het bezit moet zijn van deze vergunning:

- Vergunning voor de opslag en het vervoer van ethanol en isopropanol

Indien de Kandidaat op het ogenblik van de gunning van de Opdracht niet in het bezit is van een van deze vergunningen, verbindt de Kandidaat zich er tegenover de Aanbestedende Overheid toe om de nodige stappen te ondernemen om deze attesten/vergunningen zo snel mogelijk te verkrijgen, en ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie.”

3.5. Er wordt geen gebruik gemaakt van de in de selectieleidraad (punt 7.1) opgenomen mogelijkheid om vragen te stellen.

Alle kandidaten, dit zijn de verzoekende partij en de nv Movianto Belgium voor de percelen 1 en 2 en de nv Raes Pharmaceutical Logistics (deze laatste enkel voor perceel 2), worden op 19 april 2022 geselecteerd.

Voor de nv Movianto Belgium gebeurt dit blijkens die selectiebeslissing nadat voor perceel 1 verduidelijking is gevraagd met betrekking tot haar ‘technische en beroepsbekwaamheid’. Voor perceel 2 werd er aan alle kandidaten verduidelijking gevraagd: aan de verzoekende partij en aan de nv Raes Pharmaceutical Logistics over hun ‘economische en financiële draagkracht’; aan de nv Movianto Belgium over haar ‘technische en beroepsbekwaamheid’.

Uit het administratief dossier blijkt dat aldus vooraf aan de selectiebeslissing aan de nv Movianto Belgium, volgende vraag werd gesteld: “Kan u ons de vergunning voor activiteiten met betrekking tot (vervoer en opslag) IVd’s die worden bewaard bij een temperatuur -80°C nog bezorgen?”, waarop deze antwoordt dat zij “momenteel nog niet [beschikt] over de vergunning voor opslag van -80°C producten. De nv Movianto Belgium stelt nog: “Deze konden we tot nog toe niet aanvragen bij het FAGG omdat we geen klanten hebben in België die dergelijke producten bij ons opslaan. Echter hebben we wel reeds de nodige Change Control documenten geopend om deze aanvraag bij het FAGG te starten, eens de aanbesteding ons gegund zou worden. Deze Change Control was toegevoegd aan onze indiening en vindt u ook terug in bijlage.”

Wat perceel 1 betreft, bevat de selectiebeslissing inzake het tweede criterium betreffende de beoordeling van de ‘technische en beroepskwaamheid’ in hoofde van de bij dat perceel betrokken kandidaten wat volgt:

“1. Medista NV

[...]

- Technische en beroepsbekwaamheid

[...]

Tweede criterium: De kandidaat heeft een kopie van zijn WDA-vergunning en een verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen overgemaakt. De kandidaat heeft een kopie van zijn vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot geneesmiddelen die bij een temperatuur van -80°C worden bewaard, een kopie van zijn vergunning voor de opslag en het vervoer van ethanol en isopropanol en een kopie [van] zijn vergunning voor activiteiten voor verdovende en psychotrope stoffen, zoals bedoeld in artikel 6 van het koninklijk besluit van 6 september 2017 houdende regeling van verdovende middelen en psychotrope stoffen en een kopie van zijn registratie als distributeur, toegevoegd. De WDA-vergunning van de kandidaat bewijst ook de vergunning voor category 1.2 ‘Without a MA in the EEA and intended for EEA Market’.

[...]

2. Movianto NV

[...]

- Technische en beroepsbekwaamheid

[...]

Tweede criterium: De kandidaat heeft een kopie van zijn WDA-vergunning en een verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen overgemaakt. De WDA-vergunning van de kandidaat bewijst ook de vergunning voor category 1.2 ‘Without a MA in the EEA and intended for EEA Market’. De kandidaat heeft een kopie van zijn vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot

geneesmiddelen die bij een temperatuur van -80°C worden bewaard, een kopie van zijn vergunning voor de opslag en het vervoer van ethanol en isopropanol en een kopie zijn vergunning voor activiteiten voor verdovende en psychotrope stoffen, zoals bedoeld in artikel 6 van het koninklijk besluit van 6 september 2017 houdende regeling van verdovende middelen en psychotrope stoffen en een kopie van zijn registratie als distributeur, toegevoegd.
[...]"

Voor perceel 2 luidt de beoordeling van het tweede criterium inzake de 'technische en beroepsbekwaamheid', te dezen voor de drie betrokken kandidaten als volgt:

"1. Medista NV

[...]

- Technische en beroepsbekwaamheid

[...]

Tweede criterium: De kandidaat heeft een vergunning voor activiteiten met betrekking tot (vervoer en opslag) IVD's die worden bewaard bij een temperatuur van 2-8°C, -20°C en -80°C bezorgd. De kandidaat heeft een verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen overgemaakt.

[...]

2. Movianto NV

[...]

- Technische en beroepsbekwaamheid

[...]

Tweede criterium: De kandidaat heeft een verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen overgemaakt. De kandidaat bezit een vergunning voor activiteiten met betrekking tot (vervoer en opslag) IVD's die worden bewaard bij een temperatuur van 2- 8°C en -20°C. Met betrekking tot de vergunning voor activiteiten met betrekking tot (vervoer en opslag) IVD's die worden bewaard bij een temperatuur van -80°C werden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag tot deelneming de nodige change control documenten aangevraagd bij het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG). Op deze manier werd meer dan voldoende bewijs geleverd dat de kandidaat voldoet aan een voorwaarde die geldt voor de uitvoering van de betrokken opdracht.

[...]

3. Raes Pharmaceutical Logistics NV

[...]

- Technische en beroepsbekwaamheid

[...]

Tweede criterium: De kandidaat heeft een vergunning voor activiteiten met betrekking tot (vervoer en opslag) IVD's die worden bewaard bij een temperatuur van 2-8°C en -20°C en -80°C en een verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen overgemaakt.

[...].".

3.6. Op 19 april 2022 worden zij uitgenodigd om een offerte in te dienen, initieel tegen 16 mei 2022 om 16.00.

3.7. Tevens op 19 april 2022 wordt aan de kandidaten het bestek met referentie 2022STKRSTK bezorgd (hierna: het bestek). Het gaat om een raamovereenkomst (1.5) en een opdracht tegen prijslijst (1.6)

In dat verband bepaalt het bestek in artikel 1.6 “Prijsbepaling”:

“1.6.1 Prijsvaststelling

De Opdracht wordt beschouwd als een Opdracht tegen prijslijst conform artikel 2, 4° van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten.

1.6.2. Prijsopgave

a) Indien zulks voor de nauwkeurigheid van de eenheidsprijzen vereist is, mag de Inschrijver die tot twee decimalen preciseren.

b) De Inschrijver vermeldt de betaling over de toegevoegde waarde (BTW) in een afzonderlijke post van de prijsinventaris en voegt ze bij de prijs van de Offerte.

1.6.3. Inbegrepen prijselementen

Naast de elementen opgesomd in artikel 32, §3 KB Plaatsing zijn de volgende elementen inbegrepen in de prijs:

*de administratie en het secretariaat, i.h.b. de administratieve verwerking van bestellingen;

*de documentatie en rapportering die met de diensten verband houdt;

*de levering van documenten of stukken die inherent zijn aan de uitvoering;

*in voorkomend geval, de voor het gebruik noodzakelijke vorming;

*in voorkomend geval, de maatregelen die door de wetgeving inzake de veiligheid en de gezondheid van de werknemers worden opgelegd voor de uitvoering van hun werk.

*in voorkomend geval de kosten m.b.t. intellectuele rechten;

*het verzorgen van de rapportering;

*de deelname aan implementatie- en opvolgingsvergaderingen;

*Kosten Exitprocedure”.

3.8 Daarnaast beschrijft het bestek in artikel 1.10 de “Planning van de gunningsfase” waarin onder meer kan worden gelezen dat de opdrachtgever in elke stap van de plaatsingsprocedure, zonder daartoe verplicht te zijn, schriftelijk bijkomende inlichtingen en informatie kan opvragen bij de inschrijvers en dat - behoudens andersluidende schriftelijke instructie van de opdrachtgever, de inschrijvers vragen om verduidelijking of bijkomende informatie (in beginsel) binnen de drie (3) werkdagen dienen te beantwoorden. Indien zij een langere

termijn noodzakelijk achten. Verder worden achtereenvolgens volgende stappen voorzien tijdens de gunningsfase:

“(a) Stellen en beantwoorden van vragen

Alle vragen over deze Opdracht dienen uiterlijk vijftien (15) kalenderdagen vóór de uiterste indieningsdatum van de Offertes te worden gesteld. Na die termijn worden vragen niet meer aanvaard noch behandeld.

Alle vragen moeten verplicht en duidelijk verwijzen naar de overeenstemmende referenties van het Bestek (bv. deel 1, punt 1.1, paragraaf 1, pagina 1).

De opdrachtgever publiceert de antwoorden op de vragen uiterlijk zeven (7) dagen vóór de uiterste datum voor de indiening van de offertes op <https://enot.publicprocurement.be/enot-war/>, samen met de andere documenten die betrekking hebben op de Opdracht. Zo er geen vragen werden gesteld, wordt er niets gepubliceerd.

Zo de Inschrijver in de Opdrachtdocumenten fouten of tekortkomingen aantreft die het onmogelijk maken de prijs te berekenen of de Offertes te vergelijken, moet hij de Opdrachtgever daarvan onmiddellijk schriftelijk in kennis stellen, uiterlijk tien (10) dagen vóór de datum die is vastgesteld voor de ontvangst van de Offertes.

(b) Eerste beoordelingsronde

De ingediende Offertes worden tijdens een eerste beoordelingsronde getoetst op hun regelmatigheid, waaronder hun volledigheid en overeenstemming met de essentiële vormvoorschriften zoals beschreven in dit Bestek.

Inschrijvers die een substantieel onregelmatige Offerte indienen, worden in beginsel definitief van verdere deelname aan deze plaatsingsprocedure uitgesloten, onverminderd de eventuele regularisatie conform artikel 76, §4 KB 18 april 2017.

In de mate de Opdrachtgever tot regularisatie zou overgaan, zal de betrokken Inschrijver de kans krijgen om een nieuwe Eerste Offerte in te dienen. Een dergelijke nieuwe Eerste Offerte vervangt de eerder ingediende Offerte en mag behalve het wegwerken van de substantiële onregelmatigheid geen andere vormelijke of inhoudelijke wijzigingen omvatten.

(c) Onderhandelingen, eventuele indiening gewijzigde Offertes en/of BAFO, gunning van de Opdracht en ondertekenen van de Overeenkomst

De onderhandelingen zijn gepland vermeld in de periode in *littera* (d) van op dit punt 1.9 [lees 1.10] vermelde periode.

De Opdrachtgever behoudt zich het recht voor om tijdens deze onderhandelingen de weerhouden Inschrijvers te vragen één of meerdere gewijzigde Offertes en/of een best and final offer (BAFO) in te dienen, desgevallend op basis van een aangepast Bestek.

De Opdrachtgever heeft steeds het recht om geen onderhandelingen te voeren ofwel bijkomende onderhandelingsrondes te organiseren of één of meerdere Inschrijvers uit te nodigen tot bijkomende wijzigingen van de Offertes.

De planning voorziet om de Opdracht in de loop van de in *littera* (d) van dit punt 1.9 [lees 1.10] vermelde maand te gunnen.

Overeenkomstig artikel 11 van 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, zal de Opdrachtgever een wachttermijn van 15 dagen in acht nemen alvorens tot de sluiting van de Opdracht over te gaan.

(d) Termijnen procedure

In onderstaande tabel treft u de stappen en de bijhorende beoogde planning van de gunningsfase voor deze Opdracht aan.

De in deze tabel vermelde deadlines voor het indienen van vragen en het indienen van de Offerte bij de Opdrachtgever zijn bindend.

De overige in de deze tabel vermelde data zijn ten aanzien van de Opdrachtgever slechts indicatief en houden geen enkele verbintenis in.

Stap	Activiteit	Wie	Deadline
1.	Indienen aanvragen bij de Opdrachtgever	Inschrijver	15 dagen voor de indieningsdatum van de offerte
2.	Communicatie antwoorden op vragen Inschrijvers	Opdrachtgever	7 dagen voor de indieningsdatum van de offerte
3.	Uiterste datum voor indiening van een Offerte	Inschrijver	16 mei 2022 om 16u
4.	Onderhandelingen (en eventuele indiening gewijzigde Offertes en/of BAFO	Opdrachtgever en Inschrijver	1 week na de indieningsdatum van de offerte
5.	Gunning Opdracht	Opdrachtgever	Begin juni 2022
6.	Sluiting Opdracht	Opdrachtgever en Inschrijver	Midden juni 2022
7.	Aanvang Opdracht	Opdrachtgever en Inschrijver	Juli 2022

3.9. Artikel 1.11 “Gunning en sub-gunningscriteria” van het bestek bevat voor elk perceel vier gunningscriteria, met name (1) Prijs (70 punten), (2) Kwaliteit van de aanpak en dienstverlening (10 punten), (3.) IT-platform (10 punten) en (4) Opslagcapaciteit (10 punten). Dit wordt verder omstandig toegelicht en, met name voor het criterium “Prijs” (perceel 1), als volgt:

“De prijsvergelijking tussen de verschillende Offertes zal gebeuren op basis van de door de Inschrijver in te vullen prijslijst (zie tevens Bijlage 2a “Prijsinventaris Perceel 1”). De beoordeling gebeurt op basis van de totale offerteprijs die zal worden berekend door alle in de prijsinventaris opgegeven eenheidsprijzen te vermenigvuldigen met de opgegeven hoeveelheden.

Vervolgens wordt aan elke Offerte een score toegekend waarbij de volgende formule wordt gehanteerd:

Score criterium prijs = (Prijs laagste Offerte/prijs huidige Offerte)² x 70 punten

De Inschrijver vult de bij dit Bestek gevoegde prijsinventaris in. De opgegeven hoeveelheden zijn indicatieve hoeveelheden en vormen een weerspiegeling van hoe vaak de verschillende elementen (vermoedelijk) verhoudingsgewijs zullen afgenomen worden.

De Inschrijver dient voor alle posten verplicht een prijs in te vullen, een gelijke prijs voor meerdere posten is hierbij toegelaten. Wanneer voor een bepaalde post geen afzonderlijke kost wordt aangerekend, vult de Inschrijver ‘0’ in.

De Inschrijver houdt bij het indienen van de prijzen rekening met de bepalingen onder 1.6.3.”

Voor perceel 2 is de omschrijving dezelfde behoudens dat naar bijlage 2b “Prijsinventaris Perceel 2” wordt verwezen.

3.10. Artikel 1.12 van het bestek, tot slot, bepaalt inzake de “Prijsinventaris” dat de offerteprijzen moeten worden ingevuld in de bij het bestek behorende prijsinventaris. Er is voorzien in een afzonderlijk tabblad per perceel. De opgegeven hoeveelheden zijn vermoedelijke hoeveelheden, die voor de berekening van de totaalprijs vermenigvuldigd worden met de vaste looptijd van 3 jaar. De prijsinventaris heeft betrekking op de standaarddiensten (die voor elk perceel concreet worden opgesomd) en die van maandag tot vrijdag (behalve op feestdagen) worden verleend. Bepaalde diensten die op zaterdag worden verricht, worden met 50% verhoogd en, indien ze op zon- en feestdagen worden verricht, met 100%. De kosten die gepaard gaan met de afsluitingsprocedure (zie hoofdstuk 3.13.3. van het bestek) dienen inbegrepen te zijn in de opgegeven prijzen van de inventaris. Volgens de betrokken bestekbepaling dient de inschrijver voor alle posten verplicht een prijs in te vullen waarbij eensdeels een gelijke prijs voor meerdere posten is toegelaten en, wanneer voor een bepaalde post geen afzonderlijke kost wordt aangerekend, ‘0’ wordt ingevuld. Bij het indienen van de prijzen houdt de inschrijver rekening met de bepaalde ronde prijs (zie 1.6 “Prijsbepaling”), waaronder de inbegrepen prijselementen zoals bepaald onder 1.6.3, i.h.b. rapportering. Het genoemde artikel 1.12 van het bestek vermeldt tot slot nog dat “eenheidsprijzen worden vastgesteld voor de duur van het contract en alle kosten en uitgaven [omvatten] in verband met alle taken die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de diensten, met inbegrip van alle uitgaven die direct of indirect door de opdrachtnemer worden gedaan in verband met de te verrichten diensten”.

3.11. De technische specificaties (in hoofdstuk 2 van) het bestek beschrijven omstandig het operationeel proces dat de geselecteerde inschrijver moet volgen.

3.12. Met een aangetekende brief en e-mail van 6 mei 2022 aan de Vice-eersteminister en Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid formuleert

de verzoekende partij via haar raadslieden een aantal bezwaren tegen de wijze waarop de opdracht wordt geplaatst en de wijze waarop het bestek is opgesteld en vraagt zij om dat bestek in te trekken en de gunningsprocedure stop te zetten en de beslissing ter zake uiterlijk op 13 mei 2022 mee te delen. Een van de bezwaren betreft “leemtes en onduidelijkheden in de meetstaat”.

3.13. Op 9 mei 2022 ontvangt de verzoekende partij vanwege de verwerende partij een overzicht van de vragen die door de geselecteerde kandidaten werden gesteld met betrekking tot het bestek en de antwoorden daarop (hierna: de V&A).

Vraag 9 luidt: “Een audit logfile is doorgaans uitgebreider dan enkel een lijst van personen met toegang tot een systeem. Kan u verduidelijken wat er precies gewenst is aub?”

Het antwoord van de verwerende partij daarop luidt dat “[h]et moeilijk [is] om de vraag in een paar zinnen te beantwoorden. Wij stellen voor dit te bespreken en te verduidelijken tijdens de volgende weekvergadering met de inschrijvers.”.

3.14. Met een aangetekende brief en e-mail van 11 mei 2022 aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid wijst de verzoekende partij via haar raadslieden erop dat de inhoud van dit antwoord andermaal bevestigt dat de overheidsopdracht “op manifeste onwettige wijze en met manifeste schending van het gelijkheidsbeginsel wordt georganiseerd aangezien zij niet werd uitgenodigd voor enige informatiesessie of enig ander contactmoment, laat staan op weekvergaderingen met de overige inschrijvers”. Zij stelt dat zij aldus niet met gelijke wapens kan strijden en een onoverbrugbare achterstand heeft opgelopen ten aanzien van de andere inschrijvers aangezien zij, in tegenstelling tot andere kandidaat-inschrijvers, geen bijkomende inlichtingen mocht ontvangen tijdens dergelijke “weekvergaderingen” die blijkbaar met andere inschrijvers worden georganiseerd. Zij herhaalt ook de eerdere opmerking over het ontbreken van een “*level playing field*” naar aanleiding van een andere vraag en antwoord, en vraagt opnieuw om het bestek in te trekken en de gunningsprocedure stop te zetten en die beslissing uiterlijk op 13 mei mee te delen.

3.15. In een niet-gedateerde aangetekende brief (met poststempel 16 mei 2022) en een e-mail die de verzoekende partij naar eigen zeggen op 17 mei 2022 ontvangt, antwoordt de minister “op dit moment” niet inhoudelijk te zullen ingaan op de bezwaren in de brieven van 6 en 11 mei 2022, maar zich het recht voor te behouden om dit in een later stadium te doen. Hij benadrukt dat zij in het kader van deze opdracht alle regels volgen en zullen blijven volgen, dat de deadline voor het indienen van de offerte op 16 mei is voorzien en dat tegen de te nemen gunningsbeslissing de gebruikelijke rechtsmiddelen openstaan.

3.16. Nog op 11 mei 2022 vraagt de verzoekende partij, via haar raadslieden, aan de verwerende partij, om, in toepassing van de wetgeving openbaarheid van bestuur, onder meer de stukken die betrekking hebben op de kwestieuze wekelijkse vergaderingen over te maken.

Op 24 juni 2022 antwoordt de verwerende partij waarom zij om de in dat schrijven opgegeven motieven niet kan ingaan op de vraag tot overmaking van de gevraagde stukken. Zij benadrukt daarbij onder meer dat via haar raadslieden bovendien reeds duidelijk werd aangetoond dat er “voorafgaand aan 20 mei 2022 m.b.t. de plaatsingsprocedure n° 2022STRSTK nooit wekelijkse vergaderingen tussen de FOD Volksgezondheid en de inschrijvers bij de plaatsingsprocedure n° 2022STRSTK hebben plaatsgevonden en nooit uitnodigingen voor dergelijke vergaderingen werden verstuurd”.

3.17. Op 16 mei 2022 om 10.08 uur deelt de verwerende partij met een e-mailbericht mee dat, “gelet op het feit dat er nog enkele vragen zijn gerezen met de betrekking tot de prijsinventaris”, de uiterste datum van indiening van de offertes wordt uitgesteld naar “donderdag 19 mei 2022 om 16h”, dat het nodige zal worden gedaan om spoedig bijkomende toelichting op transparante wijze over te maken aan alle kandidaten en dat met dit uitstel alle kandidaten voldoende tijd hebben om de prijsinventaris op correcte wijze te begrijpen en in te vullen.

Blijkbaar had de verwerende partij reeds eerder in een e-mailbericht van 12 mei 2022 meegedeeld dat er verschillende fouten zijn teruggevonden in de prijslijst die daarom wordt aangepast, en in een e-mailbericht

van 13 mei 2022 dat de prijslijst is aangepast en beschikbaar op het *e-procurement* platform.

Volgens de bestreden beslissing dienden de offertes uiteindelijk op 20 mei 2022 om 12.00 uur te worden ingediend. Ook de verzoekende partij verwijst in het verzoekschrift naar die datum, net zoals de tussenkomende partijen.

3.18. Met een per gerechtsdeurwaardersexploot betekende brief van 17 mei 2022 van haar raadslieden gericht aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid en de Eerste Minister wijst de verzoekende partij op de volgens haar bevreedende chronologie met betrekking tot de mededeling van de uitgestelde uiterste indieningsdatum: in de op 16 mei 2022 verzonden brief van de minister (*cfr. supra* punt 3.15) wordt nog gewag gemaakt van 16 mei 2022, en de verzoekende partij voert in haar schrijven aan dat de betrokken ambtenaar de handtekening van de minister “misbruikt”. De verzoekende partij vraagt opnieuw om het bestek in te trekken, de gunningsprocedure stop te zetten en die beslissing uiterlijk op 19 mei vóór 14.00 uur mee te delen.

Met een aangetekende brief en e-mail van 25 mei 2022 antwoordt de minister de inhoud van de brief van 17 mei 2022 van de verzoekende partij integraal te betwisten en benadrukt hij dat er op geen enkele manier sprake is van misbruik van handtekening door de betrokken ambtenaar.

3.19. Alle voor de betrokken percelen geselecteerde kandidaten dienen tijdig een offerte in, dat wil zeggen de verzoekende partij en de nv Movianto Belgium voor percelen 1 en 2, en de nv Raes Pharmaceutical Logistics voor perceel 2.

3.20. Op 23 mei 2022 vraagt de verwerende partij aan de inschrijvers om, alvorens tot onderhandelingen over te gaan, hun offertes te regulariseren tegen uiterlijk 30 mei 2022 om 16.00 uur. De gevraagde regularisering betreft het toevoegen van “de opschaalsnelheid en wijze van opschalen voor zowel perceel 1 als 2”, evenals het toevoegen van “het specifieke antwoordformulier (bijlage 9 bij het Bestek) inzake “Flexibiliteit Computersysteem” voor zowel perceel 1 als perceel 2”. Tegelijk wordt door de verwerende partij meegedeeld dat, gelet hierop,

de “presentatiesessie/onderhandeling van morgen”, dus 24 mei, wordt uitgesteld naar “volgende week donderdag 2 juni om 14u15”.

3.21. De inschrijvers wordt aldus conform het bestek de mogelijkheid geboden om hun offerte individueel te presenteren, op basis van dat bestek (*cfr. supra* punt 3.8). Deze presentatie, alsook de onderhandelingen worden uiteindelijk georganiseerd op 2 juni 2022. Eerder was nog (de week van) 24 mei voorzien (zie *supra* “stap 4” in de in punt 3.8 aangehaalde tijdstabel).

3.22. Vervolgens worden, blijkens de bestreden beslissing, de inschrijvers op 10 juni 2022 uitgenodigd om uiterlijk tegen 15 juni 2022 om 10u een verbeterde offerte (*best and final offer*) in te dienen.

3.23. Intussen heeft de verzoekende partij op 25 mei 2022 een eenzijdig verzoekschrift ingediend bij de Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel tot aanstelling van een gerechtelijk sekwester om de verwerende partij de overlegging te bevelen aan de sekwester van de documenten waaruit het bestaan van de vergaderingen blijkt die buiten het medeweten van de verzoekende partij werden gehouden. Dezelfde dag wordt dit verzoek in eerste aanleg afgewezen.

Hiertegen gaat de verzoekende partij in beroep op 30 mei 2022.

Op 7 juni 2022 wordt het verzoek van de verzoekende partij ingewilligd door het hof van beroep te Brussel en wordt gerechtsdeurwaarder C.D.M. aangesteld als gerechtelijk sekwester om de volgende documenten die kaderen in de voorliggende overheidsopdracht met referte 2022STRSTK voor de periode tot en met vrijdag 20 mei 2022 binnen een termijn van twee werkdagen vanaf de uitspraak van het arrest op voorlegging van het arrest aan de sekwester te overhandigen:

- “- De uitnodigingen aan de geselecteerde kandidaten (andere dan Medista NV) voor de vergaderingen met de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu;
- De agenda's van deze vergaderingen;
- De aanwezigheidslijst van deze vergaderingen;

- De verslagen van de vergaderingen waarop alle geselecteerde kandidaten (andere dan Medista NV) aanwezig of uitgenodigd waren;
- De documenten overhandigd of meegedeeld aan de deelnemende kandidaten tijdens en naar aanleiding van die vergaderingen bedoeld in het vorige punt;
- Het emailverkeer tussen de geselecteerde kandidaten en de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu in dit verband;
- Een inventaris van de documenten overhandigd of meegedeeld aan de deelnemende kandidaten tijdens en naar aanleiding van die vergaderingen bedoeld in het vorige punt.”

Deze beschikking tot aanstelling van een gerechtelijk sekwester wordt op 8 juni 2022 aan de verwerende partij betekend.

3.24. Met een schrijven van 10 juni 2022 delen de raadslieden van de verwerende partij aan het gerechtelijk sekwester mee vrijwillig uitvoering te zullen geven aan het sekwester en “bevestigt [de verwerende partij] formeel dat er voorafgaand aan 20.05.2022 m.b.t. de Raamovereenkomst (i) nooit wekelijkse vergaderingen tussen de FOD Volksgezondheid en de inschrijvers op de Raamovereenkomst hebben plaatsgevonden, (ii) noch dat er ooit uitnodigingen voor dergelijke vergaderingen verstuurd zijn geweest”. Ter bevestiging hiervan wordt een verklaring op eer dan wel getuigenverklaring in de zin van artikel 961/1 van het Gerechtelijk Wetboek bijgevoegd van aangestelden van de verwerende partij die bij de opdracht betrokken zijn. Er kunnen volgens dit antwoord dan ook geen documenten met betrekking tot dergelijke vergaderingen worden overgemaakt.

Verder stelt de verwerende partij in dat schrijven nog dat “[...] de beschikking naar alle waarschijnlijkheid werd gewezen ingevolge een foutieve en onjuiste voorstelling van de feitenhistoriek” waarbij zij er onder meer op wijst dat de verzoekende partij sedert begin mei voorhoudt dat er sprake zou zijn van een miskennis van de reglementering inzake overheidsopdrachten bij de voorliggende aanbesteding omdat er - naar het oordeel van de verzoekende partij - (i) geen level playing field zou zijn gelet op niet-pertinente en onregelmatige eisen in het bestek (inzake opslagcapaciteit), (ii) leemtes en onduidelijkheden in de meetstaat, (iii) schending van auteursrechten en bedrijfsgeheimen, (iv) miskennis van de lopende raamovereenkomst, en een (v) manifeste schending van het gelijkheidsbeginsel. De verwerende partij benadrukt in dat schrijven dat al deze

beweringen door haar formeel werden geprotesteerd bij schrijven van 16 mei 2022 en 25 mei 2022 die zij als bijlagen voegt. Voorts stelt ze nog dat er een “duidelijk misverstand over het bestaan van ‘wekelijkse vergaderingen met andere geselecteerde kandidaten’ [is]” wat zij toelicht op grond van de verklaring op eer, dan wel getuigenverklaring van dhr. G.A. en verduidelijkt dat “de bewuste passage op zijn verzoek [is] ingevoegd in het document met als titel ‘2022STRKSTA_QA_20220509’ d.d. 09.05.2022. Hiermee wou hij een verwijzing maken naar de geplande toelichting van de offerte, inclusief onderhandelingen, met alle inschrijvers op d.d. 24.05.2022 (zie bijlage 3)”. Zij besluit dat er met andere woorden “nooit sprake [is] geweest van wekelijkse vergaderingen, doch wel een onjuiste formulering. Daarnaast informeert ze het gerechtelijk sekwester dat de te sluiten raamovereenkomst de overheidsopdracht die de verzoekende partij momenteel uitvoert voor de FOD Volksgezondheid zal vervangen, alsook “dat er zich tijdens de uitvoering van deze reeds gegunde opdracht diverse geschillen zijn ontstaan met een uitgebreide historiek”.

Alle bij dit antwoord gevoegde verklaringen op eer bevatten onder meer de volgende passage:

“Vanaf aanvang van de plaatsingsprocedure - georganiseerd door de Belgische Staat - van de overheidsopdracht met als referte ‘2022STRSTK’, die een Raamovereenkomst voor het beheer van een strategische stock van geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen (met uitzondering van medische hulpmiddelen voor in-vitro diagnostiek) en medische hulpmiddelen voor in-vitro diagnostiek in het kader van de Covid-19-pandemie voor de jaren 2022-2025 omvat, tot 20.05.2022 ben ik als aangestelde betrokken bij deze plaatsingsprocedure.

Om die reden ben ik op de hoogte gesteld van de beschikking met als rolnummer ‘A.R. 2022/QR/19’ van het Hof van beroep te Brussel, 17de Kamer, d.d. 07.06.2022, waar wordt opgelegd aan de Belgische Staat om navolgende documenten te overhandigen aan de gerechtsdeurwaarder [C.D.M.] die handelt in haar hoedanigheid van gerechtelijk sekwester (bewaarnemer):

[...]

Bij huidige verklaring op eer, dan wel getuigenverklaring, deel ik mee dat ik geen kennis heb dat dergelijke vergaderingen ooit hebben plaatsgevonden, noch dat dergelijke uitnodigingen ooit verstuurd zouden zijn geweest, alsook dat de door mij verstrekte toelichting in huidig document een waarheidsgetrouwe weergave is van de feiten.

Voor zover men zou verwijzen naar het document met als titel ‘2022STRKSTK_QA_20220509’ d.d. 09.05.2022 om voor te houden dat er toch sprake zou zijn van enige vergadering met geselecteerde kandidaten zonder Medista NV, benadruk ik dat het antwoord op vraag 9 zijnde *‘het is moeilijk om*

de vraag in een paar zinnen te beantwoorden. Wij stellen voor dit te bespreken en te verduidelijken tijdens de volgende weekvergadering met de inschrijvers' een verwijzing uitmaakt naar de geplande toelichting van de offerte, inclusief onderhandelingen, met alle inschrijvers op d.d. 24.05.2022.

Medista NV heeft deze vergadering d.d. 24.05.2022 echter daags voordien zelf geannuleerd.

De geplande toelichting van de offerte, inclusief onderhandelingen, met alle inschrijvers, waarbij Medista NV eveneens aanwezig was, is uiteindelijk doorgegaan op d.d. 02.06.2022 - en aldus na 20.05.2022 -.

Voor het overige hebben er nooit tijdens de plaatsingsprocedure van voormelde overheidsopdracht vergaderingen plaatsgevonden met de geselecteerde kandidaten/inschrijvers waar Medista NV niet aanwezig was.

Om die reden kan ik u ook geen van voormelde documenten bezorgen, gezien deze gewoonweg niet bestaan."

Een van de ambtenaren verklaart ook dat het antwoord in de V&A van 9 mei 2022 door hem werd geformuleerd en toegevoegd en in feite de vergadering van 24 mei 2022 beoogde. Deze verklaring luidt:

"Voor zover men zou verwijzen naar het document met als titel '2022STRKSTK_QA_20220509' d.d. 09.05.2022 om voor te houden dat er toch sprake zou zijn van enige vergadering met geselecteerde kandidaten zonder Medista NV, benadruk ik dat het antwoord op vraag 9 zijnde 'het is moeilijk om de vraag in een paar zinnen te beantwoorden. Wij stellen voor dit te bespreken en te verduidelijken tijdens de volgende weekvergadering met de inschrijvers' door mij werd geformuleerd en op mijn verzoek werd toegevoegd aan het document.

Hiermee maakte ik een verwijzing naar de geplande toelichting van de offerte, inclusief onderhandelingen, met alle inschrijvers op d.d. 24.05.2022.

Dit blijkt o.m. uit mijn interne e-mail d.d. 09.05.2022 die dateert van dezelfde dag van voormeld document: 'Voor de 2 vragen waarop moeilijk antwoorden te vinden zijn, hebben we de deur opengezet voor verdere discussie tijdens de 'face-to-face' vergadering van volgende week' (bijlage 1). Hoewel ik verwijs naar de vergadering van volgende week bedoelde ik de vergadering d.d. 24.05.2022.

Deze vergadering d.d. 24.05.2022 heeft Medista NV echter daags voordien zelf geannuleerd."

De e-mail van 9 mei 2022 waarnaar wordt verwezen, luidt:

"Na overleg met Mathias & Thierry, geven we er de voorkeur aan om vandaag alle antwoorden te geven om te vermijden dat een kandidaat een claim indient.

Voor de 2 vragen waarop moeilijk antwoorden te vinden zijn, hebben we de deur opengezet voor verdere discussie tijdens de "face-to-face" vergadering van volgende week."

Op 27 juni 2022 begeeft de gerechtelijk sekwester zich dan naar de lokalen van de verwerende partij om verdere verduidelijking te krijgen over de afgelegde verklaringen op eer. Zij kan slechts enkele personen spreken die

herhalen dat er geen wekelijkse vergaderingen met de geselecteerde kandidaten hebben plaats gevonden, in welke vorm dan ook.

3.25. Op 3, 10 en 15 juni werden op verschillende momenten bij de verzoekende partij inventarisaties uitgevoerd. Deze inventarisaties hadden blijkbaar betrekking op de uitvoering van de voorafgaande overeenkomsten met de verwerende partij. De verzoekende partij stelt dat ambtenaren die rechtstreeks betrokken zijn bij de lopende gunningsprocedure, in het bijzonder de verantwoordelijke voor perceel 1 en 2, bedoeld lijken de contactpersonen vermeld in het bestek, daaraan deelnamen.

3.26. Op 4 juni 2022 laat de verzoekende partij door een gerechtsdeurwaarder vaststellen dat op de website van de nv Movianto Belgium, een vacature is gepubliceerd voor een 'Project Consultant' waarvan de functieomschrijving volgens haar 'duidelijk in de uitvoering van de nog te gunnen opdracht' kadert.

3.27. Op 20 en 24 juni 2022 vraagt de verwerende partij aan de nv Movianto Belgium aanvullende informatie bij de prijslijst voor perceel 1. Dit gebeurt op 20 juni 2022 eveneens voor perceel 2. Hierop wordt telkens tijdig geantwoord.

Op 21 en 24 juni 2022 wordt ook aan de nv Raes Pharmaceutical Logistics aanvullende informatie gevraagd bij de prijslijst voor perceel 2. Hierop wordt telkens tijdig geantwoord.

Op 20 en 21 juni 2022 vraagt de verwerende partij ook aan de verzoekende partij aanvullende informatie bij de prijslijst voor perceel 1 respectievelijk perceel 2. Hierop wordt telkens tijdig geantwoord.

3.28. Met een op 29 juni 2022 gedateerde gemotiveerde beslissing gunt de verwerende partij perceel 1 aan de nv Movianto Belgium en perceel 2 aan de nv Raes Pharmaceutical Logistics.

Deze beslissing vermeldt onder meer dat alle offertes regelmatig werden bevonden en dat geen abnormale prijzen werden vastgesteld:

“[...]”

Conform paragraaf 1.10 (b) van het bijzonder bestek werd elk van de inschrijvers gevraagd om - voorafgaand aan de onderhandelingen - tot regularisatie van de desbetreffende offerte over te gaan.

Na onderzoek van de uiteindelijke geregulariseerde (en daarna verbeterde) offertes, werden alle offertes regelmatig bevonden.

Er werden geen abnormale prijzen vastgesteld. Uit het gevoerde prijsonderzoek voor perceel 1 merken we een relatief groot verschil op tussen de offertes van Movianto Belgium NV en Medista NV. Dit is hoofdzakelijk te wijten aan het feit dat Movianto Belgium NV voor leveringen werkt met een prijs per geleverde doos, ongeacht het aantal eenheden in de doos. Gelet hierop werd zowel tijdens de onderhandelingen d.d. 2 juni 2022 als per e-mail d.d. 20 juni 2022 verdere toelichting hieromtrent gevraagd. Uit deze toelichting kon geconcludeerd worden dat zij standaard werken met een prijs per geleverde doos omdat het tellen van eenheden per verpakking en het factureren per levering niet als voldoende kosteneffectief wordt beschouwd. De gegeven inlichtingen stellen de Aanbestedende Overheid in staat zich ervan te vergewissen dat de door Movianto Belgium NV voorgestelde eenheidsprijzen realistisch zijn opgebouwd aangezien deze louter een geoptimaliseerd proces aan het licht brengen dewelke nog steeds de goede en besteksconforme uitvoering van de Opdracht waarborgen.

Uit het gevoerde prijsonderzoek voor perceel 2 zien we een verschil tussen de offerte van Raes Pharmaceutical Logistics NV en de overige twee inschrijvers. Dit is hoofdzakelijk te wijten aan de lagere prijszetting door Raes Pharmaceutical Logistics NV voor het beheer van de bemonsteringsbuisen. Gelet op de geraamde hoeveelheid van 360.000 tubes per maand in de prijsinventaris kan een beperkt verschil qua eenheidsprijs relatief grote gevolgen hebben voor de totale kostprijs. Er werd door Raes Pharmaceutical Logistics NV een duidelijk overzicht gegeven van de gehanteerde werkwijze waarbij de totale tijdsbesteding (arbeidskost) werd meegedeeld. Indien we rekening houden met het door hen opgegeven aantal van ongeveer 10.000 tubes per dag (5.000 tubes per persoon), komt zulks neer op een realistische verwerking van het aantal gescande tubes - conform de bepalingen van het bijzonder bestek. De gegeven inlichtingen stellen de Aanbestedende Overheid bijgevolg in staat zich ervan te vergewissen dat de door Raes Pharmaceutical Logistics NV voorgestelde eenheidsprijs realistisch is opgebouwd en de goede en besteksconforme uitvoering van de Opdracht waarborgt”.

De vergelijking van de offertes voor perceel 1 leidt tot de volgende rangschikking wat betreft prijs:

	Movianto	Belgium	Medista NV
--	-----------------	----------------	-------------------

	NV	
Totale offerteprijs (EUR)	10.837.390,97	15.189.315,87
Punten criterium prijs (70 punten)	70	35,63

Vervolgens worden de drie andere criteria beoordeeld. Dit leidt tot de volgende eindrangschikking voor perceel 1:

	Movianto Belgium NV	Medista NV
Prijs (70 punten)	70	35,63
Kwaliteit van de aanpak en dienstverlening (10 punten)	9,45	10
IT platform (10 punten)	10	10
Opslagcapaciteit (10 punten)	10	9
Totaal (100 punten)	99,45	64,63

Voor perceel 2 is de beoordeling van de prijs als volgt:

	Movianto Belgium NV	Medista NV	Raes Pharmaceutical Logistics NV
Totale offerteprijs (EUR)	14.219.841,31	18.345.818,89	8.163.655,14
Punten criterium prijs (70 punten)	23,07	13,86	70

Samen met de beoordeling van de drie andere gunningscriteria leidt dit tot de volgende eindrangschikking voor perceel 2:

	Movianto Belgium NV	Medista NV	Raes Pharmaceutical Logistics NV
Prijs (70 punten)	23,07	13,86	70
Kwaliteit van de aanpak en dienstverlening (10 punten)	9,45	10	9,67
IT platform (10 punten)	10	10	10
Opslagcapaciteit (10 punten)	10	10	10
Totaal (100 punten)	52,52	43,86	99,67

Dit alles leidt tot de volgende beslissing:

“Op basis van de van hierboven vermelde redenen wordt besloten om de opdracht tot aanneming van diensten hebbende als voorwerp het sluiten van een raamovereenkomst voor het beheer van een strategische stock van geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen (met uitzondering van medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek) en medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek in het kader van de Covid-19 pandemie voor de jaren 2022-2025, toe te wijzen aan:

- Perceel 1:
Movianto Belgium NV
- Perceel 2:
Raes Pharmaceutical Logistics NV

[...]”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.29. Met een aangetekend en via e-mail verzonden brief van 1 juli 2022 - blijkbaar aangetekend verzonden op 5 juli en via e-mail op 1 juli ontvangen, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar verbeterde offerte niet werd gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt bijgevoegd.

3.30. Op 1 juli 2022 wordt aan de Minister ook een samenvatting van het prijsonderzoek meegedeeld.

IV. Tussenkoms

4. De nv Movianto Belgium en de nv Raes Pharmaceutical Logistics blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moeten hun verzoeken tot tussenkoms worden ingewilligd.

Zij worden hierna aangeduid als de eerste respectievelijk de tweede tussenkomsde partij.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient op 1 augustus 2022 in de namiddag op het elektronisch platform vier bijkomsde stukken in, en bezorgt deze ook via e-mail aan de raadslieden van de andere partijen.

5.2. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota of bijkomsde stukken als een processtuk neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre een op 1 augustus nog bijgebracht stuk een reactie vormt op dergelijke nieuwe feiten, kan het bij de zaak worden betrokken.

De bijkomsde stukken van de verzoekende partijen, en zeker stuk 22, lijkt een reactie op één van de argumenten van de verwerende partij en de eerste tussenkomsde partij in het kader van het eerste middel. Zo benadrukt de verwerende partij in haar nota, met verwijzing naar een e-mail van het FAGG van 25 juli 2022, dat, wat de WDA betreft voor werkzaamheden m.b.t. geneesmiddelen die bij een temperatuur van -80°C worden bewaard, dat van de eerste tussenkomsde partij niet kon worden verwacht om reeds vóór de contractsluiting, laat staan gunning, deze vergunning (*c.q.* aanpassing/uitbreiding van haar huidige WDA-vergunning) te hebben bekomen, zonder contract met de opdrachtgever, terwijl dit voor de verzoekende partij anders is aangezien zij reeds instaat voor het beheer van de strategische stock op basis van een eerder afgesloten

raamovereenkomst. De eerste tussenkomende partij argumenteert in vergelijkbare zin dat zij de uitbreiding van haar WDA pas (nuttig) kan aanvragen en (daadwerkelijk) bekomen zodra zij over de betrokken vriezers beschikt.

In dat licht kan rekening worden gehouden met het bijkomend stuk 22 dat e-mailverkeer tussen de verzoekende partij en het FAGG tussen 28 juli tot en met 1 augustus 2022 bevat over deze vraag.

De nog bijgebrachte stukken 20A en 20B betreffen het bestek nr. 2020STKVAC inzake de overheidsopdracht van diensten ‘Opslag en levering van farmaceutische producten gekoppeld aan een strategische voorraad voor de jaren 2021-2025’ en de V&A daarbij. Aangezien deze opdracht op 27 april 2022 aan de verzoekende partij werd gegund en zij er zelf naar verwijst in het verzoekschrift, kon zij dit, indien relevant voor haar middelen, reeds bij het verzoekschrift voegen. Deze stukken thans aanvaarden zou het recht op tegenspraak van de andere partijen op onevenredige wijze beperken. Op die wijze onttrekken deze stukken zich eveneens aan een gedegen onderzoek door het auditoraat. Minstens lijkt de bestreden beslissing immers getoetst te worden aan het toepasselijke bestek en niet aan een ander bestek.

Stuk 21 bevat e-mailverkeer tussen de verzoekende partij en de FOD Volksgezondheid tussen 6 april 2022 en 11 april 2022 over de vergunning -80° C van de verzoekende partij voor de site Brucargo, en kon, indien relevant, zo lijkt, evenzo reeds bij het verzoekschrift worden gevoegd.

VI. Vertrouwelijkheid van de stukken

6.1. De verzoekende partij vraagt de vertrouwelijke behandeling van het voorgelegde uittreksel uit haar BAFO (Vertrouwelijk stuk 1 van de verzoekende partij) aangezien dit “zakengeheimen en vertrouwelijke commerciële gegevens, zoals onder meer voorgestelde technische oplossingen, *knowhow* en dergelijke” bevat en zij wenst te vermijden dat dergelijke informatie in de openbaarheid zou komen alsook dat eventuele tussenkomende partijen kennis zouden kunnen nemen van deze informatie.

Ook de verwerende partij vraagt de vertrouwelijke behandeling van haar stukken 1 tot 10 in het vertrouwelijk deel van het administratief dossier. Het betreft de aanvragen tot deelneming, de offertes, de vragen en antwoorden over de prijzen van de inschrijvers en de samenvatting van het prijsonderzoek, aangezien deze stukken commercieel en technisch gevoelige informatie bevatten zoals de aangeboden prijzen, de werking van de informaticasystemen en aangeboden dienstverlening. Indien de verzoekende partij of tussenkomende partijen op de hoogte geraken van de prijsgegevens of bedrijfsgeheimen in deze documenten zou dit een belangrijke impact hebben op de mededinging wanneer de verwerende partij een nieuwe marktbevraging zou dienen op te starten aangezien het gaat om een opdracht binnen een markt met een beperkt aantal marktspelers. Kennisneming van de voormelde documenten zou de mededinging ernstig verstoren.

Tot slot, vraagt ook de eerste tussenkomende partij de vertrouwelijke behandeling van haar stukken 1 tot 4 in het vertrouwelijk dossier bij het verzoekschrift tot tussenkomst. Het betreft het “Change Control Form”, de vraag van het FAGG met verzoek om bijkomende informatie daarover en het antwoord daarop, de ingevulde inventaris in haar verbeterde offerte en het verzoek om toelichting inzake de prijszetting voor perceel 2 uitgaande van de verwerende partij en haar antwoord daarop. Zij argumenteert dat in deze stukken bedrijfsgevoelige informatie is opgenomen en met name specifieke informatie omtrent haar interne werking, evenals eenheidsprijzen die onder het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie vallen en die dus beschermd dienen te worden om het gelegitimeerd economisch belang van de inschrijvers te vrijwaren. Het openbaar maken van deze informatie over haar interne werking, dienstverlening en haar eenheidsprijzen zou voor haar een ernstig concurrentieel nadeel kunnen opleveren.

6.2. Artikel 26 van 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet) bepaalt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd voldoende afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven in het verzoekschrift, de nota respectievelijk het verzoekschrift tot tussenkomst. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

In de huidige stand van het geding kunnen de respectieve verzoeken tot vertrouwelijke behandeling worden ingewilligd, nu deze stukken bedrijfsgevoelige gegevens bevatten die vallen onder het zakengeheim zoals eenheidsprijzen, de wijze waarop ze zijn berekend, gegevens over de kostenstructuur en werkmethoden.

In de mate de verwerende partij in de nota verzoekt tot vertrouwelijke behandeling van de aanvragen tot deelneming en de motivering ook geldt voor de volledige aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij, meegedeeld op vraag van de auditeur, wordt dit verzoek in de huidige stand van het geding evenzo ingewilligd, mede in het licht van het aangehaalde artikel 26 dat zich ook richt tot de verhaalinstantie.

Evenwel, in de mate de eerste tussenkomende partij om de vertrouwelijke behandeling vraagt van haar “Change Control Form”, dient vastgesteld dat de verwerende partij dit document op eigen initiatief en niet-vertrouwelijk heeft neergelegd en dus de mogelijke vertrouwelijkheid ervan zelf en op eigen verantwoordelijkheid heeft gelicht.

Tot slot, aangezien de stukken waarvan de vertrouwelijkheid wordt ingeroepen, volledig werden meegedeeld aan de Raad van State, kan hij van deze informatie kennis nemen en deze in zijn beschouwing betrekken.

VII. Ontvankelijkheid van de vordering

7.1. De verwerende partij noch de eerste tussenkomen­de partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering.

De tweede tussenkomen­de partij merkt wel op dat de verzoekende partij voor geen enkel perceel als economisch meest voordelige offerte werd aangeduid - voor perceel 1 werd zij als tweede gerangschikt en voor perceel 2 pas als derde -, en dus niet in aanmerking kwam voor gunning, en dat de verzoekende partij deze rangschikking niet betwist. Zij merkt nog op dat geen enkel middel betrekking heeft op de beoordeling van de gunningscriteria op grond waarvan de tweede tussenkomen­de partij besluit dat “[v]ermits de beoordeling van de belangvereiste verband houdt met de middelen, wordt hoofdzakelijk verwezen naar datgene wat hieronder wordt uiteengezet”.

7.2. In de mate de opmerking van de tweede tussenkomen­de partij moet worden beschouwd als een exceptie, lijkt deze eerder betrekking te hebben op de ontvankelijkheid van het middel en, derhalve samen te vallen met het onderzoek van de middelen. De Raad van State zal in dat kader over de exceptie uitspraak doen.

VIII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

8. 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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, 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.

IX. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 66, 71 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 72 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het *patere legem quam ipse fecisti* - beginsel, het bestek 2022STRSTK “m.n. de bestekvereisten betreffende de vergunning voor groothandel die opslag aan ultra lage temperaturen (-80° C) moet omvatten”, artikel 12ter van de wet van 25 maart 1964 ‘op de geneesmiddelen voor menselijk gebruik’ (hierna: wet geneesmiddelen), het zorgvuldigheidsbeginsel en de formelemotiveringsplicht, zoals onder meer vervat in de artikelen 4 en 5 van de wet rechtsbescherming en in de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen en van de verplichting dat de motivering afdoende moet zijn.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden *doordat* perceel 1 van de opdracht wordt gegund aan de eerste tussenkomende partij van wie de vergunning voor groothandel tot op heden geen opslag aan ultra lage temperaturen (-80°C) omvat; *terwijl* “de voormelde regelgeving alsook het bestek een dergelijke vergunning vereist; dat de voormelde bepalingen en beginselen vereisen dat de kandidaten over dergelijke vergunning moeten beschikken op het ogenblik van de kwalitatieve selectie, minstens dat de gekozen inschrijver hierover beschikt uiterlijk op het tijdstip van de gunningsbeslissing, dat in elk geval de gunningsbeslissing moet vaststellen dat de vergunningverlening nakend is”.

In de toelichting bij het middel doet zij in essentie gelden dat de gehele distributieketen van geneesmiddelen, vanaf de vervaardiging of invoer in de Europese Unie tot aan de aflevering aan het publiek, is onderworpen aan toezicht.

Om die reden vereist artikel 12^{ter} van de wet geneesmiddelen dat een groothandelaar in geneesmiddelen over een vergunning voor de groothandel in geneesmiddelen (de zgn. “*wholesale distribution authorisation*” (hierna: WDA) beschikt om te verzekeren dat de geneesmiddelen onder passende voorwaarden worden bewaard, vervoerd en behandeld. Dat het in bezit zijn van een dergelijke vergunning onontbeerlijk is voor de ontvangst, stockage, beheer, behandeling en vervoer van geneesmiddelen (en bijgevolg voor de uitvoering van de opdracht) blijkt voorts ook uitdrukkelijk uit het bestek. Omdat de prestaties voortvloeiende uit de te sluiten raamovereenkomst op het Belgisch grondgebied moeten worden uitgevoerd, dienen de inschrijvers in het bezit te zijn van de WDA voor hun opslagplaats(en) gelegen op het Belgisch grondgebied. De WDA waarover de inschrijvers te dezen moeten beschikken, moet “geschikte en gecontroleerde omstandigheden” garanderen voor de farmaceutische producten die het voorwerp uitmaken van de te sluiten raamovereenkomst, wat inhoudt dat de inschrijvers “zowel voor wat betreft perceel 1 als perceel 2 in staat [...] zijn om producten op te slaan in 4 temperatuurzones, m.n. -80°C, -20°C, 2-8°C, 15-25°C”. De temperatuurzone -80°C is voorzien voor de opslag van producten aan ultra lage temperaturen (hierna: ULT), zoals het comirnaty COVID-19 mRNA vaccin, ook wel gekend als het “Pfizer vaccin”.

De verzoekende partij stelt vervolgens “in hoofdorde” dat de vereiste vergunningen moeten zijn verleend op het tijdstip van kwalitatieve selectie van de betrokken kandidaten en dat de verwerende partij de kandidaten die niet over de vereiste vergunningen beschikken niet mag selecteren. “In ondergeschikte orde” stelt ze dat de vereiste vergunningen ten laatste verleend moeten zijn op het tijdstip van het nemen van de gunningsbeslissing en dat de verwerende partij de offertes van de inschrijvers die niet over die vergunningen beschikken, moet weren. “In uiterst ondergeschikte orde” stelt de verzoekende partij dat in ieder geval uit de gunningsbeslissing moet blijken “dat de vereiste vergunningen aangevraagd zijn en dat de verlening van die vergunning nakend is; er mogen in geen geval indicaties voorhanden zijn dat de vergunningen niet of moeilijk zullen worden verkregen”.

Ter adstructie van haar standpunt “in hoofdorde” dat de vereiste vergunningen voorhanden moeten zijn op het ogenblik van de kwalitatieve selectie

betoogt zij, met verwijzing naar rechtspraak, dat dergelijke vergunningen essentieel en dus noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht en “de openbare orde raken”. Voorts ontwaart de verzoekende partij een “tegenstrijdigheid” in de selectieleidraad “aangezien eerst van de kandidaten geëist wordt om over alle nodige attesten en vergunningen te beschikken om aan te tonen dat de kandidaat over de noodzakelijke technische en beroepsbekwaamheid beschikt, om vervolgens “een compleet arbitrair onderscheid” te maken tussen vergunningen en attesten die daadwerkelijk bij de aanvraag tot deelneming moeten worden gevoegd en vergunningen en attesten waarvoor het louter volstaat dat de aanvraag ervan wordt bijgevoegd”. Ze verduidelijkt dat “al deze vergunningen (inclusief -80°C) wettelijk vereist zijn voor de uitvoering van de Raamovereenkomst voor wat betreft de percelen 1 en 2”. Volgens haar strekt dat “arbitrair onderscheid” ertoe bepaalde kandidaten die niet over de noodzakelijke vergunningen beschikken, te bevoordelen. Bij afwezigheid van dergelijke vergunning toont de kandidaat volgens haar niet aan dat hij ervaring heeft met dergelijke werkzaamheden en derhalve evenmin kan aantonen over de vereiste technische en beroepsbekwaamheid te beschikken. De verzoekende partij vindt het verder opmerkelijk dat het genoemde onderscheid niet wordt gemaakt wat perceel 2 betreft.

Ter adstructie van haar standpunt “in ondergeschikte orde” dat de vergunning in ieder geval voorhanden moeten zijn op het ogenblik van de gunningsbeslissing verwijst zij “naar analogie met erkenning van aannemers”. In zoverre de selectieleidraad en het bestek alsnog zouden toelaten dat een offerte van een schrijver zonder de vereiste vergunningen wordt gekozen, zijn dergelijke bepalingen volgens haar onwettig en moeten zij op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten. Verder voert zij aan dat zij reeds op het ogenblik van indiening van haar aanvraag tot deelneming over alle vereiste vergunningen beschikt terwijl de eerste tussenkomende partij niet beschikt over een WDA voor -80°C. In de mate de eerste tussenkomende partij bij haar aanvraag tot deelneming een bewijs van aanvraag van de WDA zou hebben gevoegd - wat niet blijkt -, dan nog had deze ondertussen deze WDA moeten hebben bekomen omdat in de praktijk het goedkeuringsproces voor dergelijke vergunning “minstens zo'n 3 maanden” beslaat. Aangezien de aanvraag tot deelneming, inclusief het bewijs van aanvraag van de WDA op 28 januari 2022 moesten zijn ingediend, zou

de eerste tussenkomende partij haar WDA ten laatste in mei 2022 moeten hebben bekomen. Dat de eerste tussenkomende partij deze vergunning op heden niet heeft, houdt in dat zij (i) ofwel de WDA nooit heeft aangevraagd, (ii) ofwel het bewijs van aanvraag niet bij haar aanvraag tot deelneming heeft gevoegd, (iii) ofwel de WDA niet heeft verkregen. In elk van die gevallen had de aanvraag tot deelneming, dan wel de offertes van de eerste tussenkomende partij niet mogen worden weerhouden. De eerste tussenkomende partij mocht niet worden geselecteerd en haar offertes moesten in ieder geval worden geweerd omwille van een substantiële onregelmatigheid, met name omdat niet is voldaan aan de minimale eisen en het ontbreken van de noodzakelijke vergunningen de verbintenissen van de eerste tussenkomende partij om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker maakt.

De verzoekende partij wijst er voorts nog op dat het “bijzonder moeilijk is om een dergelijke vergunning te verkrijgen” en dat een aantal passages uit de gunningsbeslissing met betrekking tot het niet nader omschrijven door de eerste tussenkomende partij van de werkinstructies, het niet verduidelijken hoe wordt gecontroleerd of het personeel de werkprocessen goed heeft begrepen en mankementen aanpakt en de “zéér beperkte (slechts maandelijkse aanwezigheid) van QA Manager” allerminst van aard zijn om het vereiste comfort te bieden dat de eerste tussenkomende partij over het vereiste personeel en de vereiste deskundigheid beschikt om effectief dergelijke vergunning te verkrijgen. Dat gebrek aan *knowhow* blijkt volgens de verzoekende partij verder nog uit de vacature die de eerste tussenkomende partij plaatste en die verantwoordelijk zal zijn voor de “ontwikkeling van standaard werkprocedures en werkinstructies voor deze processen”. Omdat, tot slot, conform het bestek de opdracht in België moet worden uitgevoerd kan de eerste tussenkomende partij zich evenmin beroepen op enige vergunning voor ULT in een ander land.

Beoordeling

10. De aanbestedende overheid heeft geopteerd voor een mededingingsprocedure met onderhandeling in de zin van artikel 2, 24°, van de wet overheidsopdrachten 2016, zijnde “de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een

opdracht een aanvraag tot deelneming mag indienen, waarbij alleen de geselecteerde kandidaten een offerte mogen indienen en waarbij over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers, en die uitsluitend van toepassing is op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 2 vallen;”.

In beginsel beschikt de aanbestedende overheid in een dergelijke mededingingsprocedure over een aanzienlijke beslissingsruimte om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure in te richten en te doorlopen. Deze ruimte is echter niet onbeperkt. Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in overheidsopdrachten. Ze wordt ook beperkt door de regels die de aanbestedende overheid zichzelf in het bestek heeft opgelegd. De keuze voor de onderhandelingsprocedure ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

De mededingingsprocedure met onderhandeling bestaat uit meerdere fasen, namelijk een selectiefase, gevolgd door een onderhandelings- en gunningsfase waarbij alleen de geselecteerden een offerte mogen indienen, die het uitgangspunt vormt voor de onderhandelingen. Het bestek wordt pas in de tweede fase meegedeeld.

Te dezen omschrijft het bestek de onderhandelingsfase, die dus volgt op de selectiefase, in artikel 1.10 “Planning van de gunningsfase” (zie *supra* punt 3.8).

11. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachtenwet 2016 worden opdrachten gegund op basis van één of meerdere gunningscriteria, vastgesteld overeenkomstig artikel 81, “mits de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan: 1° de offerte voldoet aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van een opdracht en de opdrachtdocumenten, met inachtneming, indien van toepassing, van de varianten of opties; 2° de offerte is afkomstig van een inschrijver waaraan de toegang tot de opdracht niet is ontzegd

op grond van de artikelen 67 tot 70 en die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende regels en criteria bedoeld in artikel 79, § 2, eerste lid”.

Luidens artikel 71 van dezelfde wet kunnen het selectie criterium of de selectiecriteria betrekking hebben op: 1° geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen; en/of, 2° de economische en financiële draagkracht; en/of 3° de technische en beroepsbekwaamheid, en mag de aanbestedende overheid alleen deze criteria als voorwaarde voor deelname opleggen aan de kandidaten en inschrijvers, en beperkt de aanbestedende overheid deze voorwaarden tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

In dat verband bepaalt artikel 72, §1 , van het koninklijk besluit plaatsing 2017 onder meer dat de aanbestedende overheid kan eisen dat de certificaten, verklaringen en andere bewijsmiddelen bedoeld in paragraaf 2 en in de artikelen 67, 68 en 70 van datzelfde besluit worden voorgelegd om aan te tonen dat gronden voor uitsluiting als bedoeld in de artikelen 67 tot 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 ontbreken en dat de selectiecriteria overeenkomstig artikel 71 van de wet zijn vervuld, en dat de aanbestedende overheid geen andere bewijsmiddelen eist dan die bedoeld zijn in dit artikel en in artikel 77 van de wet.

Overeenkomstig artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 onderzoekt de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes. In dat verband bepaalt artikel 76, § 1-3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017:

“De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.
De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.
Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is 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.
De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd:

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweegbrengen, wordt niet nietig verklaard.

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

Bij opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor Europese bekendmaking - en blijkens het bestek is dit te dezen het geval -, en waarbij zoals *in casu* onderhandelingen toegelaten zijn, geldt, onverminderd artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2017 dat echter de concurrentiegerichtte dialoog betreft, artikel 76, § 4 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat luidt:

“De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet. Wanneer het een finale offerte betreft is paragraaf 3 van toepassing.

Wanneer een offerte die meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, verschaft de aanbestedende overheid de inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat.

De aanbestedende overheid verklaart de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie.”

Derhalve, wanneer een niet finale offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweegbrengen, verschaft de aanbestedende overheid aldus de inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat.

De aanbestedende overheid verklaart een offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie. Wanneer het een finale offerte betreft, is § 3 wel van toepassing en verklaart de aanbestedende overheid de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig. Zij doet dit ook wanneer die offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweegbrengt.

12. Te dezen wordt in het eerste middel in essentie aangevoerd dat perceel 1 niet aan de eerste tussenkomende partij kon worden gegund omdat haar vergunning voor groothandel tot op heden geen opslag aan ultra lage temperaturen (-80°C) omvat terwijl het bestek en de ingeroepen regelgeving vereisen dat de kandidaten over die vergunning beschikken op het ogenblik van de kwalitatieve selectie, minstens dat de gekozen inschrijver hierover beschikt op het tijdstip van de gunningsbeslissing. In ieder geval moet die beslissing vaststellen dat die vergunningverlening nakende is.

De verzoekende partij zoekt daartoe steun in artikel 12*ter*, §1, van de geneesmiddelenwet dat onder meer bepaalt:

“§ 1. Voor de groothandel in geneesmiddelen is een vergunning vereist. De minister of zijn afgevaardigde verleent de vergunning, eventueel op advies van het FAGG. De Koning kan de procedure en de nadere regels waaronder dit advies wordt gegeven, bepalen.

Activiteiten van groothandel kunnen slechts plaatsvinden indien voor het geneesmiddel een VHB [lees: vergunning voor het in de handel brengen] of registratie werd verleend hetzij door de minister of zijn afgevaardigde, hetzij door de Europese Commissie.

[...]”.

Luidens artikel 1, 17°, van diezelfde wet wordt voor de toepassing van die wet onder “groothandel in geneesmiddelen” verstaan: “[i]edere activiteit die erin bestaat geneesmiddelen voor menselijk gebruik aan te schaffen, te houden, te leveren of uit te voeren, uitgezonderd het afleveren van

geneesmiddelen voor menselijk gebruik aan het publiek; deze activiteiten worden verricht met fabrikanten of hun deponhouders, met invoerders, met andere groothandelaars of met apothekers en andere personen die gemachtigd zijn geneesmiddelen voor menselijk gebruik aan het publiek af te leveren overeenkomstig artikel 6, § 1, van de wet betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, gecoördineerd op 10 mei 2015.”

Onder “geneesmiddel” wordt luidens artikel 1, 1° van de geneesmiddelenwet verstaan:

“een geneesmiddel, voor menselijk gebruik, namelijk:

- elke enkelvoudige of samengestelde substantie, aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten bij de mens; of
- elke enkelvoudige of samengestelde substantie die bij de mens kan worden gebruikt of aan de mens kan worden toegediend om hetzij fysiologische functies te herstellen, te verbeteren of te wijzigen door een farmacologisch, immunologisch of metabolisch effect te bewerkstelligen, hetzij om een medische diagnose te stellen;”

13. De aanbestedende overheid heeft een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het vaststellen van de selectiecriteria. Krachtens het hiervoor vermelde en geschonden geachte artikel 71, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, dient de aanbestedende overheid echter de selectiecriteria te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden dienen voorts verband te houden met en in verhouding te staan tot “het voorwerp” van de opdracht.

Het komt ook in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen, te beoordelen. Zij beschikt daarbij over beoordelingsruimte. Wel dient de aanbestedende overheid bij die beoordeling de regels die zijzelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten na te leven bij de concrete toepassing ervan, verplichting die voortvloeit uit het in dit middel ingeroepen *patere legem quam ipse fecisti* -beginsel. Daaruit vloeit voort dat de aanbestedende overheid bij de

beoordeling van een aanvraag tot deelneming gebonden is door de regels die hieromtrent in de opdrachtdocumenten zijn vastgesteld.

14. Zowel in de aankondigingen als in de selectieleidraad wordt het voorwerp van de aanbesteding aangeduid als het “[b]eheer van een strategische stock van geneesmiddelen, vaccins en medische hulpmiddelen en medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek in het kader van de Covid-19-pandemie voor de jaren 2023-2025, met als korte beschrijving “[r]aamovereenkomst voor het beheer van een strategische stock van geneesmiddelen (met inbegrip van verdovende middelen en psychotropen), vaccins en medische hulpmiddelen (met uitzondering van medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek) en medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek in het kader van de Covid-19-pandemie voor de jaren 2023-2025”.

Uit punt 2 (betreffende het voorwerp) van de selectieleidraad blijkt dat perceel 1 onder meer de volgende dienst omvat:

- “- Opslag:
- o in 4 logistieke zones (quarantainezone, non-conformiteitszone, vernietigingszone, conformiteitszone) met een beveiligde ruimte voor verdovende middelen en psychotropen;
- o in 4 temperatuurzones (15-25°C, 2-8°C, -20°C, -80°C)”.

Zoals reeds *supra* in punt 3.4 is gebleken, vermeldt de selectieleidraad, als tweede criterium met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid van de kandidaten voor perceel 1 dat de kandidaat garandeert dat hij “over de nodige vergunningen en attesten beschikt om de diensten in het kader van deze Opdracht uit te voeren en dat hij deze vergunningen en attesten tijdens de uitvoering van de Opdracht zal behouden”. Hij dient daarbij in het bezit te zijn van (1.) de WDA, inclusief de opslag en distributie van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en een GDP-certificaat, inclusief (a) een vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot geneesmiddelen die worden bewaard bij een temperatuur van 2-8°C; (b) een vergunning voor activiteiten met betrekking tot geneesmiddelen die worden opgeslagen bij een temperatuur van -20°C en (2.) het ISO 13485 (ISO-certificaat voor medische hulpmiddelen) of een verklaring van overeenstemming met de richtsnoeren inzake goede

distributiepraktijken voor distributeurs van medische hulpmiddelen. Daarbij wordt gespecificeerd dat de attesten en vergunningen moeten worden afgegeven door de bevoegde autoriteiten of door een aangemelde instantie voor de afgifte van dergelijke attesten en vergunningen en dat een kopie van de attesten en vergunningen bij de aanvraag tot deelneming wordt gevoegd. Daarop aansluitend vermeldt de selectieleidraad dat :

“[d] Aanbestedende Overheid de aandacht van de Kandidaat [vestigt] op het feit dat hij op het ogenblik van de uitvoering van de Opdracht in het bezit moet zijn van de volgende attesten/vergunningen:

- Vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot geneesmiddelen die bij een temperatuur van -80°C worden bewaard;
- Vergunning voor de opslag en het vervoer van ethanolen isopropanol;
- Vergunning voor activiteiten voor verdovende en psychotrope stoffen, zoals bedoeld in artikel 6 van het koninklijk besluit van 6 september 2017 houdende regeling van verdovende middelen en psychotrope stoffen;
- Vergunning category 1.2 "Without a Marketing Authorisation in the EEA and intended for EEA Market".

Indien de kandidaat op het ogenblik van de gunning van de Opdracht niet in het bezit is van een van deze vergunningen, verbindt de Kandidaat zich er tegenover de Aanbestedende Overheid toe om de nodige stappen te ondernemen om deze attesten/vergunningen zo snel mogelijk te verkrijgen, en ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie. Indien de Kandidaat nog niet in het bezit is van deze attesten/vergunningen, zal hij wel het bewijs van aanvraag aan zijn aanvraag tot deelneming toevoegen.”

Alhoewel de selectieleidraad aldus eerst in het algemeen vereist dat de kandidaat garandeert dat hij over de nodige vergunningen en attesten beschikt om de diensten in het kader van deze opdracht uit te voeren en dat hij deze vergunningen en attesten tijdens de uitvoering van de opdracht zal behouden, blijkt verder dat het in ieder geval voor de vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot geneesmiddelen die bij een temperatuur van -80°C worden bewaard, vereiste waarover dit middel lijkt te gaan, volstaat dat hij daarvan in het bezit is op het ogenblik van de “uitvoering van de opdracht”, en in feite “ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie”.

15. De selectiebeslissing aangehaald *supra* in punt 3.5. vermeldt voor perceel 1 op p. 11 dat de eerste tussenkomende partij een kopie heeft toegevoegd van, onder meer, haar “vergunning voor werkzaamheden met betrekking tot geneesmiddelen die bij een temperatuur van -80°C worden

bewaard”, en vermeldt voor deze kandidaat nog, zij het enkel bij perceel 2 : “Met betrekking tot de vergunning voor activiteiten met betrekking tot (vervoer en opslag) IVD’s die worden bewaard bij een temperatuur van -80°C werden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag tot deelneming de nodige change control documenten aangevraagd bij het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten”.

Uit stuk 18 bij het verzoekschrift kan *prima facie* afgeleid worden dat de eerste tussenkomende partij wel degelijk in het bezit is van een vergunning voor groothandel in geneesmiddelen (WDA) met nummer 1543 H, maar voor de zgn. “*Cold chain products (requiring low temperature handling)*” blijkbaar enkel voor bewaring aan 2-8° C en -20°C, doch niet, zo lijkt, aan “-80°C”, wat de eerste tussenkomende partij ook erkent in haar verzoekschrift tot tussenkomst.

Zoals uit de selectiebeslissing (*cfr. supra* punt 3.5) en de stukken van het administratief dossier blijkt voegde de eerste tussenkomende partij bij haar aanvraag tot deelneming het zgn. “Change Control” document, geopend om deze aanvraag met het oog op een aanpassing/uitbreiding van haar WDA door het FAGG te starten.

16. In de huidige stand van het geding toont de verzoekende partij echter niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat de eerste verzoekende partij daarom niet kon worden geselecteerd voor perceel 1 en dit perceel 1 niet kon gegund krijgen.

Het beschikken over de vergunning -80°C was volgens de selectieleidraad immers pas vereist op het ogenblik van de “uitvoering van de opdracht” en “ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie”.

Er blijkt niet uit de bestreden beslissing of die vergunning inmiddels is bekomen, maar dit lijkt in de selectieleidraad voor dit perceel 1 ook niet vereist. Dat de kandidaat zich er anders toe verbindt die zo snel mogelijk te verkrijgen en “ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie”, volgt, zo lijkt, reeds uit de deelname aan de opdracht.

De selectieleidraad lijkt ook niet noodzakelijk tegenstrijdig, zoals de verzoekende partij aanvoert, door eerst te bepalen dat de kandidaat garandeert over de nodige vergunningen en attesten te beschikken om de “diensten in het kader van deze Opdracht uit te voeren en dat hij deze vergunningen en attesten tijdens de uitvoering van de opdracht zal behouden”, en vervolgens te bepalen wanneer en op welk ogenblik hij effectief in het bezit moet zijn van bepaalde vergunningen en attesten (zoals de vergunning voor bewaring aan -80° C), nu dit steeds uiterlijk vóór de ontvangst van de betrokken producten en dus de uitvoering is.

Ook in de beschrijving van het voorwerp van de opdracht in de selectieleidraad *supra* aangehaald in punt 3.3 wordt uitdrukkelijk vermeld:

“De Opdracht schrijft de opslag en het vervoer voor van ethanol en isopropanol en van narcotische en psychotrope stoffen, alsmede de opslag en het vervoer bij 80°C van bepaalde farmaceutische producten, waarvoor specifieke vergunningen vereist zijn. De Aanbestedende Overheid stemt ermee in dat de opdrachtnemer, indien hij op het tijdstip van de gunning van de Opdracht nog niet in het bezit is van dergelijke vergunningen, deze vergunningen na de gunning van de Opdracht kan verkrijgen.”

In dezelfde zin vereist ook het bestek in de ‘Technische Specificaties’ *sub* 2.4.3 dat de opdrachtnemer beschikt over de nodige certificaten en vergunningen en verwijst als noodzakelijke vergunning onder meer naar de “WDA-vergunning (*wholesale distribution autorisation*) daarin begrepen de opslag en distributie van geneesmiddelen voor menselijk gebruik omvat en GDP-certificaat”. Gelet op de omschrijving in het bestek van perceel 1 lijkt dit ook opslag -80° C te moeten omvatten. Alhoewel dit niet uitdrukkelijk wordt herhaald, lijkt het evenwel in het licht van de selectieleidraad gelezen als geheel, wel te volstaan dat deze is aangevraagd en bekomen uiterlijk bij de ontvangst van de betrokken producten.

Anders dan de verzoekende partij aanvoert, lijkt dit onderscheid *prima facie*, in het licht van de opmerkingen van de verwerende partij over het uitzonderlijke karakter van het beheer van geneesmiddelen onder -80°C en de

investeringen die met die bewaringsmodus gepaard gaan, ook niet arbitrair. Met de verwerende partij kan trouwens de vraag worden gesteld of de strenge lezing van de verzoekende partij in dit middel niet op gespannen voet zou komen te staan met het vrij verkeer van vestiging en diensten en, gelet op de vereiste hoge investeringen, nieuwe of Europese inschrijvers kunnen ontmoedigen deel te nemen aan deze gunningsprocedure in België.

Op basis van de stukken van de verwerende partij, waaronder een e-mail van 25 juli 2022 van het FAGG, rijst zelfs de vraag of, in geval van “opslag voor derden” (te dezen opslag voor de Belgische Staat/FOD Volksgezondheid), wel reeds een definitieve vergunning daartoe kan worden verkregen zonder een (gesloten) contract met de opdrachtgever. Het bijkomend stuk 22 van de verzoekende partij bevat weliswaar e-mailverkeer tussen de verzoekende partij en het FAGG tussen 28 juli en 1 augustus 2022 waarbij het FAGG in een laatste e-mail alsnog bevestigt dat het wel mogelijk is een vergunning te verkrijgen voorafgaandelijk aan de gunning van een opdracht, maar ook dat een “onderaannemingsovereenkomst van belang is”.

Deze vraag en het antwoord daarop lijkt te dezen in de huidige stand van het geding echter niet decisief, in het licht van de geciteerde bepaling in de selectieleidraad. Immers, zelfs indien de vergunning vroeger zou kunnen worden bekomen, volstaat het volgens de selectieleidraad dat de kandidaat over de vergunning in kwestie (-80°C) beschikt op het ogenblik van de uitvoering van de opdracht. Voorts lijkt de verzoekende partij in haar vraag aan het FAGG zelf ervan uit te gaan dat om de vergunning te kunnen aanvragen en bekomen vriezers -80°C moeten zijn aangekocht én geïnstalleerd, ongeacht of er klanten zijn of niet, al was het maar om de inspectie mogelijk te maken. Dat lijkt overigens *prima facie* ook te volgen uit artikel 90, eerste lid, 1° van het koninklijk besluit van 14 december 2006 ‘betreffende geneesmiddelen voor menselijk en diergeneeskundig gebruik - Deel 1 : Geneesmiddelen voor menselijk gebruik (art. 1 tot en met 140)’ dat vereist dat een aanvrager “moet beschikken” over (onder meer) “gepaste en voldoende installaties en uitrusting” zodat een goede bewaring, te dezen aan -80°C; gewaarborgd wordt, *iuncto* artikel 92 van datzelfde besluit dat precies het geval beoogt waarin de houder van een vergunning voor groothandel een aanvraag tot wijziging (te dezen een uitbreiding van de WDA -vergunning waarvan de eerste

tussenkomen de partij houder is) doet van een van de in artikel 90, eerste lid, 1) bedoelde elementen, te dezen aantonen dat hij producten aan -80°C kan bewaren en daartoe over de nodige installaties en uitrusting beschikt. In het geval van een aanvraag tot wijziging wordt de beslissing inzake de vergunning aan de aanvrager overigens meegedeeld binnen een termijn van 30 dagen na de indiening van een geldige aanvraag (wat dus vereist dat de betrokkene over de vriezers beschikt) en die, in uitzonderlijke gevallen tot 90 dagen kan worden verlengd.

17. In de mate de verzoekende partij aanvoert dat aan de voorwaarde moet voldaan zijn bij het indienen van de aanvraag tot deelneming, minstens bij de gunning blijkt dit zoals hiervoor reeds is gebleken, aldus niet uit de selectieleidraad of het bestek.

18. Zoals hierna wordt uiteengezet, toont de verzoekende partij evenmin *prima facie* aan waarom dit toch vereist zou zijn of waarom het bestek, zoals gevraagd in de toelichting, op dit punt op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing zou moeten worden gelaten als onwettig.

Waar de verzoekende partij aanvoert dat het bezit van deze vergunning noodzakelijk is voor de uitvoering van de raamovereenkomst en de openbare orde raken en dat “gelet op dat openbare orde-karakter en de vaste rechtspraak van de Raad van State een dergelijke essentiële vergunning aanwezig moet zijn op het ogenblik van de selectie van kandidaten”, wil zij dit afleiden uit artikel 12^{ter} van de geneesmiddelenwet, waarvan zij § 1 citeert (zie *supra* punt 12). Ter adstructie van haar standpunt verwijst zij naar de arresten nr. 230.797 van 7 april 2015 en nr. 242.216 van 14 augustus 2016. Deze arresten betreffen echter niet de geneesmiddelenwet, maar de wet van 10 april 1990 ‘tot regeling van de private en bijzondere veiligheid’ respectievelijk de wet van 2 oktober 2017 ‘tot regeling van de private veiligheid’, die een vergunning vereisen voor het “aanbieden van diensten als bewakingsonderneming”, hetgeen *prima facie* bezwaarlijk vergelijkbaar lijkt met het ingeroepen artikel 12^{ter}, § 1, dat een vergunning vereist voor “de groothandel in geneesmiddelen”, hetgeen in artikel 1, 17) wordt omschreven als “[i]edere activiteit die erin bestaat geneesmiddelen voor menselijk gebruik aan te schaffen, te houden, te leveren of uit te voeren, uitgezonderd het afleveren van geneesmiddelen voor menselijk gebruik aan het publiek’. Overigens

beschikt zoals eerder is gebleken de eerste tussenkomende partij over een WDA. Bijkomend kan worden vastgesteld dat het in die zaken volledig, minstens in hoofdzaak ging over diensten als bewakingsonderneming, terwijl de prestaties -80°C te dezen slechts een deel van perceel 1 betreffen. In de zaak die leidde tot het arrest 230.797 was door de verwerende partij blijkbaar ook volledig voorbijgegaan aan de vergunningsvereiste in de wet van 10 april 1990, terwijl in het arrest nr. 242.216 wordt vastgesteld dat de onderneming in kwestie de aanvraagprocedure voor het verkrijgen van de vergunning niet had opgestart alhoewel het daartoe de kans had gehad. Dit alles is *prima facie* niet vergelijkbaar met de voorliggende zaak.

Er lijkt op basis van de uiteenzetting in het verzoekschrift en de twee geciteerde arresten dan ook geen reden om de selectieleidraad of het bestek op dit punt op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten als strijdig met dat artikel 12*ter*.

Dat het volgens de verzoekende partij “opmerkelijk” is dat de selectieleidraad in het tweede criterium met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid van de kandidaten voor perceel 2 (zie hoger, geciteerd in punt 3.4) dit onderscheid niet maakt, toont niet *prima facie* het tegendeel aan. Het staat, zo lijkt, immers in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om datgene te bepalen waarvan blijk moet worden gegeven om de technische bekwaamheid aan te tonen.

Om dezelfde reden overtuigt *prima facie* niet het argument dat niet kan worden ingezien hoe de verwerende partij aldus tijdens de selectiefase kan nagaan of de kandidaat over de afdoende technische en beroepsbekwaamheid beschikt indien geen vergunning voorligt, nu de verwerende partij in de selectieleidraad aanvaardde dat dit later wordt bekomen. De verzoekende partij toont zoals al gezegd niet *prima facie* aan dat de aanbestedende overheid aldus een ingeroepen regel of beginsel zou schenden.

19. In de mate de verzoekende partij, “ondergeschikt” aanvoert, dat deze vergunning dan in ieder geval voorhanden moest zijn op het ogenblik van de gemotiveerde gunningsbeslissing, volgt dit, zoals al opgemerkt, niet uit de

selectieleidraad of het bestek, en, zo lijkt, evenmin uit het ingeroepen artikel 12^{ter} van de geneesmiddelenwet.

In de mate de verzoekende partij daartoe nog steunt op de “analogie met erkenning van aannemers”, wordt dit, behoudens een verwijzing naar arresten inzake werken, en opnieuw naar het arrest nr. 230.797, in feite niet verder uitgewerkt. Dit laatste arrest lijkt hier, om de reeds uiteengezette redenen, opnieuw niet relevant. De andere ingeroepen arresten nr. 246.558 en 247.997 betreffen werken en passen artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende de regeling van de erkenning van aannemers voor werken’ toe. Krachtens artikel 3, eerste lid, van die wet mogen overheidsopdrachten voor werken waarvan de geraamde waarde een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijden, slechts worden uitgevoerd door ondernemers, zowel publiek- als privaatrechtelijke, die op het moment van de sluiting van de opdracht of van de concessieovereenkomst (1°) hetzij te dien einde erkend zijn; (2°) hetzij het bewijs geleverd hebben dat zij de voorwaarden opgelegd door of krachtens deze wet vervullen. De opdrachten en concessies voor werken waarvan de geraamde waarde dat bedrag niet overschrijdt, kunnen, luidens artikel 3, tweede lid, slechts uitgevoerd worden door ondernemers die op het moment van de sluiting voldoen aan de voorwaarden voorzien in artikel 4, § 1, 1°, 4° en 7°, van die wet. De verzoekende partij geeft opnieuw niet *prima facie* aan hoe artikel 12^{ter} of een andere bepaling van de geneesmiddelenwet eenzelfde verplichting inhoudt dat de vergunning -80°C beschikbaar moet zijn bij de gunning of de sluiting van de opdracht.

20. “Uiterst ondergeschikt” voert de verzoekende partij nog aan dat minstens uit de gunningsbeslissing moet blijken dat de vergunning voor bewaring -80°C is aangevraagd en dat de verlening ervan “nakende” is, alsook dat er geen tegenindicaties zijn dat deze vergunning niet of moeilijk zal worden verkregen.

Uit de *supra* in punt 3.5 aangehaalde selectiebeslissing blijkt, zij het weliswaar (pas) bij perceel 2, dat de eerste tussenkomende partij een “Change Control Form” bij het FAGG indiende en dat de verwerende partij dit voldoende achtte. Rekening houdende met de *sub* 3.3 en *sub* 3.4 aangehaalde bepalingen in de selectieleidraad voor perceel 1, met name dat “[i]ndien de Kandidaat op het

ogenblik van de gunning van de Opdracht niet in het bezit is van een van deze vergunningen, de Kandidaat zich er tegenover de Aanbestedende Overheid toe [verbindt] om de nodige stappen te ondernemen om deze attesten/vergunningen zo snel mogelijk te verkrijgen, en ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie.”, lijkt dit te volstaan.

Het komt ook in de eerste plaats toe aan de aanbestedende overheid om de voorgelegde stukken inzake de bekwaamheid of referenties te beoordelen op hun overeenstemming met het gevraagde in het bestek of hier de selectieleidraad, waarbij zij blijkt te beschikken over een zekere beoordelingsruimte. Wel dient de aanbestedende overheid bij die beoordeling de regels die zijzelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten, in acht te nemen, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumvereisten inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren op straffe van haar eigen bestek te schenden.

Te dezen toont de verzoekende partij evenwel in het middel niet *prima facie* aan dat de verwerende partij door dit oordeel haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan. Haar argumenten dat het bijzonder moeilijk zou zijn voor de eerste verzoekende partij om deze vergunning te verkrijgen, steunen trouwens in essentie op een beoordeling van de offerte van de eerste tussenkomende partij getoetst aan de gunningscriteria; hieruit blijkt niet *per se* waarom dit het ook onwaarschijnlijk zou maken dat zij die vergunning bekomt, te meer nu zij al beschikt over een vergunning -20°C. Uit de ingediende Change Control Form en het eerste antwoord van het FAGG blijkt ook niet *prima facie* dat de eerste tussenkomende partij die aanpassing niet kan bekomen.

21. Deze vaststellingen volstaan in de huidige stand van het geding om het middel niet ernstig te bevinden wat perceel 1 betreft.

22. Bepaalde passages in de toelichting van het eerste middel tot slot wekken de indruk dat dit ook slaat op perceel 2 en zelfs ook op de nv Raes Pharmaceutical Logistics, dit is de tweede tussenkomende partij, de gekozen inschrijver voor dat perceel 2.

Vooreerst wordt vastgesteld dat dit weliswaar niet blijkt uit de eigen samenvatting van de verzoekende partij van het eerste middel waarin enkel naar de eerste tussenkomenende partij en perceel 1 wordt verwezen. Dit is in wezen ook grotendeels het geval in de verdere, nochtans omstandige, toelichting van het middel.

Verder wordt in ieder geval niet aangetoond – er is zelfs geen begin van uiteenzetting of bewijs waarom de voor perceel 2 gekozen inschrijver – de nv Raes Pharmaceutical Logistics niet over de voor dat perceel vereiste vergunningen (ook deze -80°C) beschikt. De selectiebeslissing stelt dat de gekozen inschrijver voor perceel 2, de nv Raes Pharmaceutical Logistics, beschikt over alle vereiste vergunningen en attesten en de verzoekende partij toont geenszins aan waarom dat niet het geval zou zijn.

De verzoekende partij bevestigt overigens ter terechtzitting dat het eerste middel niet is gericht tegen de tweede tussenkomenende partij.

23. Wat de eerste tussenkomenende partij betreft, die volgens de selectiebeslissing (wat de beoordeling van perceel 2 betreft) niet over de -80°C-vergunning beschikt (zie *supra* punt 3.5), dient echter vastgesteld dat voor dat perceel 2 de selectieleidraad – geciteerd in punt 3.3 – niet uitdrukkelijk bepaalt/herhaalt dat het volstaat dat de kandidaat over die vergunning beschikt op het ogenblik van de uitvoering van de opdracht. Dat wordt aldaar enkel uitdrukkelijk gesteld voor de vergunning “voor de opslag en het vervoer van ethanol en isopropanol”. Anderzijds, wordt in de laatste alinea van de omschrijving van dit selectie criterium wel bepaald dat “[i]ndien de kandidaat op het ogenblik van de gunning van de Opdracht niet in het bezit is van een van deze vergunningen, de Kandidaat zich er tegenover de Aanbestedende Overheid toe [verbindt] om de nodige stappen te ondernemen om deze attesten/vergunningen zo snel mogelijk te verkrijgen, en ten minste vóór de ontvangst van de Producten in kwestie” (zie weerom punt 3.3), zelfs zonder te eisen dat het bewijs van aanvraag aan de aanvraag tot deelneming wordt gevoegd.

Daargelaten nog dat het onduidelijk is, zeker in het licht van de opmerkingen in de nota, waarom voor perceel 2 dan wel zou zijn vereist dat de vergunning -80°C vroeger voorhanden zou moeten zijn dan voor perceel 1, wordt in de mate de verzoekende partij anders zou oordelen en ook, wat perceel 2 betreft, de afwezigheid van de -80°C vergunning vooraleer de producten in ontvangst te nemen strijdig zou achten met artikel 12ter van de geneesmiddelenwet, verwezen naar de beoordeling *supra*. Dat leidt dan weer automatisch tot de vraag die de tweede tussenkomende partij overigens negatief beantwoordt en waarop de verzoekende partij niet ingaat, of perceel 2 dat medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek betreft, wel (minstens rechtstreeks) valt onder de toepassing van artikel 12ter van de geneesmiddelenwet, dat verwijst naar geneesmiddelen. Om die reden alleen al leent het middel zich op dit punt niet tot het snelle en *prima facie* onderzoek, als vereist in een procedure tot uiterst dringende noodzakelijkheid.

Daargelaten die vragen, lijkt de verzoekende partij in ieder geval geen belang te hebben bij deze grief in de mate de eerste tussenkomende partij niet de gekozen inschrijver voor dit perceel 2 is. Het zou enkel anders zijn indien de verzoekende partij aantoont dat de opdracht voor perceel 2 niet kon worden gegund of dat de kandidatuur of offerte van de tweede tussenkomende partij om een andere reden ten onrechte werd aanvaard.

Zoals verder zal blijken, toont zij dit echter in geen van de andere middelen aan.

24. Op grond van hetgeen hiervoor is uiteengezet, toont de verzoekende partij aldus, ook niet *prima facie*, aan dat de offerte van de eerste tussenkomende partij (of van de tweede tussenkomende partij) substantieel onregelmatig was.

25. Tot slot, in de mate de verzoekende partij in dit middel ook de schending inroept van de formelemotiveringsplicht afgeleid uit de artikelen 4 en 5 van de wet rechtsbescherming en uit de wet van 29 juli 1991, toont zij niet *prima facie* aan waarom zij niet met voldoende kennis, op basis van de meegedeelde beslissing, de selectie van de andere inschrijvers kon betwisten. Het tegendeel

blijkt veeleer uit dit omstandig middel. Aldus lijkt minstens het normdoel van de formelemotiveringsplicht te zijn bereikt.

26. Deze vaststellingen volstaan om het eerste middel in zijn geheel niet ernstig te bevinden zonder dat nog moet worden ingegaan op de argumentatie van de eerste tussenkomende partij dat de verzoekende partij op heden geen belang meer heeft bij het aanvoeren dat het selectiecriterium op dit punt onwettig is omdat zij nooit eerder hiervan melding heeft gemaakt, laat staan beroep heeft ingesteld tegen de selectieleidraad zelf en met name de selectievoorwaarden.

27. In zoverre is het eerste middel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

28. In een tweede middel van haar verzoekschrift roept de verzoekende partij een schending in van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Zij acht, zo vat zij samen, deze bepalingen en dit beginsel geschonden doordat de verwerende partij “aan andere inschrijvers, minstens aan de eerste tussenkomende partij, méér informatie heeft bezorgd met het oog op het opstellen van een offerte dan aan [haarzelf]”. Zij stelt ter zake, ten eerste, dat de verwerende partij naar eigen zeggen “wekelijkse vergaderingen” heeft gehouden met de geselecteerde kandidaten (maar niet met de verzoekende partij) ter voorbereiding van hun offerte en waartoe zij ook niet uitgenodigd was, noch van op de hoogte was. Zij leidt het plaatsvinden van die wekelijkse vergaderingen in essentie af uit een overzicht van de antwoorden op de vragen die de geselecteerde kandidaten met betrekking tot de opdracht en het toepasselijke bestek hebben gesteld. De verzoekende partij steunt de ingeroepen ongelijke behandeling in hoofdde op het antwoord op vraag 9: “Een audit logfile is doorgaans uitgebreider dan enkel een lijst van personen met toegang tot een systeem. Kan u verduidelijken

wat er precies gewenst is aub?” en dat is opgenomen in de ‘V&A’ zoals meegedeeld op 9 mei 2022. Dat antwoord luidt:

“Het is moeilijk om de vraag in een paar zinnen te beantwoorden. Wij stellen voor dit te bespreken en te verduidelijken tijdens de volgende weekvergadering met de inschrijvers.”

De verzoekende partij zet verder uiteen dat zij niet werd uitgenodigd voor enige informatiesessie of enig ander contactmoment, laat staan op weekvergaderingen met de overige inschrijvers en aldus niet met gelijke wapens heeft kunnen strijden zodat zij een onoverbrugbare achterstand heeft opgelopen ten aanzien van de andere inschrijvers. Zij stelt nog dat zij aldus niet heeft kunnen genieten van deze “interactieve wijze” van contact met de FOD over het bestek, over de eisen, over de behoeften van de FOD en over de wijze waarop de FOD deze behoeften wenst ingevuld te zien. Zij meent dat aldus die kandidaat-inschrijvers zicht zouden hebben gekregen op wie hun concurrenten uitmaken in de betrokken opdracht, mogelijkerwijze kennis hebben kunnen nemen van opmerkingen en inzichten van andere kandidaat-inschrijvers, enzovoort. Het is onduidelijk of er van die vergaderingen officiële verslagen zijn. Omdat de verwerende partij er zich, niettegenstaande de ernst van de aantijging, in eerste instantie toe heeft beperkt op zeer generieke wijze te stellen dat zij het door de verzoekende partij aan haar gerichte schrijven daarover “integraal betwist”, heeft de verzoekende partij vervolgens zowel een aanvraag ingediend onder de wetgeving op openbaarheid van bestuur als een sekwester laten aanstellen door het hof van beroep te Brussel. Uiteindelijk heeft de verwerende partij wel verweer gevoerd maar dat overtuigt volgens de verzoekende partij niet, wat zij in haar verzoekschrift nog uitgebreid toelicht. In de mate de verwerende partij verwijst naar de in de daaropvolgende week geplande *face-to-face* vergaderingen waarvan gewag wordt gemaakt in de e-mail van 9 mei 2022 ziet zij daarin inconsistenties onder meer omdat (i) de verzoekende partij pas is uitgenodigd voor een vergadering die zou plaats vinden op 24 mei 2022 (dit is na indiening van de initiële offerte), wat kennelijk niet in de week is die volgt op 9 mei 2022, (ii) in de V&A gewag wordt gemaakt van “wekelijkse vergaderingen”, wat regelmaat impliceert en zelfs indien de “wekelijkse vergaderingen” al zou slaan op de onderhandelingen, zij niet op wekelijkse basis werd uitgenodigd voor dergelijke vergaderingen om te onderhandelen aangezien er, wat haar betreft, slechts één

vergadering is geweest met name op donderdag 2 juni 2022. Volgens haar gaat het dus niet om een “misverstand”, een “eenvoudige verschrijving” of een “materiële vergissing” nu zowel in de e-mail van 9 mei 2022 als in het antwoord op vraag 9 een heel precieze terminologie wordt gehanteerd die niet met een eenvoudige uitleg, noch verklaring na de feiten kan worden afgedaan. Zij besluit dan ook dat er tot op heden geen (geloofwaardige) uitleg is voor het hanteren van de term “wekelijks vergaderingen”.

Voorts brengt de verzoekende partij een tweede ongelijke behandeling aan omdat volgens haar minstens is komen vast te staan dat de eerste tussenkomende partij over essentiële informatie beschikte waarover de verzoekende partij niet beschikte bij de voorbereiding van haar offerte, “zoals bijvoorbeeld dat het de bedoeling was van de verwerende partij dat tijdens de uitvoering van de opdracht een medewerker van de gekozen inschrijver twee dagen per week aanwezig zou zijn in de lokalen van de aanbestedende overheid (wat, volgens de verzoekende partij, moet blijken uit een vacature die de eerste tussenkomende partij online heeft geplaatst en hetgeen is vastgesteld bij proces-verbaal door een gerechtsdeurwaarder op 4 juni 2022)” (*cfr. supra* punt 3.26). Deze informatie over een *inhouse consultant* werd niet opgenomen in het bestek noch in het overzicht van vragen en antwoorden.

Ten derde verwijt de verzoekende partij de verwerende partij dat zij lopende de gunningsprocedure bij de verzoekende partij “uitvoerige inventarisaties met plaatsbezoeken” heeft georganiseerd in het kader van de uitvoering van andere overheidsopdrachten op momenten die cruciaal waren in het kader van de voorliggende gunningsprocedure, met name op 3, 10 en 15 juni 2022. Tijdens die inventarisaties werden “specifieke details opgevraagd over de traceerbaarheid van elke *single unit* (vrij vertaald: enkelvoudige eenheid) PCR test aan de hand van de barcode. Tevens werd [...] gevraagd om net de inhoudstafels van alle *standard operating procedures* (SOP's) (vrij vertaald: “standaard werkingsprocedures”) die relevant waren in het kader van de Overheidsopdracht, mee te delen aan verwerende partij”. De verzoekende partij merkt daarbij nog op dat bepaalde personen die hebben deelgenomen aan deze inventarisaties tevens rechtstreeks betrokken zijn bij de gunning van voorliggende overheidsopdracht (in het bijzonder de verantwoordelijken voor perceel 1 en perceel 2), waardoor

minstens twijfel bestaat omtrent de onpartijdigheid van deze betrokken personen in het kader van de voorliggende gunningsprocedure. Door die tijdrovende inventarisaties waarop telkens voor de verzoekende partij cruciale personeelsleden aanwezig waren midden in de cruciale fase van de gunningsprocedure te organiseren, heeft de verwerende partij het de verzoekende partij “(al dan niet bewust) moeilijker gemaakt om een competitieve offerte in te dienen”.

Beoordeling

29. Zoals in punt 10 is gebleken beschikt de aanbestedende overheid in een mededingingsprocedure als de voorliggende in beginsel over een aanzienlijke beslissingsruimte om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure in te richten en te doorlopen met dien verstande dat deze ruimte niet onbeperkt is. Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel waaraan in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 uitdrukkelijk wordt herinnerd.

30. In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat de raadslieden van de verwerende partij in een brief van 10 juni 2022 aan het gerechtelijk sekwester formeel bevestigen dat er “voorafgaand aan 20.05.2022 m.b.t. de Raamovereenkomst (i) nooit wekelijkse vergaderingen tussen de FOD Volksgezondheid en de inschrijvers over de opdracht cq. de te sluiten raamovereenkomst hebben plaatsgevonden, (ii) noch dat er ooit uitnodigingen voor dergelijke vergaderingen verstuurd zijn geweest. Ter bevestiging hiervan wordt een verklaring op eer dan wel getuigenverklaring in de zin van artikel 961/1 van het Gerechtelijk Wetboek bijgevoegd van aangestelden van de verwerende partij die bij de opdracht zijn betrokken en die elk de in punt 3.24 aangehaalde verklaring hebben afgelegd.

Vooreerst wordt vastgesteld dat de verzoekende partij de waarachtigheid van deze verklaringen weliswaar in vraag stelt maar deze verklaringen niet van valsheid heeft beticht. Om deze verklaringen in twijfel te trekken, steunt zij in essentie op een verklaring van één van de ambtenaren dat het

antwoord in de V&A van 9 mei 2022 door hem werd geformuleerd en toegevoegd en waarmee hij in feite de *face-to-face* vergaderingen bedoelde die na indiening van de eerste offerte met de inschrijvers zou worden gevoerd in het kader van de onderhandelingen met het oog op het indienen van een BAFO. Hetzelfde geldt voor zijn e-mail van diezelfde dag, met name 9 mei 2022 aan een collega die luidt: “Voor de 2 vragen waarop moeilijk antwoorden te vinden zijn, hebben we de deur opengezet voor verdere discussie tijdens de “face-to-face vergadering van volgende week”.

In de mate de verzoekende partij meent dat dit een heel precieze omschrijving is en duidelijk verwijst naar een heel precieze vergadering en zij in ieder geval nooit werd uitgenodigd voor een vergadering “in de week na 9 mei”, kan in de huidige stand van het geding worden vastgesteld dat de formulering van het antwoord op vraag 9 in de V&A en in de e-mail van 9 mei waarnaar wordt verwezen allicht ongelukkig was, maar dit volstaat niet om voorbij te gaan aan de verklaringen op eer dat er geen vergaderingen zijn geweest met de andere inschrijvers anders dan de presentatie en vergadering met elke inschrijver, en dus ook met de verzoekende partij, van de ingediende offerte. De *face-to-face*-vergaderingen waren trouwens aanvankelijk gepland “1 week na de indieningsdatum van de [eerste] offerte”, indieningsdatum die aanvankelijk was voorzien op “16 mei 2022 om 16u” (*cfr. sub 3.8 :artikel 1.10 van het bestek*). De datum van neerlegging van de eerste offerte werd pas via een uitnodiging van de verwerende partij van 16 mei 2022 (dit is na de bewuste e-mail van 9 mei) uitgesteld tot 19 mei 2022 [lees: en finaal blijkbaar tot 20 mei 2022] zodat de onderhandelingen (en dus de *face-to-face* gesprekken pas later hebben kunnen plaatsvinden dan aanvankelijk gepland. De inschrijvers is immers ook nog gevraagd om vóór aanvang van de onderhandelingen de offertes te regulariseren.

Ook de term “wekelijkse vergaderingen” waarnaar de verzoekende partij verwijst, volstaat niet *prima facie* om voorbij te gaan aan de verklaringen op eer dat er vóór het indienen van de offertes geen vergaderingen met de inschrijvers zijn geweest.

Aldus blijkt ook niet dat de verwijzing naar een *face-to-face*-“discussie” niet kan slaan op die *face-to-face*-vergadering na het indienen van de offerte, die ook de verzoekende partij te beurt is gevallen.

31. In de mate de verzoekende partij het bevreemdend en ongebruikelijk acht dat de wekelijkse vergaderingen zouden slaan op vergaderingen met de inschrijvers in de onderhandelingsfase, dus na het indienen van de offertes, terwijl de V&A er juist toe strekken de geselecteerde kandidaten in staat te stellen om hun eerste offerte zo goed mogelijk voor te bereiden, wordt - zelfs aannemend dat dit zo zou zijn -, hiermee niet *prima facie* aangetoond dat dit onwettig is en ook niet dat de voormelde verklaringen onjuist zijn. Minstens blijkt hierdoor opnieuw niet *prima facie* dat er vóór de indiening van de eerste offerte gesprekken waren, ook niet op wekelijkse basis, met andere inschrijvers, en ook niet dat de verzoekende partij hierdoor ongelijk behandeld werd aangezien zij op de hoogte was van vraag 9 (betreffende de ‘*audit logfile*’) en, desgevallend, verduidelijking kon vragen op 2 juni 2022 om dit te verwerken in haar BAFO.

Bij dit alles rijst *prima facie* ook de vraag of deze vraag en het antwoord daarop niet veeleer de “kwaliteitscriteria” betreffen en dan dient vastgesteld dat de verzoekende partij voor haar offerte op dat criterium reeds de maximumscore behaalde en in feite, reeds op basis van de lage score voor de prijs, niet meer voor gunning in aanmerking kwam tenzij, om een andere reden, de offerte van de gekozen inschrijver niet in aanmerking komt.

32. Dat er uiteindelijk nooit “wekelijkse vergaderingen” zijn geweest met *alle* inschrijvers, toont evenmin aan dat er wel vergaderingen waren met de *andere* inschrijvers vóór het indienen van de offertes. Wel is duidelijk dat er nadien een presentatie van de offerte is geweest, en onderhandeld, telkens blijkbaar met elke inschrijver afzonderlijk, maar ook met de verzoekende partij. Zij beweert niet dat dan informatie werd gegeven aan andere inschrijvers die zij niet kreeg. Tevens kon zij dan, zo lijkt, uitleg vragen over de gestelde vraag en de verwachtingen ter zake van de verwerende partij en desgewenst haar finale offerte (*best and final offer*) in dat licht aanpassen.

Ook kan niet onmiddellijk worden ingezien waarom het feit dat de minister in zijn brief (met poststempel) van 16 mei 2022 verkiest niet onmiddellijk concreet verweer te voeren, inhoudt dat de verklaringen onjuist zouden zijn of aantonen dat er voordien wel vergaderingen waren met andere inschrijvers. De minister schrijft trouwens ook dan uitdrukkelijk dat alles volgens de regels is verlopen en ontkent aldus wel degelijk, minstens, impliciet de aantijging in de brief van 11 mei 2022 (zie punt 3.15).

Inconsistentie blijkt ook niet *prima facie* uit de verwijzing naar “verdere discussie” in de e-mail van 9 mei 2022, wat evengoed kan slaan op het feit dat dit later zal worden besproken.

Volgens de verzoekende partij wijst ook het feit dat de verwerende partij in de bestreden beslissing schrijft dat zij met de eerste en de tweede tussenkomende partij tot een “akkoord” is gekomen er op dat er schijnbaar andere onderhandelingen met deze partijen werden gevoerd dan met haar. *Prima facie* kan zulks echter evengoed slaan op de met alle inschrijvers gevoerde onderhandelingen en beoordeling van de BAFO’s, die ook verzoekende partij indiende.

33. De tweede grief inzake de door de verzoekende partij ingeroepen ongelijke behandeling betreft de door de eerste tussenkomende partij op 25 mei 2022 op haar *website* geplaatste vacature voor een “Project Consultant (Voltijds of 4/5^e) – Brussels”. In die functiebeschrijving staat onder meer : “Je rapporteert aan de Project manager, Dienst Crisisbeheersing – Strategische Voorraadcel (FOD Volksgezondheid), en maakt deel uit van een team van 4 tot 6 personen.” en dat de vacature kadert binnen “een project vanuit de Belgische overheid (FOD Volksgezondheid)”. Zij stelt dat nergens in de betrokken vacature in voorwaardelijke wijs wordt gesproken. Het gaat volgens haar blijkens die vacature om een *inhouse consultant* -functie waarbij de consultant twee dagen per week zal werken in de kantoren van de verwerende partij en dit “duidelijk in het kader van de uitvoering van de (nog te gunnen) overheidsopdracht”. Zij leidt hieruit af dat de eerste tussenkomende partij al enige tijd over informatie beschikt waarover de verzoekende partij niet beschikte, waaronder het feit dat een medewerker van de gekozen inschrijver twee dagen per week aanwezig zal

(moeten) zijn in de lokalen van de aanbestedende overheid. Deze informatie werd niet opgenomen in het bestek en blijkt evenmin uit de V&A die aan verzoekende partij werd bezorgd.

De verzoekende partij toont hiermee echter niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat dit element enkel in de offerte cq. de vacature kon worden opgenomen op basis van informatie verstrekt door de opdrachtgever. Er kan immers, zo lijkt, niet *prima facie* aan worden voorbijgegaan dat het gunningscriterium “Kwaliteit van de aanpak en dienstverlening” een *subcriterium* “Beschrijving van de communicatie met de opdrachtgever” bevat. Gegeven het karakter van de opdracht (beheer van de strategische stock geneesmiddelen) lijkt het *prima facie* ook niet merkwaardig noch eigenaardig dat een inschrijver een (*inhouse*) consultant/verbindingspersoon op deeltijdse basis aan de potentiële opdrachtgever voorstelt. Voorts is het ook niet zonder meer evident dat deze vacature enkel of alleen de opdracht in kwestie kan betreffen. Daarbij valt op dat de gunningsbeslissing bij de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria dit “*inhouse*” aspect nergens uitdrukkelijk lijkt te vermelden. Die vacature toont ook niet zonder meer aan dat de eerste tussenkomende partij reeds “zeker” is van het bekomen van de opdracht. Niets lijkt immers te beletten dat een inschrijver proactief, vóór de gunningsbeslissing, een vacature opent.

34. Wat tot slot de derde grief betreft inzake de “uitvoerige inventarisaties met plaatsbezoeken” die hebben plaatsgevonden op 3, 10 en 15 juni, inzonderheid het verloop, de inhoud en de timing ervan, toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan dat zij hierdoor ongelijk werd behandeld met de andere inschrijvers alleen al omdat deze diezelfde (lopende) opdrachten blijkbaar niet uitvoerden en zich dus niet in een vergelijkbare situatie bevonden. De tussenkomende partijen wijzen er overigens zelf op dat ook zij regelmatig zijn onderworpen aan controles in het kader van uitvoering van dergelijke opdrachten.

Ook toont de verzoekende partij niet *prima facie* concreet en onderbouwd aan hoe dit haar effectief heeft belet de offerte voor de betwiste opdracht voor te bereiden en in te dienen, vaststelling die des te meer geldt nu zij blijkens het verzoekschrift blijkbaar eerder al vergelijkbare opdrachten uitvoerde voor de verwerende partij. Initieel moest de eerste offerte trouwens ingediend

worden op 16 mei 2022 en uiteindelijk op 20 mei 2022, dus ruim vóór deze inventarisaties. De verzoekende partij toont aldus evenmin concreet en onderbouwd aan hoe dit alles een impact had op het indienen van de verbeterde offerte en BAFO.

Of die inventarisaties al dan niet dringend zijn lijkt daarbij niet relevant. Het lijkt ook op de eerste plaats aan de verwerende partij toe te komen te bepalen of en wanneer controles worden uitgevoerd.

Evenmin is aldus *prima facie* de partijdigheid aangetoond van de twee voormelde ambtenaren, nog daargelaten de vraag of en in welke mate zij betrokken waren bij of bepalend waren voor de inhoud van de gunningsbeslissing. De schending van het onpartijdigheidsbeginsel wordt in het middel ook niet uitdrukkelijk ingeroepen.

35. In zoverre is het tweede middel niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

36. De verzoekende partij voert in het derde en laatste middel, dat zij opsplitst in twee middelonderdelen, de schending aan van de artikelen 4, 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 2, 4°, 35, 36, 76 en 77 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, het beginsel '*patere legem quam ipse fecisti*', van het bestek 2022STRSTK, in het bijzonder de bepalingen inzake prijsbepaling en de prijsinventaris, het zorgvuldigheidsbeginsel en, tot slot, van de formelemotiveringsplicht zoals onder meer vervat in de artikelen 4 en 5 wet rechtsbescherming en in de wet van 29 juli 1991 'betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen' en van de verplichting dat de motivering afdoende moet zijn.

37. In een eerste middelonderdeel acht de verzoekende partij deze bepalingen en beginselen geschonden, zo vat zij samen, *doordat* de verwerende partij de offertes van de eerste tussenkomende partij heeft aanvaard die een prijs

heeft opgegeven “per geleverde doos, ongeacht het aantal eenheden in de doos”, terwijl het bestek en de verplicht in te vullen prijsinventaris als eenheden hoofdzakelijk “units” (zijnde de secundaire verpakking) en “boxen” (zijnde de tertiaire verpakking) hanteren en nergens een “doos”, zoals bedoeld door de eerste tussenkomende partij; dat het hier een opdracht tegen prijslijst betreft en dat de nv Movianto Belgium aldus niet de in het bestek opgegeven hoeveelheden heeft gehanteerd in haar offerte. Hierdoor, aldus de verzoekende partij, zijn de offertes van de eerste tussenkomende partij substantieel onregelmatig en in elk geval volstrekt onvergelijkbaar met die van verzoekende partij, zodat de verwerende partij de offertes van de eerste tussenkomende partij had moeten weren. Volgens de verzoekende partij maakt die werkwijze bovendien de verbintenis van de eerste tussenkomende partij om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren “onbestaande, onvolledig of onzeker aangezien geenszins vaststaat of en hoe Movianto Belgium NV de door het Bestek opgelegde traceerbaarheid per unit kan realiseren”. Tot slot stelt zij dat de verwerende partij dit enkel heeft nagegaan voor perceel 1 doch niet voor perceel 2, terwijl niet valt in te zien waarom de eerste tussenkomende partij voor perceel 2 een andere prijszettingmethode zou hebben gehanteerd.

Verder licht de verzoekende partij nog toe dat de overwegingen van de verwerende partij in de bestreden beslissing inzake het prijsonderzoek en de hantering van het concept “doos” nog volgende “vragen” opwekt:

“74.[...]

- Verwerende partij spreekt in hoofde van de nv Movianto Belgium enkel over perceel 1. Gezien de prijslijsten voor perceel 1 en 2 veel gelijkenissen vertoonden, valt niet in te zien waarom Movianto Belgium NV voor perceel 2 wel op niveau van de ‘unit’ heeft geprijsd en dit niet voor perceel 2 heeft gedaan; verwerende partij stelt zich hierover schijnbaar geen vragen, hieruit alleen al blijkt de onzorgvuldigheid van het prijsonderzoek;
- Indien Movianto Belgium NV per doos gewerkt heeft zoals de definitie van het Bestek (zijnde een ‘box’ of de ‘tertiaire verpakking’), impliceert dit per definitie dat de uitleveringen minder nauwkeurig zijn dan op unit niveau. Indien er immers in grotere hoeveelheden worden uitgeleverd (en er bijgevolg een surplus is), zal immers het teveel geleverde nadien moeten worden teruggenomen, hetgeen impliceert dat er meer retours (i.e. terugnames van teveel geleverde units), zullen zijn. Hieruit alleen al blijkt het speculatief karakter van de offerte van Movianto Belgium NV; zij lijkt immers te speculeren door het hanteren van ‘dozen’ met grotere, minder nauwkeurige hoeveelheden op meer retours, waarvoor zij eveneens gecompenseerd wordt.

75. Het kan niet betwist worden dat het werken met ‘dozen’ de nv Movianto Belgium een prijsvoordeel heeft opgeleverd. Verwerende partij heeft immers zelfs opgemerkt dat er een relatief groot verschil in prijs is tussen de offerte van verzoekende partij en deze van Movianto Belgium NV, hetgeen zij schijnbaar uitsluitend lijkt te wijten aan de niet nader omschreven ‘dozen’ van Movianto Belgium NV”.

[...]

76. Voor zover het werken met dozen ten opzichte van units geen verschil in gehanteerde eenheden zou uitmaken, dan moet minstens worden vastgesteld dat niet hetzelfde proces is geprijsd. Zoals hierboven reeds aangehaald, dienen er op ‘unit’ niveau immers handelingen gesteld worden die verschillen van deze die op ‘doos’ niveau dienen te worden uitgevoerd.

Gezien Movianto Belgium NV en verzoekende partij niet dezelfde handelingen hebben geprijsd, zijn hun offertes dan ook onvergelijkbaar. Dit is uiteraard uitsluitend te wijten aan het feit dat Movianto Belgium NV de door verwerende partij opgelegde prijslijst niet gevolgd heeft.

[...]”.

“Ondergeschikt” moet volgens haar worden vastgesteld dat de verwerende partij niet eens heeft onderzocht of de door de eerste tussenkomende partij aangehaalde argumenten een verantwoording is die ook voor de verzoekende partij gold. Indien dit laatste immers het geval zou zijn, is het enorme prijsverschil tussen de eerste tussenkomende partij en de verzoekende partij niet verantwoordbaar.

38. In een tweede middelonderdeel van haar derde middel acht de verzoekende partij de in dat middel ingeroepen bepalingen en beginselen geschonden, zo vat zij samen, *doordat* de verwerende partij de offerte van de tweede tussenkomende partij heeft aanvaard; *terwijl* deze naar haar oordeel een abnormale lage (eenheids)prijs bevatte; en *terwijl* het feit dat één van de inschrijvers abnormale prijzen hanteert de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt en dat de aanbestedende overheid verplicht is om een offerte te weren die aangetast is door abnormale prijzen. De verzoekende partij voert aan dat de tweede tussenkomende partij hiervoor geen regelmatige en gegronde verantwoording heeft verschaft, dat geenszins blijkt dat de verwerende partij de prijsverantwoording zorgvuldig heeft onderzocht en dat de verwerende partij dan ook ten onrechte van oordeel is dat de prijzen van de tweede tussenkomende partij niet abnormaal zijn. De verzoekende partij wijst nog op het zeer grote prijsverschil tussen de drie offertes en meent dat de offerte van de tweede tussenkomende partij

voor perceel 2 ten onrechte werd aanvaard terwijl deze een abnormale lage (eenheids)prijs bevatte voor het beheer van de bemonsteringsbuizen.

De verzoekende partij merkt daarbij op :

“- Het ‘verschil’ waarvan sprake is bijzonder substantieel: de offerteprijs van de nv Raes Pharmaceutical Logistics bedraagt 8.163.655,14 euro, deze van de nv Movianto Belgium bedraagt maar liefst ca. 6 miljoen euro meer (m.n. 14.219.841, 31 euro) en deze van de verzoekende partij maar liefst ca. 10 miljoen meer (m.n. 18.345.818,89 euro), verwerende partij lijkt dit in de [bestreden beslissing] ernstig te minimaliseren;

- Het prijsverschil zou schijnbaar te wijten zijn aan één opgegeven eenheidsprijs (waarvan het tarief achterwegen wordt gelaten), m.n. deze voor het beheer van de bemonsteringsbuizen; waarbij verwerende partij overweegt dat zelfs een beperkt verschil tot grote prijsverschillen kan leiden. Of er hier in casu slechts een beperkt verschil op niveau van de eenheidsprijzen is, blijkt evenwel niet uit de bestreden beslissing, evenmin lijkt dit mathematisch mogelijk, gezien de enorme prijsverschillen op niveau van de totaalprijs en het grote aandeel van de betrokken post; dit kan nooit leiden tot een beperkt verschil op niveau van de eenheidsprijs, de betrokken motivering raakt kant noch wal.

- De verwerende partij lijkt aan te nemen dat prijsopbouw logisch is, uitgaande van de hypothese dat 1 FTE 5.000 tubes per dag kan verwerken; evenwel lijkt verwerende partij niet te hebben nagegaan of (i) net deze ‘uiterst snelle verwerkingscapaciteit’ het verschil maakt tussen de door verzoekende partij, Movianto Belgium NV en Raes Pharmaceutical Logistics NV aangeboden prijzen en (ii) het verwerken van 5000 tubes per dag überhaupt mogelijk is;

° Dit laatste lijkt verzoekende partij compleet onmogelijk, gezien de verschillende handelingen en processen die één tube dient doorlopen en aldus vervat dienen te zijn in de eenheidsprijs: voorbereiding (verzamelen materialen, opstarten pc's , individuele scanning van de tubes en daarna samenstellen van de testkits uit meerdere componenten. Hierbij wordt evenmin rekening gehouden met het feit dat bepaalde tubes zelfs geen barcode hebben, hetgeen vertragend werkt, noch met het feit dat er zich steeds technische problemen kunnen voordoen bij het inscannen. Rekening houdende met een normale werkdag van 7u36, zou dit impliceren dat de betrokken werknemer dergelijke opeenvolgende handelingen in minder dan 6 seconden uitvoert én dit aan constante snelheid. Ook lijkt verwerende partij de betrokken post te reduceren tot het louter ‘inscannen’ terwijl hier eveneens een component ‘traceerbaarheid’ is (zie omschrijving post ‘Beheer Bemonsteringsprijzen’);

° Minstens is niet nagegaan of de voor de Raes Pharmaceutical Logistics NV aangehaalde methodiek en kostprijs voor een FTE ook door de andere inschrijvers werd gehanteerd.”.

Uit het bovenstaande blijkt volgens de verzoekende partij dat de verwerende partij (i) te licht over het enorme verschil in prijs is gegaan, (ii) ten onrechte lijkt te hebben overwogen dat er slechts sprake zou zijn van een beperkt verschil op niveau van de eenheidsprijs en (iii) niet terdege heeft onderzocht of de opgegeven prijsverantwoording wel correct was. Nochtans had de FOD dit

eenvoudig kunnen doen door ook aan de overige inschrijvers te vragen welke aannames zij gemaakt hadden met betrekking tot de betrokken eenheidsprijs of te kijken naar de data die beschikbaar waren in het kader van de uitvoering van de lopende overeenkomsten.

Beoordeling

Vooraf

39. Het in dit middel ingeroepen artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 vereist dat de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Artikel 83 van diezelfde wet (*cfr.* reeds geciteerd in punt 11) bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes onderzoekt, wat verder wordt uitgewerkt in artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Bij opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor Europese bekendmaking - wat te dezen het geval is -, en waarbij zoals *in casu* onderhandelingen zijn toegelaten, geldt dan - onverminderd artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 dat echter de concurrentiegerichtte dialoog betreft -, artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voor de niet-finale offertes (zie punt 11). Wanneer een dergelijke offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, verschaft de aanbestedende overheid aldus de inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat. De aanbestedende overheid verklaart de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp

kan uitmaken van regularisatie. Wanneer het, zoals te dezen ,een finale offerte betreft, is § 3 wel van toepassing. Dan verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.

Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten.
Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bevestigt dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek onderwerpt en dat zij daartoe, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, de inschrijvers kan verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorziet dat, indien uit dit algemeen prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende overheid een bevraging uitvoert. Artikel 36, §§ 2 tot 4, bevat nadere bepalingen in verband met dat bijzonder onderzoek. Luidens § 3 van die bepaling beoordeelt de aanbestedende overheid 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.”

40. Met het derde middel betwist de verzoekende partij in essentie de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes van de gekozen inschrijvers en het uitgevoerde prijsonderzoek.

Zoals in punt 10 is uiteengezet, wordt eraan herinnerd dat de aanbestedende overheid in een mededingingsprocedure met onderhandelingen in beginsel over een grote vrijheid beschikt om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure van onderhandelen in te richten en te doorlopen, met dien verstande dat deze ruimte niet onbeperkt is. Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, zoals de voormelde artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en door de regels die de aanbestedende overheid zichzelf in het bestek heeft opgelegd. De keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandelingen ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

Overeenkomstig artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes in de zin van paragraaf 8, met het oog op de verbetering van hun inhoud, doch wordt over de minimumeisen en de gunningscriteria niet onderhandeld.

Aldus wordt in artikel 1.10, b) van het bestek, reeds aangehaald in punt 3.8, in dit verband bepaald :

“ (b) Eerste beoordelingsronde

De ingediende Offertes worden tijdens een eerste beoordelingsronde getoetst op hun regelmatigheid, waaronder hun volledigheid en overeenstemming met de essentiële vormvoorschriften zoals beschreven in dit Bestek.

Inschrijvers die een substantieel onregelmatige Offerte indienen, worden in beginsel definitief van verdere deelname aan deze plaatsingsprocedure uitgesloten, onverminderd de eventuele regularisatie conform artikel 76, §4 KB 18 april 2017.

In de mate de Opdrachtgever tot regularisatie zou overgaan, zal de betrokken Inschrijver de kans krijgen om een nieuwe Eerste Offerte in te dienen. Een dergelijke nieuwe Eerste Offerte vervangt de eerder ingediende Offerte en mag behalve het wegwerken van de substantiële onregelmatigheid geen andere vormelijke of inhoudelijke wijzigingen omvatten.”

41. De wijze waarop de verwerende partij, in het kader van de beoordeling van de regelmatigheid, is omgegaan met de offertes van de

verzoekende partij en die van de andere inschrijvers, dient dan ook te worden beoordeeld rekening houdend met de mogelijkheden van onderhandelen en regularisatie die de gekozen plaatsingsprocedure en de opdrachtdocumenten bieden.

Mede in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is het recht op regularisatie van een substantiële onregelmatigheid wel niet absoluut, doch dient het verenigbaar te blijven met de principes van gelijke behandeling en mededinging.

Het komt ook in de eerste plaats de aanbestedende overheid en niet de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, en om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel of als een minimale eis worden aangemerkt. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

42. Specifiek wat het prijsonderzoek betreft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, de fase van het algemeen prijsonderzoek en, anderzijds, de fase van het bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, met eventuele vraag tot prijsverantwoording. Ook het algemeen prijsonderzoek in de zin van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 vereist een nauwgezette controle van alle bedragen van elke offerte en een onderlinge prijsvergelijking van alle eenheids- en totaalprijzen van alle offertes. De verwerende partij beschikt in het kader van dat algemeen prijsonderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om alsdan al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen. Deze beoordelingsruimte lijkt des te meer aanwezig in geval voor de onderhandelingsprocedure is gekozen, zoals te dezen.

Ook al vormt het feit dat de gekozen inschrijver een offerte met een aanzienlijk lagere prijs biedt dan andere inschrijvers doorgaans een aanwijzing dat de geboden prijs abnormaal laag zou kunnen zijn, wat dan aanleiding is voor de aanbestedende overheid om een prijsverantwoording te vragen in de zin van artikel

36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, indien toepasselijk, hoeft dit niet altijd zo te zijn.

De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied. De motieven op grond waarvan de aanbestedende overheid alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, kunnen ook uit de stukken van het dossier blijken zodat deze motieven aan de toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen.

Betreffende het eerste middelonderdeel

43. In de huidige stand van het geding en in het kader van de kritiek van de verzoekende partij in het eerste middelonderdeel (maar ook in het tweede middelonderdeel) dient vooreerst vastgesteld dat de FOD Volksgezondheid in een vertrouwelijk voorgelegde brief van 1 juli 2022 aan de Minister, inzake perceel 1, wijst op bepaalde bijzonder hoge prijzen van de verzoekende partij die “ver boven de marktprijzen liggen”, terwijl de “prijzen van Movianto [overeenkomen] met de marktprijzen”. Ook inzake perceel 2 wordt gewezen op enkele uitschieters in prijzen van de verzoekende partij vergeleken met de twee andere inschrijvers.

44. Verder wordt vastgesteld dat het te dezen gaat om een opdracht tegen prijslijst, die vaak verwijst naar prijzen per “unit” maar soms ook verwijst naar prijzen per “ASN”, per “Pallet”, per “Box”. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de eerste tussenkomende partij voor leveringen heeft gewerkt met de prijs “per geleverde doos, ongeacht het aantal eenheden” omdat, blijkens een tijdens de onderhandelingen en via e-mail van 20 juni 2022 gevraagde toelichting, het “tellen van eenheden per verpakking en het factureren per levering niet als voldoende kosteneffectief wordt beschouwd”, alsook dat de verwerende partij oordeelde dat

die inlichtingen haar in staat stelde zich ervan te vergewissen dat de door de eerste tussenkomende partij voorgestelde eenheidsprijzen realistisch zijn opgebouwd “aangezien deze louter een geoptimaliseerd proces aan het licht brengen dewelke nog steeds de goede en besteksconforme uitvoering van de Opdracht waarborgen”.

Uit de vertrouwelijk voorgelegde toelichting van de eerste tussenkomende partij van 22 juni 2022, alsook uit de vertrouwelijk voorgelegde samenvatting van het prijsonderzoek kan *prima facie* worden afgeleid dat de eerste tussenkomende partij standaard werkt met een prijs per geleverde doos aangezien het tellen van eenheden per verpakking en het factureren per levering niet als kosteneffectief wordt beschouwd. Bijgevolg lijkt de voordelige prijs van de eerste tussenkomende partij voor bepaalde posten, zoals de verwerende partij oordeelde, te verklaren door haar geoptimaliseerde bedrijfsprocessen, en blijkt in de huidige stand van het geding niet dat de verwerende partij haar beoordelingsvrijheid ter zake te buiten is gegaan door de opgegeven eenheidsprijzen geenszins als onrealistisch of mogelijk abnormaal te beschouwen, des te meer nu het bestek (p. 18) zelfs specifiek de mogelijkheid bevat voor inschrijvers om een nulprijs in te vullen wanneer voor een bepaalde post geen afzonderlijke kost wordt aangerekend.

Evenmin blijkt *prima facie*, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, dat de eerste tussenkomende partij is overgegaan tot een wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden; er werd, zo lijkt, door haar niet afgeweken van de in de prijsinventaris opgelegde eenheden. Uit de prijslijst van de eerste tussenkomende partij voor perceel 1 blijkt *prima facie* integendeel dat zij wel degelijk, telkens waar dat werd gevraagd, een prijs per “unit” heeft opgegeven. Omwille van voormeld geoptimaliseerd bedrijfsproces van de eerste tussenkomende partij, valt deze prijs voor bepaalde posten blijkbaar lager uit dan deze van de verzoekende partij.

Aangezien aldus de prijszetting van de eerste tussenkomende partij wel degelijk lijkt te zijn gebeurd op “unit-niveau”, blijkt evenmin *prima facie* dat dat de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang is gekomen.

Evenmin maakt de verzoekende partij concreet en onderbouwd *prima facie* aannemelijk dat dat eerste tussenkomende partij door deze prijszetting

de traceerbaarheid van de units, zoals voorgeschreven door het bestek, niet zou kunnen garanderen. Wanneer zij dat niet concretiseert, komt het de Raad van State niet toe dat in haar plaats te doen.

45. In de mate de verzoekende partij aanvoert dat dit alles ook kan gelden voor de offerte van de eerste tussenkomende partij wat perceel 2 betreft aangezien er geen reden is om aan te nemen dat deze laatste daar wel op het niveau van de ‘unit’ heeft geprijsd, en aldus de manier van opgave van eenheidsprijzen voor perceel 1 en 2 in dit middel gelijk stelt, lijkt de verzoekende partij *prima facie* voorbij te gaan aan de verschillen in beide prijsinventarissen waarbij voor perceel 2 slechts voor één post (“opslag ULT per week”) een prijs “per unit” lijkt te worden gevraagd in tegenstelling tot zeven posten voor perceel 1.

In ieder geval heeft de verwerende partij aan de eerste tussenkomende partij ook toelichting gevraagd over haar prijszetting voor perceel 2. Uit de daaropvolgende door die partij verstrekte toelichting van en de samenvatting van het prijsonderzoek, blijkt niet *prima facie* waarom de verwerende partij niet redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat er geen vermoeden was van abnormale of onrealistische prijzen.

Verder lijkt zij wat betreft perceel 2 ook enkel belang te hebben bij deze grief die immers de tweede gerangschikte inschrijver betreft, indien de grief in het tweede middelonderdeel gericht tegen de voor perceel 2 gekozen inschrijver (dit is de tweede tussenkomende partij: de nv Raes Pharmaceutical Logistics) ernstig wordt bevonden, wat zoals hierna wordt uiteengezet, niet het geval is. Immers, ook wanneer geen rekening wordt gehouden met de offerte van de eerste tussenkomende partij wijzigt, gelet op de beoordeling van het criterium prijs en de hogere scores van de verzoekende partij en de tweede tussenkomende partij op de andere criteria, de rangschikking niet.

46. Tot slot, in de mate de verzoekende partij “ondergeschikt” opwerpt dat de verwerende partij niet heeft onderzocht of de door de eerste tussenkomende partij gehanteerde werkwijze ook geldt voor de verzoekende partij, toont zij in haar verzoekschrift niet concreet aan op welke wettelijke grond de verwerende partij daartoe verplicht was, nog daargelaten de vraag of de

verwerende partij die kennis van de concrete bedrijfsprocessen van de eerste tussenkomende partij en dus, zo lijkt, vertrouwelijke bedrijfsinformatie wel rechtstreeks of onrechtstreeks kon delen met andere inschrijvers.

Betreffende het tweede middelonderdeel

47. Alhoewel de verzoekende partij terecht wijst op de grote prijsverschillen voor perceel 2, en de in dat licht lage totaalprijs van de gekozen inschrijver – afgerond 10 miljoen lager dan de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij, en 6 miljoen lager dan de inschrijvingsprijs van de eerste tussenkomende partij –, kan (omgekeerd) worden vastgesteld dat deze inschrijvingsprijs van de verzoekende partij aanzienlijk hoger is dan deze van de twee andere inschrijvers. Deze blijft in vergelijking met de voor perceel 2 tweede gerangschikte nv Movianto Belgium (dit is de eerste tussenkomende partij), nog steeds 4 miljoen hoger.

In de mate zij meent dat de lage prijs van de tweede tussenkomende partij geenszins verantwoord kan worden door de eenheidsprijs voor het beheer van de bemonsteringsbuizen, kan zij bezwaarlijk aanstoot nemen aan het feit dat deze prijs niet wordt vermeld aangezien zij zelf haar eenheidsprijzen ook als vertrouwelijk voorlegt. Door te wijzen op de hoeveelheid van deze post “bemonsteringsbuizen per maand”, met name “350.000” (zoals opgegeven in de prijsinventaris zoals die bij het bestek was gevoegd) en de impact daarvan op de geboden prijs, lijkt de verwerende partij *prima facie* niet onzorgvuldig te handelen door dit als verklaring te zien voor het prijsverschil. Hiermee lijkt zij *prima facie* het verschil in totaalprijs ook niet te minimaliseren.

De verwerende partij meent ook dat het uitgangspunt van 10.000 tubes per dag of 5.000 per persoon een realistische verwerking is van het aantal gescande tubes. In de mate de verzoekende partij argumenteert dat dit om de door haar aangehaalde redenen (zie *supra* punt 37) “totaal onmogelijk is”, kan van de Raad van State bezwaarlijk worden verwacht over deze veeleer technische vraag, *a fortiori* in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, uitsluitel te geven. In de huidige stand van het geding kan de Raad van State enkel vaststellen dat de verwerende partij dit realistisch acht en de goede en besteksconforme

uitvoering van de opdracht waarborgt. Aldus lijkt de beoordeling ook niet beperkt tot het inscannen. De verzoekende partij betwist dit cijfermatig maar dat dit alles “totaal onmogelijk is”, wordt niet concreet aan de hand van stukken en ervaring onderbouwd.

Dat de verwerende partij niet heeft onderzocht of deze methodiek niet ook door andere inschrijvers werd gebruikt, toont evenmin *prima facie* de ernst van dit onderdeel aan. Uit de bestreden beslissing blijkt afdoende, minstens impliciet, dat dit niet het geval is. Indien dit voor de verzoekende partij het geval zou zijn geweest, had zij dit kunnen opwerpen.

48. In de mate de verzoekende partij in dit tweede middelonderdeel herhaalt dat de in het eerste middelonderdeel aangehaalde onregelmatigheid inzake prijszetting, eveneens de offerte van de eerste tussenkomende partij voor perceel 2 aantast, wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste middelonderdeel.

49. Gelet op die conclusie wat het eerste middelonderdeel betreft, lijkt de verzoekende partij in ieder geval geen belang te hebben bij dit tweede middelonderdeel wat de gekozen inschrijver (perceel 2) betreft aangezien, zelfs indien ernstig, dit niet tot gevolg lijkt te hebben dat haar offerte als eerste wordt gerangschikt. De offerte van de eerste tussenkomende partij scoort dan 99,45, en die van de verzoekende partij 84,25 (of 83,25 indien haar score voor gunningscriterium 4 niet 10 is, zoals in de rangschikkingstabel, maar slechts 9 zoals afgeleid uit de eerdere beoordeling van dat criterium zelf). De verzoekende partij heeft dan enkel belang bij dit middelonderdeel indien ook het eerste of tweede middel ernstig zou zijn bevonden, wat zoals uit de beoordeling *prima facie* van die beide middelen is gebleken niet het geval is.

50. In de mate de verzoekende partij in dit middel ook de schending inroept van de formelemotiveringsplicht afgeleid uit de artikelen 4 en 5 van de wet rechtsbescherming en uit de wet van 29 juli 1991, toont zij niet *prima facie* aan waarom zij niet met voldoende kennis, op basis van de meegedeelde beslissing, het prijsonderzoek en de conclusie dat de offertes van de andere inschrijvers regelmatig zijn kon betwisten. Het tegendeel blijkt veeleer uit dit omstandig

middel. Aldus lijkt minstens het normdoel van de formelemotiveringsplicht te zijn bereikt.

51. Het derde middel is niet ernstig.

IV. Besluit

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

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Movianto Belgium en de nv Raes Pharmaceutical Logistics tot tussenkomst worden 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 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770,00 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden, elk voor de helft, verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro.

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

Kaat Leus,
bijgestaan door

Frank Bontinck,

De griffier

Frank Bontinck

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Kaat Leus