

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.524 van 16 september 2022
in de zaak A. 237.072/XII-9257**

In zake: Xavier KESTEMONT
wonende te 1930 Zaventem
Hoogstraat 23

tegen:

het OCMW ZAVENTEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Mr. Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 ANTWERPEN
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 augustus 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het OCMW Zaventem van 8 augustus 2022 om de opdracht “Leveren medicatie woon- en zorgcentrum Trappeniers – periode 2022-2024” te gunnen aan de cvba COOP-Apotheken.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 september 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, in persoon aanwezig, en advocaten Simon Verhoeven en Tom Bruyndonckx, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “Leveren medicatie woon- en zorgcentrum Trappeniers – periode 2021-2023”.

De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

3.2. In het bestek worden de gunningscriteria bepaald als volgt:

“

I.10 Gunningscriteria

Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Dienstverlening	50
	<i>De dienstverlening zal worden beoordeeld door middel van verplicht aan te leveren bijlage</i>	

	<i>in technische bepalingen III.9</i>	
1.1	Plan van aanpak	30
	<i>Vork van 10 punten</i>	
1.2	Opleiding, ondersteuning en vorming	10
	<i>Vork van 2 punten</i>	
1.3	Farmaceutische zorg	10
	<i>Vork van 2 punten</i>	
2	Aangeboden korting	50
	<i>De inschrijvers bieden een vaste korting uitgedrukt in procenten op de publieksprijs voor niet-terugbetaalbare geneesmiddelen en alle andere producten en materialen waarvoor geen tussenkomst is.</i> <i>De kandidaat met het hoogste kortingspercentage krijgt het maximum van de punten.</i>	
Totaal gewicht gunningscriteria:		100

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

”

3.3. De verwerende partij heeft een aantal potentiële geïnteresseerden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Vier van hen, waaronder de bvba Apotheek Kestemont, zijnde de zittende dienstverlener, blijken tijdig (vóór 14 september 2021) een offerte te hebben ingediend.

3.4. In een e-mail van 27 december 2021 verzoekt de verwerende partij alle inschrijvers om schriftelijk te bevestigen of zij hun offerte al dan niet handhaven tot 16 mei 2022, en onder welke voorwaarden.

Verzoeker antwoordt per e-mailbericht van 28 december 2021 dat hij akkoord gaat om “de leveringen zeker verder te zetten”, maar dat “de korting op de toen opgestelde voorwaarden herzien [zal] worden van 25% (opgesteld in 2017) naar 15%”. Op vraag of dit kan worden begrepen als een akkoord om de verbintenistermijn van zijn offerte van 10 september 2021 te verlengen zonder wijziging van de voorwaarden, antwoordt verzoeker dat hij “verder [gaat] op de voorwaarden goedgekeurd in 2017 waarbij de periode voor de 2^{de} maal, op uw vraag verlengd wordt tot 16 mei 2022”, en hij “enkel de korting op 15% [wenst] te stellen”.

3.5. Op 8 februari 2022 vraagt de verwerende partij aan de inschrijvers of de dienstverlening kan worden uitgebreid en, zo ja, welke kostprijs hieraan vasthangt en welke invloed dit heeft op de voorgestelde korting.

Verzoeker antwoordt in zijn brief van 21 februari 2022 dat hij “de dienstverlening [kan] verhogen”, maar dat de kostprijs voor deze “dagelijkse en zeer arbeidsintensieve dienstverlening” dan gedragen moet worden door het afschaffen van de korting. Anderzijds antwoordt verzoeker op een specifieke vraag daaromtrent van de verwerende partij, dat “in deze offerte [...] de korting [geldt][...] voor de niet voorschriftplichtige medicatie: [...] ongeacht of de persoon verzekerd of onverzekerd is”.

De andere inschrijvers bevestigen dat zij hun dienstverlening kunnen uitbreiden, met een aanpassing van het aangeboden kortingspercentage.

3.6. Met een e-mail van 6 mei 2022 vraagt de verwerende partij alle inschrijvers om schriftelijk te bevestigen of zij hun offerte al dan niet handhaven tot 30 september 2022.

Verzoeker antwoordt in een e-mailbericht van 9 mei 2022 dat hij akkoord gaat met de verlenging van de verbintenistermijn, alsook dat de verwerende partij “mag [...] rekenen op 15% korting op alle medicatie behalve de voorschriftplichtige medicatie met een maximum van 2,5 euro”.

3.7. Het gunningsverslag dateert van 29 juli 2022. Alle inschrijvers worden geselecteerd. Alle offertes worden regelmatig bevonden. Onder punt 6. “Vergelijking van de offertes en voorstel tot toewijzing” worden volgende scores toegekend:

“

Nr.	Naam	Motivering	Score
Gunningscriterium nr. 1: Dienstverlening Beoordeling op 50 punten De dienstverlening zal worden beoordeeld door middel van verplicht aan te leveren bijlage in technische bepalingen III.9			
1	COOP-APOTHEKEN CVBA		50
2	PHARMA FORCE NV		36
3	MULTIPHARMA CVBA		22
4	Apotheek Kestemont		8
Gunningscriterium nr. 1.1: Plan van Aanpak Beoordeling op 30 punten Vork van 10 punten			
1	COOP-APOTHEKEN CVBA	Zie gunningstabel in bijlage	30
2	PHARMA FORCE NV	Zie gunningstabel in bijlage	20
3	MULTIPHARMA CVBA	Zie gunningstabel in bijlage	10
4	Apotheek Kestemont	Zie gunningstabel in bijlage	0
Gunningscriterium nr. 1.2: Opleiding, ondersteuning en vorming Beoordeling op 10 punten Vork van 2 punten			
1	COOP-APOTHEKEN CVBA	Zie gunningstabel in bijlage	10
2	PHARMA FORCE NV	Zie gunningstabel in bijlage	8
3	MULTIPHARMA CVBA	Zie gunningstabel in bijlage	6
4	Apotheek Kestemont	Zie gunningstabel in bijlage	4
Gunningscriterium nr. 1.3: Farmaceutische zorg Beoordeling op 10 punten Vork van 2 punten			
1	COOP-APOTHEKEN CVBA	Zie gunningstabel in bijlage	10
2	PHARMA FORCE NV	Zie gunningstabel in bijlage	8
3	MULTIPHARMA CVBA	Zie gunningstabel in bijlage	6
4	Apotheek Kestemont	Zie gunningstabel in bijlage	4
Gunningscriterium nr. 2: Aangeboden korting Beoordeling op 50 punten De inschrijvers bieden een vaste korting uitgedrukt in procenten op de publieksprijs voor niet-terugbetaalbare geneesmiddelen en alle andere producten en materialen waarvoor geen tussenkomst is. De kandidaat met het hoogste kortingspercentage krijgt het maximum van de punten.			
3	MULTIPHARMA CVBA	Na onderhandelingen waarbij een meer uitgebreide ondersteuning wordt gevraagd, kunnen we de aangeboden bijkomende	50

		ondersteuning met hun nieuwe kortingstarieven als gelijkwaardig beschouwen bij alle kandidaten. Nieuw kortingspercentage Multipharma 26%	
2	PHARMA FORCE NV	Na onderhandelingen waarbij een meer uitgebreide ondersteuning wordt gevraagd, kunnen we de aangeboden bijkomende ondersteuning met hun nieuwe kortingstarieven als gelijkwaardig beschouwen bij alle kandidaten. Nieuw kortingspercentage Pharma Force 20%	38,46
1	COOP-APOTHEKEN CVBA	Na onderhandelingen waarbij een meer uitgebreide ondersteuning wordt gevraagd, kunnen we de aangeboden bijkomende ondersteuning met hun nieuwe kortingstarieven als gelijkwaardig beschouwen bij alle kandidaten. Nieuw kortingspercentage Coop Apotheken 17.5%	33,65
4	Apotheek Kestemont	Na onderhandelingen waarbij een meer uitgebreide ondersteuning wordt gevraagd, kunnen we de aangeboden bijkomende ondersteuning met hun nieuwe kortingstarieven als gelijkwaardig beschouwen bij alle kandidaten. Nieuw kortingspercentage Kestemont 0%	0
Finale rangschikking tegelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score)			
Nr.	Naam	Score	%Korting
1	COOP-APOTHEKEN CVBA	83,65%	17,5%
2	PHARMA FORCE NV	74,46%	20%
3	MULTIPHARMA CVBA	72%	26%
4	Apotheek Kestemont	8%	0%

”

De concrete motieven inzake het eerste gunningscriterium ‘Dienstverlening’ worden opgenomen in een Excel-document, de zogenaamde “gunningstabel” die als bijlage bij het gunningsverslag wordt gevoegd.

3.8. Op 8 augustus 2022 beslist het vast bureau van de verwerende partij de opdracht aan de cvba COOP-Apotheken te gunnen overeenkomstig het gunningsverslag van 29 juli 2022.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. Verzoeker dient een “toegevoegde extra nota” in.

4.2. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota 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 de aanvullende nota een reactie vormt op dergelijke nieuwe feiten, kan ze bij de zaak worden betrokken. In zoverre de aanvullende nota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van het pleidooi ter zitting van verzoeker, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

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

6.1. De verwerende partij werpt voorts op dat de substantiële vormvereisten “uit de procedurereglementen van de Raad van State” niet zijn nageleefd omdat het verzoekschrift geen uiteenzetting van de feiten en middelen bevat, en dat de vordering bijgevolg onontvankelijk is.

6.2. Verzoeker overloopt de onderdelen van het gunningsverslag en de gunningstabel en formuleert daarbij puntsgewijze een aantal grieven. De verwerende partij stelt terecht vast dat geen (formele) melding wordt gemaakt van enige wettelijk of reglementaire bepaling of rechtsbeginsel dat zou zijn geschonden. De uiteenzetting laat wel toe voldoende inzicht te krijgen in de bezwaren die tegen de bestreden beslissing worden aangevoerd, waarop de verwerende partij inhoudelijk heeft gerepliceerd.

In die omstandigheden wordt de exceptie niet aangenomen. Wel worden de “middelen” opgevat zoals de verwerende partij die “grieven” heeft begrepen.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

7. Verzoeker lijkt in een eerste grief het feit te bekritisieren dat de verwerende partij een bepaalde apotheek uit de gemeente Zaventem niet heeft aangeschreven om in te schrijven op deze opdracht, zodat deze niet de kans heeft gekregen een offerte in te dienen. Hij besluit “[o]neerlijke uitsluiting van kandidaat-mededinging”.

8. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat verzoeker op het eerste gezicht geen belang lijkt te hebben bij deze “grief”. De aanschrijving van een bijkomende apotheek zou de kring van potentiële inschrijvers voor de opdracht enkel maar vergroten en bijgevolg de kans voor de bvba Apotheek Kestemont om de opdracht gegund te krijgen, verkleinen.

9. Het eerste middel is onontvankelijk.

B. Tweede middel

10. Verzoeker bekritiseert de motivering inzake de beoordeling van de offerte van de bvba Apotheek Kestemont in de gunningstabel gevoegd als bijlage bij het gunningsverslag, in het licht van elk van de drie subgunningscriteria van het gunningscriterium ‘Dienstverlening’, met als besluit het “[s]chenden van de objectiviteit in beoordeling”, het “[a]chterhouden van gegevens tot nadelige quoterings van de kandidaat”, alsook “[o]ngevraagde criteria als waarde toeschrijven”.

11. Met de verwerende partij wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat verzoeker geen belang heeft bij deze grief.

De vennootschap waarvan verzoeker zaakvoerder is, werd als vierde en laatste gerangschikt met een totaalscore van 8/100. De gekozen inschrijver behaalde een totaalscore van 83,65/100, de tweede gerangschikte 74,46/100 en de derde gerangschikte 72/100. Wat zijn kritieken op de beoordeling van de offerte van de bvba Apotheek Kestemont op het eerste gunningscriterium betreft, lijkt verzoeker er slechts belang bij te hebben in de mate die kritieken het verschil in de totaalscore van 75,65 punten, respectievelijk 66,46 en 64 punten tussen de bvba Apotheek Kestemont en de overige inschrijvers zouden kunnen overbruggen.

Dit lijkt op het eerste gezicht niet het geval te zijn.

Verzoeker heeft immers in zijn inleidend verzoekschrift, wat de beoordeling van de offerte van de bvba Apotheek Kestemont op het tweede gunningscriterium ‘aangeboden korting’ betreft en waarop deze inschrijver een score kreeg van 0/50, uitdrukkelijk “geen opmerkingen”. De score van 0/50 voor de offerte van deze inschrijver op het tweede gunningscriterium ‘aangeboden korting’ blijft aldus overeind.

Bijgevolg, zelfs mochten de kritieken van verzoeker met betrekking tot het eerste gunningscriterium ‘dienstverlening’ ernstig zijn, en zelfs

in de hypothese dat dit tot gevolg zou hebben dat de bvba Apotheek Kestemont voor dit eerste gunningscriterium een score van 50/50 zou behalen en de overige inschrijvers verhoudingsgewijs, rekening houdend met de beoordelingsmethode, minder zouden krijgen, blijkt op het eerste gezicht niet – minstens toont verzoeker dit niet aan – dat de bvba Apotheek Kestemont alsdan als eerste had dienen te worden gerangschikt.

12. Voor zover verzoeker in zijn aanvullende nota stelt dat hij wel een aangepaste korting van 15% had aangeboden doch dat dit kortingspercentage niet werd opgenomen in het gunningsverslag, is deze argumentatie laattijdig en bijgevolg onontvankelijk. Minstens toont verzoeker niet aan waarom hij deze argumentatie niet eerder in zijn verzoekschrift had kunnen aanvoeren.

13. De exceptie van de verwerende partij is gegrond. Het tweede middel is onontvankelijk.

V. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zestien september tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere