

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.549 van 20 januari 2023
in de zaken **I. A. 237.932/XII-9297**
 II. A. 237.933/XII-9296
 III. A. 237.934/XII-9298
 IV. A. 237.935/XII-9299
 V. A. 237.936/XII-9300

In zake: de CV MULTIPHARMA
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Anthony Poppe
 kantoor houdend te 9052 Gent
 Bollebergen 2 A bus 20
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Antoine de le Court
kantoor houdend te 1060 Brussel
Jourdanstraat 31
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV M.D.D. PHARMA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Maeyaert en Ewoud Hacke
kantoor houdend te 1000 Brussel
Koloniënstraat 18-24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vorderingen

1. De vijf vorderingen, alle ingesteld op 16 december 2022,
strekken tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de

tenuitvoerlegging van vijf afzonderlijke beslissingen van de Raad voor maatschappelijk welzijn van het OCMW van de stad Brussel van 23 november 2022 tot toewijzing aan de nv M.D.D. Pharma van een overeenkomst met als voorwerp de bevoorrading van geneesmiddelen in het kader van het mandaat dat de bewoners van een bepaald rusthuis of rust- en verzorgingstehuis (hierna: voorziening) toekenden aan de directie van die voorziening. De betrokken voorzieningen zijn:

- in de zaak A. 237.932/XII-9297 (I): Huis Vesalius;
- in de zaak A. 237.933/XII-9296 (II): Residentie Sint-Geertruide;
- in de zaak A. 237.934/XII-9298 (III): Ter Ursulinen;
- in de zaak A. 237.935/XII-9299 (IV): Huis Heizel;
- in de zaak A. 237.936/XII-9300 (V): Residentie De Wilde Rozen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in de vijf zaken een nota en een administratief dossier ingediend.

Met respectieve verzoekschriften van 29 december 2022 heeft de nv M.D.D. Pharma in de vijf zaken gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 januari 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Natacha Dugardin, die *loco* advocaat Antoine de le Court verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Ewoud Hacke, die verschijnt voor de tussenkomende 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 publiceert op 17 maart 2022 met vijf vereenvoudigde aankondigingen in het Bulletin der Aanbestedingen een oproep aan kandidaten om een overeenkomst te sluiten met betrekking tot de bevoorrading van geneesmiddelen in het kader van het mandaat dat de bewoners toekenden aan de directie van vijf voorzieningen beheerd door de verwerende partij, namelijk Huis Vesalius, Residentie Sint-Geertruide, Ter Ursulinen, Huis Heizel en Residentie De Wilde Rozen.

De overeenkomst zal worden gesloten tussen het OCMW Brussel, voor rekening van de betrokken voorziening, en de gekozen apotheker.

Bij deze vijf vereenvoudigde aankondigingen worden telkens drie bijlagen gevoegd:

- een ontwerp van overeenkomst, in te vullen door de geïnteresseerde apotheker;
- een model van farmaceutisch mandaat, dat gegeven zal worden door de bewoner van een voorziening;
- een bijlage inzake de algemene verordening gegevensbescherming.

Het model van farmaceutisch mandaat vermeldt in een voetnoot dat het mandaat is bedoeld om de aflevering van geneesmiddelen toe te staan overeenkomstig de artikelen 21, 22 en 23 van het koninklijk besluit van 21 januari 2009 ‘houdende onderrichtingen voor de apothekers’.

De vereenvoudigde aankondiging vermeldt bij de beknopte beschrijving van de opdracht het volgende:

“Deze aankondiging is niet bedoeld om een overheidsopdracht te organiseren maar wel om een overeenkomst tot stand te brengen met

betrekking tot de bevoorrading van geneesmiddelen, in het kader van het mandaat dat de bewoners toekenden aan de directie [van het betrokken rust- en verzorgingstehuis].”

De gekozen procedure is een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

3.2. Drie apotheken dienen een voorstel in :

- de nv P.,
- de nv M.D.D. Pharma, tussenkomende partij,
- de cv Multipharma, verzoekende partij.

Zij krijgen alle drie de mogelijkheid om hun voorstellen te verbeteren. De verzoekende partij maakt van deze mogelijkheid gebruik; de tussenkomende partij niet.

3.3. De verslagen van nazicht, opgesteld in gelijke bewoordingen, dateren van 16 november 2022. In de vijf zaken wordt bij wijze van besluit voorgesteld om de overeenkomst betreffende de verstrekking van geneesmiddelen te sluiten met de nv M.D.D. Pharma:

“III.1.6. Besluit van de vergelijking van de voorstellen
Rangschikking volgens de verschillende vergelijkingscriteria:

Naam	Prestatie-vorm	Aanvullende diensten	Levertermijnen	Buurtapotheek	Kortingen
MDD Pharma	1	1	1	1	2
Multipharma	2	2	2	1	1
P.	2	3	3	1	2

MDD Pharma en Multipharma stellen allebei een dagelijkse IMV [individuele medicatievoorbereiding] voor, wat wordt beschouwd als een betere werkwijze dan de werkwijze voorgesteld door P., met name een wekelijkse IMV. Een dagelijkse IMV verzekert een grotere flexibiliteit in levering en aanpassing van behandelingen. MDD Pharma stelt echter een completere dagelijkse IMV voor dan Multipharma waardoor een gebruiksklare dienstverlening mogelijk is. Dit levert een aanzienlijke tijdswinst op die kan worden benut om meer tijd te besteden aan de bewoners.

MDD Pharma en Multipharma stellen eveneens een aanzienlijk aantal aanvullende diensten voor, méér dan P., wat de behandeling van behoorlijk wat bewoners vergemakkelijkt (gratis gel voor bewoners met slikproblemen, gratis ter beschikking stellen van zuurstofconcentrators,

aerosoltoestellen of meettoestellen voor diabetespatiënten, ...). MDD Pharma stelt een krachtiger platform voor in de vorm van een online software die meer op punt staat dan bij Multipharma.

De leveringstermijnen van MDD Pharma zijn het meest flexibel.

Wat betreft de voorgestelde kortingen staat MDD Pharma slechts als tweede gerangschikt maar stelt [zij] niettemin een mooie korting voor die 2 % minder bedraagt dan van Multipharma, wat wordt gecompenseerd door de voorgestelde werkwijze en diensten.

Het voorstel van MDD Pharma werd als eerste gerangschikt voor de meeste criteria, meer bepaald de criteria die belangrijk zijn in de ogen van de instelling (werkwijze en aanvullende diensten).

Rekening houdend met deze elementen en hoewel de voorgestelde korting iets minder voordelig is, wordt het voorstel van MDD Pharma beschouwd als zijnde globaal het voordeligst.”

3.4. Op 23 november 2022 beslist de raad voor maatschappelijk welzijn met vijf afzonderlijke beslissingen de nv M.D.D. Pharma “aan te wijzen voor de uitvoering van de overeenkomst”.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

IV. Samenvoeging van de zaken

4. In de vijf zaken wordt telkens de schorsing van de tenuitvoerlegging gevorderd van een beslissing van de verwerende partij om een overeenkomst te sluiten met de nv M.D.D. Pharma. De vijf overeenkomsten hebben betrekking op vijf verschillende voorzieningen, maar voor het overige zijn de overeenkomsten nagenoeg gelijk. De verslagen van nazicht en de bestreden beslissingen zijn in nagenoeg identieke bewoordingen gesteld. In de vijf zaken worden bovendien dezelfde middelen ingeroepen.

De zaken zijn dan ook samenhangend, zodat zij in het belang van een goede rechtsbedeling samengevoegd worden.

V. Tussenkost

5. De nv M.D.D. Pharma blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vorderingen worden afgewezen. Bijgevolg worden haar verzoeken tot tussenkost ingewilligd.

VI. Rechtsmacht van de Raad van State – Toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten

Standpunt van de partijen

6. De verwerende partij betwist de rechtsmacht van de Raad van State op grond dat de overeenkomsten die het voorwerp uitmaken van de bestreden beslissingen, geen overheidsopdracht tot voorwerp hebben. In essentie werpt zij op dat wanneer, zoals te dezen, een overheid handelt in het kader van een aan haar verleend mandaat, in naam en voor rekening van personen die niet als een aanbestedende overheid kunnen worden gekwalificeerd, de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is. Bovendien moeten de bestreden beslissingen, precies omwille van het optreden in het kader van een mandaat, aan de mandanten worden toegerekend, zodat ze niet uitgaan van een administratieve overheid.

In zoverre de gekozen apotheker, naast het uitvoeren van bestellingen voor de bewoners van de voorzieningen, ook diensten verleent die de vervulling van de opdrachten van die voorzieningen vereenvoudigen, wijst zij erop dat de hoofdprestatie, en ook de enige waarvoor de apotheker vergoed wordt, de bevoorrading van geneesmiddelen is. De aanvullende diensten zijn louter bijkomend, en zij worden ook niet vergoed. Ze worden trouwens deels opgelegd aan de apothekers bij het koninklijk besluit van 21 januari 2009 ‘houdende onderrichtingen voor de apothekers’.

7. Anticiperend in haar verzoekschrift op de exceptie van de verwerende partij, en als antwoord daarop ter terechtzitting, wijst de verzoekende partij erop dat het model van overeenkomst die met de gekozen inschrijver gesloten

wordt, voorziet in een aantal verplichtingen die de verwerende partij aan de betrokkene oplegt. Om die reden bestaat de huidige praktijk van OCMW's erin om overeenkomsten van levering van geneesmiddelen voor de inwoners van woonzorgcentra als overheidsopdrachten in de markt te plaatsen.

De verzoekende partij verwijst ook naar arrest nr. 229.104 van de Raad van State van 7 november 2014, Defrance, waarin werd aangenomen dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing was op een gelijkaardige opdracht als de voorliggende opdrachten.

Ten slotte betwist zij dat de “aanvullende diensten” die de verwerende partij omschrijft als “bijkomende verplichtingen” niet zouden worden vergoed.

Om die redenen moet worden aangenomen, niettegenstaande de andersluidende kwalificatie in de aankondiging van de voorliggende opdrachten, dat het wel degelijk gaat om overheidsopdrachten. De bestreden beslissingen moeten bovendien aan de verwerende partij toegerekend worden.

Beoordeling

8. Krachtens artikel 17, gelezen in samenhang met artikel 14, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State -, is de Raad van State bevoegd om de schorsing te bevelen van handelingen van administratieve overheden. De verwerende partij betwist dat de bestreden handelingen aan haar toegeschreven kunnen worden, op grond dat zij optreedt in het kader van een mandaat dat door de bewoners aan de directies van de respectieve voorzieningen is verleend.

Het is juist dat de bestreden beslissingen genomen zijn in het kader van zogenaamde ‘farmaceutische mandaten’, gegeven aan de directies van de betrokken voorzieningen door de bewoners ervan, met het oog op het bestellen en ontvangen van de nodige geneesmiddelen. Zoals in een voetnoot in het model van mandaat wordt uiteengezet, zijn dergelijke mandaten bedoeld om de aflevering door de apotheker van geneesmiddelen aan een gemachtigde van de patiënt toe te staan, overeenkomstig de artikelen 21, 22 en 23 van het koninklijk besluit van

21 januari 2009 ‘houdende onderrichtingen voor de apothekers’. Dergelijke mandaten machtigen de directie echter niet om een overeenkomst aan te gaan met een apotheker met het oog op het afleveren van geneesmiddelen voor het geheel van de bewoners van de betrokken voorziening. A fortiori bevatten die mandaten geen machtiging aan de verwerende partij om zo’n overeenkomst te sluiten. Het is de verwerende partij zelf die beslist heeft, om in het kader van de uitvoering van de mandaten, een beroep te doen op één apotheker voor het verstrekken van de geneesmiddelen voor alle bewoners van een voorziening. De handelingen van de verwerende partij, in het kader van de aan de directies verleende mandaten, lijken dan ook beschouwd te moeten worden als handelingen van een administratieve overheid.

Deze vaststelling volstaat om te concluderen dat de exceptie van ontbreken van rechtsmacht niet ernstig is.

9. De exceptie doet voorts ook de vraag rijzen of de litigieuze overeenkomsten al dan niet worden gesloten in het kader van een overheidsopdracht. In de aankondiging van de litigieuze ‘opdrachten’ heeft de verwerende partij uitdrukkelijk aangegeven dat het niet de bedoeling is om een overheidsopdracht te organiseren.

Artikel 2, 17°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) definieert een ‘overheidsopdracht’ als volgt:

“overheidsopdracht : de overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbesteders en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten, [...]”

In verband met de toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten dient uitgegaan te worden van het voorwerp van de litigieuze opdrachten. Die opdrachten betreffen de aanwijzing van een apotheker aan wie de verstrekking van geneesmiddelen zal worden gevraagd ten behoeve van de bewoners die daartoe machtiging hebben verleend aan de directie van de voorziening waarin zij verblijven. In het systeem dat aldus is opgezet, lijkt elke

individuele bestelling van geneesmiddelen een overeenkomst tot stand te brengen tussen de aldus aangewezen apotheker en de betrokken bewoner.

Het feit dat overeenkomsten tot stand komen tussen een individuele bewoner en de gekozen apotheker, betekent echter niet dat de opdrachten in het kader waarvan de bestreden aanwijzingen van een apotheker zijn gebeurd, geen overheidsopdrachten kunnen zijn.

Volgens artikel 155 van het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 3 december 2009 ‘tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen’, moeten de voorzieningen zorgen voor de bereiding, de bewaring, de verdeling en de toediening van geneesmiddelen, door een verpleegkundige of een apotheker. Volgens artikel 152, § 1, moeten zij ook een medisch dossier bijhouden waarin de toe te dienen geneesmiddelen worden vermeld, en volgens artikel 152, § 2, een verzorgingsdossier waarin de uitvoering van de medische richtlijnen wordt vermeld.

Om aan deze verplichtingen te voldoen heeft de verwerende partij ervoor gekozen een apotheek in te schakelen, die na de aankondiging van een opdracht zal worden aangewezen. Uit de aankondiging en de modelovereenkomst blijkt dat de apotheker zich ertoe verbindt bepaalde diensten te verlenen ten behoeve van de respectieve voorzieningen. Hij draagt aldus bij tot de naleving van de voornoemde verplichtingen die op deze voorzieningen rusten. Dit geldt met name voor zijn verbintenis om geneesmiddelen te leveren in het kader van een individuele medicatievoorbereiding, waardoor de levering, het beheer, de bewaring en de verdeling van geneesmiddelen door de voorzieningen kunnen worden vereenvoudigd. Onder de diensten te presteren voor de voorzieningen valt voorts ook de adviesverlening (onder meer “over eventuele wetswijzigingen ter zake, over de RIZIV-nomenclatuur, de APB-CNK codering, het prijsbeheer, enz ...”) waartoe de gekozen apotheker zich zal verbinden krachtens artikel 3 van de modelovereenkomst.

Er lijkt voorts niet ernstig betwist te kunnen worden dat de overeenkomsten die met de gekozen apotheker gesloten zullen worden, overeenkomsten ‘ten bezwarende titel’ zijn. Uit de modelovereenkomst blijkt immers dat zowel de gekozen apotheker als de verwerende partij bepaalde verplichtingen op zich zullen nemen.

Aldus lijkt de gekozen apotheker diensten te zullen verlenen ten behoeve van de voorzieningen, onder meer de uitvoering van de bestellingen van de bewoners. Voorshands wordt dan ook aangenomen dat het gaat om een overheidsopdracht voor diensten, waarbij de verwerende partij optreedt als een ‘aanbestedende overheid’ in de zin van de wet overheidsopdrachten 2016 of als een ‘aanbestedende instantie’ in de zin 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).

VII. Ontvankelijkheid van de vorderingen

10. De verwerende en de tussenkomende partij betwisten het belang van de verzoekende partij om de door de verwerende partij gevolgde handelwijze – namelijk het uitsluiten van de overeenkomsten die het voorwerp uitmaken van de bestreden beslissingen van de wetgeving inzake overheidsopdrachten - nog te betwisten in het kader van de voorliggende vorderingen tot schorsing van de bestreden eindbeslissingen.

11. Deze exceptie betreft in wezen de ontvankelijkheid van de middelen waarin de schending wordt aangevoerd van bepalingen of beginselen die op overheidsopdrachten van toepassing zijn. De exceptie wordt door de verwerende partij trouwens herhaald bij elk van de middelen, en door de tussenkomende partij bij het eerste en het tweede middel. De Raad van State zal bij het onderzoek van het derde (en het vierde) middel nader op de exceptie ingaan.

Het enkele feit dat de verzoekende partij in de loop van de opdrachtprocedure geen bezwaar gemaakt heeft tegen het feit dat de verwerende partij in haar aankondiging van de opdrachten de toepassing van de wetgeving

inzake overheidsopdrachten heeft uitgesloten, ontnemt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet het recht om op te komen tegen de beslissingen die aan het einde van de procedure zijn genomen.

In zoverre de exceptie zo begrepen zou moeten worden dat potentiële inschrijvers verplicht zouden zijn om nog vóór het indienen van hun offerte rechtsmiddelen aan te wenden, moet overigens opgemerkt worden dat een dergelijke verplichting tot gevolg zou hebben dat die potentiële inschrijvers rechtsmiddelen moeten aanwenden die van aard zijn om het goed verloop van gunningsprocedures te schaden, en dit op een ogenblik dat ze misschien niet eens weten of het wel opportuun is om hun toevlucht tot die rechtsmiddelen te nemen in het kader van een overheidsopdracht die ze wensen binnen te halen. Voorts zouden de aanbestedende overheden blootgesteld worden aan het risico dat elke stap in de procedure aangevochten wordt.

De exceptie van onontvankelijkheid van de vorderingen lijkt niet ernstig.

VIII. Schorsingsvoorwaarden

12. 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 rechtsbeschermingswet, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vorderingen tot schorsing die zijn ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

IX. Onderzoek van de middelen, gemeen aan de vijf zaken

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 38, § 2, van de gecoördineerde wet ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’ (hierna WUG), artikel 10, § 1, eerste lid, van de wet van 25 maart 1964 ‘op de geneesmiddelen voor menselijk gebruik’ (hierna Geneesmiddelenwet), artikel 22, derde lid, van het koninklijk besluit van 21 januari 2009 ‘houdende onderrichtingen voor de apothekers’, artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet, “de verplichting van afdoende motivering” vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het bestek en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de gekozen inschrijver in zijn offerte een korting voorstelt in de vorm van een creditnota op naam van de instelling ter waarde van 25 % van de waarde van de bestelling;

Doordat de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig werd verklaard;

Doordat niet gemotiveerd wordt waarom de offerte van de gekozen inschrijver ondanks de voormelde onwettigheid regelmatig werd verklaard;

Doordat de bestreden beslissing dus steunt op onwettige motieven en niet is voorafgegaan door een zorgvuldig onderzoek van het dossier;

Terwijl de voormelde bepalingen van de WUG, de Geneesmiddelenwet en het koninklijk besluit van 21 februari 2009 het toestaan van kortingen aan de gemachtigde of de derde betrokken bij de aflevering verbieden;

Terwijl een offerte substantieel onregelmatig is 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;
Terwijl de beslissing om een offerte regelmatig te verklaren moet steunen op draagkrachtige motieven;
Terwijl de gunningsbeslissing moet voorafgegaan worden door een zorgvuldig onderzoek van de offerte en het dossier ;
Terwijl alle inschrijvers in een gunningsprocedure op gelijke wijze moeten behandeld worden;
Zodat de in het middel aangehaalde bepalingen geschonden werden.”

Beoordeling

14. Het middel is gericht tegen de beslissing waarbij het voorstel van de gekozen apotheek regelmatig wordt verklaard. De verzoekende partij merkt op dat dit voorstel voorziet in een korting die gedeeltelijk in de vorm van een creditnota aan de instelling wordt toegekend, en dus niet aan de patiënt. Los van de vraag of de regelgeving inzake overheidsopdrachten al dan niet van toepassing is, voert de verzoekende partij in essentie aan dat die korting in strijd is met het algemeen verbod op premies en voordelen zoals neergelegd in de artikelen 38, § 2, van de WUG, artikel 10, § 1, eerste lid, van de Geneesmiddelenwet en artikel 22 van het koninklijk besluit van 21 februari 2009 ‘houdende onderrichtingen voor de apothekers’.

15. Artikel 38, § 2, van de WUG bepaalt:

“Onverminderd de bepalingen van de artikelen 35 en 37, is verboden elke overeenkomst van welke aard ook, gesloten hetzij tussen de beoefenaars, bedoeld in de artikelen 3, § 1, 4, 6, 43, 63, 68/1 en 68/2 hetzij tussen deze beoefenaars en derden, inzonderheid producenten van farmaceutische producten of leveranciers van geneeskundige of protheseapparaten, wanneer deze overeenkomst betrekking heeft op hun beroep en ertoe strekt aan de een of de ander rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel te verschaffen.

In het kader van hun beroep is het de in het eerste lid bedoelde beoefenaars verboden om rechtstreeks of onrechtstreeks de door andere beroepsbeoefenaars of door derde personen aangeboden of toegekende premies, voordelen, uitnodigingen of gastvrijheid, te vragen of ze te aanvaarden.”

Artikel 10, § 1, eerste lid, van de Geneesmiddelenwet luidt:

“Het is verboden, in het kader van het leveren, het voorschrijven, het afleveren of het toedienen van geneesmiddelen, rechtstreeks of onrechtstreeks premies of voordelen in geld of in natura, in het vooruitzicht te stellen, aan te bieden of toe te kennen aan groothandelaars, aan bemiddelaars, personen die geneesmiddelen mogen voorschrijven, afleveren of toedienen, alsook aan instellingen waar het voorschrijven, het afleveren of het toedienen van de geneesmiddelen plaatsvindt.”

Artikel 22 van het voornoemde koninklijk besluit van 21 januari 2009 bepaalt:

“Het afleveren aan een gemachtigde, handelend namens verscheidene patiënten, is toegestaan voor zover aan de volgende voorwaarden wordt voldaan: [...].

[...]

In toepassing van artikel 38 van de WUG en van artikel 10, § 1 van bovenvermelde wet van 25 maart 1964, is het de apotheker verboden om in het kader van de aflevering, rechtstreeks of onrechtstreeks, enige winst, korting of ander voordeel te verschaffen aan de gemachtigde alsook aan elke derde betrokken bij de aflevering.”

16. In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van artikel 38 van de WUG, lijkt het daarin bedoelde verbod gericht tegen het sluiten van overeenkomsten tussen beoefenaars van gezondheidszorgberoepen onderling of tussen een beoefenaar van een gezondheidszorgberoep en een “derde”, onder meer een producent van farmaceutische producten, en niet tegen het sluiten van overeenkomsten tussen de beoefenaar van een gezondheidszorgberoep en een patiënt of diens gemachtigde. Die bepaling lijkt te dezen dan ook niet relevant.

17. In het geding lijken vooral de bepalingen te zijn van artikel 10, § 1, eerste lid, van de Geneesmiddelenwet en artikel 22 van het voormelde koninklijk besluit van 21 januari 2009.

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 16 december 2004 ‘tot wijziging van de regelgeving betreffende de bestrijding van de uitwassen van de promotie van geneesmiddelen’, die artikel 10

van de Geneesmiddelenwet heeft vervangen, ter uitvoering van richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 ‘tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik’, bevat de volgende verduidelijking:

“Een verduidelijking: de bestaande maatregelen en handelspraktijken
De bovenvermelde Europese richtlijn 2001/83/[EG] [van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 ‘tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik’] viseert [in] artikel 94:

§ 1: de premies en voordelen;

§ 2: de gastvrijheid tijdens manifestaties voor verkoopbevordering;

§ 3: het verbod op verzoeken en aanvaarden van stimuli tegenstrijdig met §§ 2 en 3 [lees: §§ 1 en 2];

§ 4 stipuleert dat ‘De leden 1, 2 en 3 doen geen afbreuk aan de bestaande maatregelen of handelspraktijken in de lidstaten inzake prijzen, marges en kortingen.’

Om de draagkracht van deze § 4 te begrijpen, is er uitleg gevraagd bij de diensten van de Europese commissie die de aandacht vestigen op hetgeen volgt:

- Paragraaf 4 werd ingevoegd om beter de Europese bepalingen te preciseren op de geneesmiddelenpromotie die de nationale bepalingen op gebied van kostprijs niet dekken. Het doel was de Staten “gerust te stellen” dat Europa, door deze richtlijn, niet worden geraakt [lees: niet raakt aan hun bevoegdheden] op het vlak van prijzen, marges en kortingen;
- Paragraaf 4 is dus geen uitzondering op het vlak van verboden praktijken krachtens de paragrafen 1 en 2;
- Hij moet dus niet worden omgezet naar het nationaal recht;
- Niets weerhoudt de Staten om deze maatregelen of praktijken op handelsvlak te verbieden.

Hierdoor wordt het aanvaard om in het kader van deze wet, de commerciële praktijken toe te laten op voorwaarde dat ze conform zijn, langs de ene kant, aan de reglementeringen die haar specifiek zijn en, langs de andere kant, aan de bepalingen van deze wet betreffende de bestrijding van de uitwassen van de promotie” (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, nr. 51-1272/1, pp. 21-22).

Het principieel verbod op premies en voordelen lijkt dus geen afbreuk te doen aan de bestaande handelspraktijken inzake prijzen, marges en kortingen. Dergelijke commerciële praktijken behoren tot de economische sfeer en vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 10 van de Geneesmiddelenwet, dat de volksgezondheid dient. Het verstrekken van kortingen door apothekers aan de

rusthuizen lijkt als zodanig dan ook niet verboden. Wel lijken “uitwassen” te kunnen worden bestreden op grond van de voornoemde wetsbepaling.

Artikel 22, derde lid, van het koninklijk besluit van 21 januari 2009 bevat een toepassing van het principe vervat in artikel 10, § 1, van de Geneesmiddelenwet. Het lijkt handelspraktijken inzake prijzen, marges en kortingen niet verder aan banden te leggen.

De verzoekende partij, die uitgaat van een absoluut verbod, maakt op het eerste gezicht niet inzichtelijk dat de korting aangeboden door de gekozen apotheek dermate excessief zou zijn dat zij zou neerkomen op een verdoken verboden geneesmiddelenpromotie.

18. In dit verband kan ook verwezen worden naar het door de verwerende partij aangevoerde artikel 40, § 1, van het besluit van het Verenigd College van 3 december 2009 ‘tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen’. Volgens die bepaling wordt tussen de voorziening en de bejaarde persoon een overeenkomst gesloten. Een van de elementen die in de overeenkomst geregeld moeten worden is “de wijze van toepassing van het koninklijk besluit van 21 januari 2009 houdende onderrichtingen voor de apothekers. De door de apotheker eventueel toegekende korting moet op een geïndividualiseerde wijze en gedeeltelijk onder een collectieve vorm aan de bejaarde persoon worden teruggegeven” (artikel 40, § 1, 6°). Die laatste bepaling lijkt aldus de principiële toelaatbaarheid van ‘collectieve’ kortingen te bevestigen.

19. De verzoekende partij maakt aldus niet aannemelijk dat de door de gekozen apotheek voorgestelde kortingen ongeoorloofd zijn.

Daardoor lijken ook de overige in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet te zijn geschonden.

20. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 12bis, § 3, van de Geneesmiddelenwet, het ‘richtsnoer individuele medicatievoorbereiding (IMV), versie oktober 2013’, van het Federaal Agentschap voor geneesmiddelen en gezondheidsproducten (hierna: FAGG), artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet, “de verplichting van afdoende motivering” vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het bestek en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de beslissing om de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig te verklaren steunt op motieven die in rechte niet draagkrachtig zijn;
Doordat de offerte van de gekozen inschrijver strijdig is met dwingende wettelijke bepalingen die zelfs strafrechtelijk gesanctioneerd worden;
Doordat deze offerte immers voorziet in de individuele verpakking van geneesmiddelen in vloeistofvorm wat verboden is;
Terwijl een offerte substantieel onregelmatig is 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;
Terwijl de beslissing om een offerte regelmatig te verklaren moet steunen op draagkrachtige motieven;
Terwijl de gunningsbeslissing moet voorafgegaan worden door een zorgvuldig onderzoek van de offerte en het dossier ;
Terwijl alle inschrijvers in een gunningsprocedure op gelijke wijze moeten behandeld worden;
Zodat de in het middel aangehaalde bepalingen geschonden werden.”

Beoordeling

22. Het middel is gericht tegen de beslissing waarbij het voorstel van de gekozen apotheek regelmatig wordt verklaard. De verzoekende partij merkt op dat dit voorstel voorziet in de toevoeging aan de individuele medicatievoorbereiding van geneesmiddelen in vloeibare vorm (druppels en siroop). Los van de vraag of de regelgeving inzake overheidsopdrachten al dan niet van toepassing is, voert de verzoekende partij in essentie aan dat de levering van vloeistoffen in strijd is met artikel 12*bis*, § 3, van de Geneesmiddelenwet en het ‘richtsnoer individuele medicatievoorbereiding (IMV), versie oktober 2013’, van het FAGG.

23. Artikel 12*bis*, § 3, van de Geneesmiddelenwet luidt als volgt:

“In afwijking tot § 1, derde lid, wordt de individuele medicatievoorbereiding, waarbij één of meerdere geneesmiddelen uit hun primaire verpakking worden verwijderd en vervolgens desgevallend worden samengevoegd in één enkele gesloten verpakking voor individuele toediening, bestemd voor een individuele patiënt op een bepaald tijdstip, uitsluitend verricht door personen gemachtigd om geneesmiddelen af te leveren aan het publiek.
De Koning legt de voorwaarden en nadere regels voor de toepassing van het eerste lid vast.”

Ter uitvoering van het tweede lid heeft de Koning het koninklijk besluit van 24 september 2012 genomen, ‘tot vaststelling van een regeling met betrekking tot individuele medicatievoorbereiding’.

Punt 2.1, eerste bolletje, van het ‘richtsnoer individuele medicatievoorbereiding (IMV), versie oktober 2013’, van het FAGG luidt als volgt:

“2. Aanbevelingen naar de apotheker titularis die IMV uitvoert
2.1. Kunnen geen deel uitmaken van een IMV verpakking
• Geneesmiddelen die niet voor vaste orale toediening bestemd zijn tenzij voor manuele IMV in hun primaire verpakking
Bijvoorbeeld: bruistabletten, ampullen, enz.”

24. De verslagen van nazicht bevestigen onder punt III.1.1. ‘Voorwaarden voor de dienstverlening’, met betrekking tot de gekozen apotheek, dat “de vloeistoffen (druppels en siroop ...) dagelijks worden geleverd in verzegelde porties die gemakkelijk te openen zijn (elke portie wordt duidelijk geïdentificeerd)”. Het voorstel van de gekozen apotheek wordt onder meer om die reden beter beoordeeld dan het voorstel van de verzoekende partij.

25. De verzoekende partij voert aan dat een individuele medicatievoorbereiding van vloeistoffen “in strijd is met de eigen aard van de IMV, en dus een inbreuk uitmaakt op artikel 12*bis* Geneesmiddelenwet”. Noch paragraaf 3 van artikel 12*bis* van de Geneesmiddelenwet, noch enige andere bepaling van dat artikel lijkt echter voorschriften in te houden met betrekking tot het soort geneesmiddelen die het voorwerp kunnen uitmaken van een individuele medicatievoorbereiding.

Ook het koninklijk besluit van 24 september 2012 lijkt geen bepalingen te bevatten in verband met het soort geneesmiddelen die al dan niet kunnen worden opgenomen in een individuele medicatievoorbereiding.

Een verbod om “geneesmiddelen die niet voor vaste orale toediening bestemd zijn” in de verpakking van een individuele medicatievoorbereiding op te nemen wordt wel geformuleerd in het voornoemde richtsnoer van het FAGG. Dat richtsnoer bevat echter enkel aanbevelingen, zonder normatieve kracht. De schending daarvan kan dus niet leiden tot het ernstig verklaren van een middel.

Bovendien merken de verwerende en de tussenkomende partij op dat deze laatste voorstelt om de geneesmiddelen die niet voor vaste orale toediening bestemd zijn, niet te verpakken in de IMV-zakjes, maar wel in individuele, verzegelde potjes of bekertjes. Daarmee lijkt de veiligheid van de verpakking verzekerd te kunnen worden.

26. De verzoekende partij maakt aldus niet aannemelijk dat de door de gekozen apotheek voorgestelde opname van vloeistoffen in de individuele medicatievoorbereiding ongeoorloofd zou zijn.

Daardoor lijken ook de overige in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet te zijn geschonden.

27. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

28. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Zij acht deze bepalingen geschonden:

“Doordat de verwerende partij in de opdrachtdocumenten niet het relatieve gewicht heeft meegedeeld dat zij aan elk van de gekozen criteria heeft toegekend;

Doordat niet wordt aangetoond dat deze weging onmogelijk is;

Terwijl de aanbestedende overheid voor opdrachten waarvan de waarde gelijk is aan of hoger dan de drempels voor de Europese bekendmaking het relatieve gewicht moet specificeren dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent.”

In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij ook aan dat het niet vermelden van het relatieve gewicht van elk van de vijf gunningscriteria ervoor gezorgd heeft dat zij niet met volledige kennis van zaken haar offerte heeft kunnen voorbereiden.

29.1. De verwerende partij werpt een exceptie van ontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het gebrek aan belang. Zij voert aan dat de verzoekende partij de door de verwerende partij in de aankondiging van de opdracht gevolgde handelwijze – namelijk het uitsluiten van de overeenkomsten die het voorwerp uitmaken van de bestreden beslissingen van de wetgeving inzake overheidsopdrachten – niet meer kan betwisten in het kader van vorderingen gericht tegen de gunningsbeslissingen. De verzoekende partij wist van meet af aan dat het sluiten van de overeenkomsten buiten het toepassingsgebied van de wet

overheidsopdrachten 2016 werd onderhandeld en zij heeft tijdens de besprekingen met de verwerende partij nooit enig bezwaar gemaakt of zich verzet tegen de wijze waarop deze onderhandelingen werden gevoerd. Daardoor geeft zij geen blijk van de vereiste zorgvuldigheid en diligentie of van het behoorlijk burgerschap die verwacht mogen worden van een partij wanneer zij deelneemt aan onderhandelingen. Aldus heeft zij zich het recht ontzegd om de onregelmatigheid van de gevolgde handelwijze nog te betwisten.

29.2. Ten gronde betwist de verwerende partij de toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Zij verwijst hiervoor naar de exceptie in verband met de rechtsmacht van de Raad van State (zie overweging 6, hiervoor).

Het middel, dat de schending aanvoert van bepalingen van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, die niet van toepassing zijn, is volgens haar dan ook niet ernstig.

Beoordeling

30. In het derde middel voert de verzoekende partij de onwettigheid aan van een bepaalde vermelding in de aankondiging van de respectieve opdrachten.

Zoals de Raad van State overwogen heeft, onder meer in zijn arrest nr. 152.173 van 2 december 2005, *nv Labonorm*, neemt de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet weg dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbeplanning verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. Zo ook is het de verzoekende partij te dezen in beginsel toegestaan om onregelmatigheden die zij aan de aankondigingen van de opdrachten verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere beslissingen om de overeenkomsten met de gekozen apotheker te sluiten.

In zoverre de verwerende partij aanvoert dat de verzoekende partij een gebrek aan zorgvuldigheid en diligentie aan de dag gelegd zou hebben

door tijdens de besprekingen met de verwerende partij nooit enig bezwaar gemaakt te hebben tegen de wijze waarop deze werden gevoerd, en door nooit enige vraag gesteld te hebben over het buiten toepassing verklaren van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, neemt de Raad van State voorshands aan dat het om die reden onontvankelijk verklaren van het middel een buitensporige inmenging zou vormen in het recht van de verzoekende partij om de rechtsmiddelen aan te wenden die haar ter beschikking staan. Er moet immers rekening worden gehouden met het feit dat een inschrijver zich in eerste instantie concentreert op de voorbereiding van zijn offerte zelf. Van de inschrijver moet in dat stadium van de procedure dan ook niet worden verwacht, tenzij er bijvoorbeeld sprake is van kwade trouw, dat hij overgaat tot een juridisch onderzoek van elke besteksbeeping – of, zoals te dezen, van elke bepaling van de aankondiging van een opdracht – met het oog op het onmiddellijk aanwenden van een rechtsmiddel. Dit geldt te dezen des te meer nu de verwerende partij in haar aankondiging weliswaar aangeeft dat deze “niet bedoeld [is] om een overheidsopdracht te organiseren”, maar de aankondiging niettemin plaats heeft onder het opschrift “Vereenvoudigde aankondiging van een opdracht” en de verwerende partij aangekruist heeft dat “de aanbestedende overheid [...] een aankondiging [publiceert] waarop de wet van 17 juni 2016 Titel II (klassieke sector) van toepassing is”.

De verzoekende partij heeft weliswaar geen vragen gesteld, noch opmerkingen gemaakt, voordat zij haar offerte indiende. Hoewel dit gegeven op zich haar belang bij het middel niet ontnemt, kan het wel in aanmerking genomen worden voor de beoordeling van de ernst van de aangevoerde wettigheidskritieken.

Voorshands neemt de Raad van State dan ook aan dat de verzoekende partij geen blijk heeft gegeven van onzorgvuldig handelen of van een gebrek aan diligentie door niet onmiddellijk – dit is vóór de indiening van haar offerte – bezwaar te maken tegen de thans bekritiseerde handelwijze van de verwerende partij.

De door de verwerende partij opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid van het middel is dan ook niet ernstig.

31. Zoals hiervoor reeds is overwogen, bij de bespreking van de exceptie van het ontbreken van rechtsmacht, neemt de Raad van State voorshands aan dat het te dezen gaat om overheidsopdrachten voor diensten (zie overweging 9). De wetgeving inzake overheidsopdrachten lijkt met andere woorden op de litigieuze opdrachten van toepassing te zijn.

32. In zoverre de verzoekende partij de schending aanvoert van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, dat in wezen de naleving van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van de kandidaten oplegt, geeft zij niet aan waarin die schending zou bestaan. In zoverre is het middel onontvankelijk.

33. Artikel 81, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt als volgt:

“Voor de overheidsopdrachten die gelijk zijn aan of hoger dan de voor de Europese bekendmaking bepaalde bedragen, specificeert de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent, behalve wanneer dit uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald.

Dit relatieve gewicht kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen het minimum en het maximum.

Wanneer weging om objectieve redenen niet mogelijk is, vermeldt de aanbestedende overheid de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid. Voor de overheidsopdrachten lager dan de voormelde bedragen, specificeert de aanbestedende overheid ofwel het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent, ofwel de dalende volgorde van belangrijkheid ervan. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.”

Uit die bepaling volgt dat, als het bedrag van de opdracht de drempel voor een Europese bekendmaking bereikt, de aanbestedende overheid in beginsel in de aankondiging van een opdracht een relatief gewicht moet toekennen aan elk van de gunningscriteria. Zij kan de criteria echter in dalende volgorde van belangrijkheid vermelden, “wanneer weging om objectieve redenen niet mogelijk is”. Het staat dan aan de aanbestedende overheid om te oordelen of het al dan niet objectief mogelijk is aan de criteria een relatief gewicht toe te kennen.

34. In de aankondiging van de respectieve opdrachten wordt bepaald dat de keuze van de apotheker gebeurt “op basis [van de] volgende criteria:

- prestatievorm
- aanvullende diensten
- levertermijnen
- afstand tot de buurtapotheek
- kortingen”.

Uit die aankondiging lijkt niet met zekerheid te kunnen worden afgeleid of een gelijke weging wordt toegekend aan die vijf criteria, dan wel of ze zijn vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid. In elk geval lijkt geen specifiek gewicht aan elk van die criteria te zijn toegekend.

In de verslagen van nazicht wordt onder punt III, “Vergelijking”, vóór de bespreking van elk van de vijf criteria, wel duidelijk gemaakt hoe de verwerende partij het respectieve belang van die criteria begrijpt: “De weerhouden criteria voor de vergelijking van de offertes zijn gerangschikt in afnemende volgorde van belangrijkheid.”

35. Te dezen rijst de vraag of de vermelding van de vijf criteria beoordeeld moet worden in het licht van artikel 81, § 4, eerste tot derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 (op grond dat de waarde van de litigieuze opdrachten hoger is dan het voor de Europese bekendmaking bepaalde bedrag), dan wel in het licht van artikel 81, § 4, vierde lid (op grond dat de litigieuze aankondigingen enkel in het Bulletin der Aanbestedingen zijn bekendgemaakt).

Te dezen is het echter niet nodig om nader op die vraag in te gaan, gelet op hetgeen hierna wordt overwogen.

36. De verzoekende partij verwijt aan de aankondiging van de opdrachten dat zij geen relatief gewicht toekent aan elk van de criteria. In verband met de vraag of een weging mogelijk was, beperkt zij zich ertoe te beweren dat de vijf criteria “wel degelijk objectief kunnen gewogen worden”. Dit is echter een loutere bewering, die niet verder concreet onderbouwd wordt.

De verzoekende partij voert ook aan dat, doordat het relatieve gewicht van de gunningscriteria niet vermeld werd in de aankondigingen, zij haar offertes niet met volledige kennis van zaken heeft kunnen voorbereiden. Ook hier gaat het om een loutere bewering. De verzoekende partij geeft geen enkel concreet element aan dat aannemelijk zou maken dat het ontbreken van de bedoelde vermelding haar belangen heeft geschaad. In dit verband mag ook een zeker belang gehecht worden aan het feit dat zij over het relatief gewicht van de criteria geen vragen lijkt te hebben gesteld, noch opmerkingen gemaakt, voordat zij haar offerte indiende.

37. Gelet op het voorgaande, is het middel niet ernstig.

D. Vierde middel

Standpunt van de partijen

38. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, en van de formele motiveringsplicht vervat in de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet en in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Zij acht deze bepalingen geschonden:

“Doordat uit de gunningsbeslissing niet blijkt op welke manier de aanbestedende overheid tot de eindrangschikking is gekomen;
Doordat er geen afzonderlijke score werd toegekend werd voor elk gunningscriterium;
Doordat de quoterings het gevolg lijkt te zijn van de rangschikking voor elk criterium;
Terwijl de beoordelingsmethode coherent en redelijk voorzienbaar moet zijn;
Terwijl de beoordelingsmethode de inschrijvers moet toelaten te begrijpen waarom hun offerte niet gekozen werd;
Terwijl de rangschikking het gevolg moet zijn van de quoterings en niet omgekeerd;
Zodat de in het middel aangehaalde beginselen geschonden werden.”

In de toelichting bij het middel verduidelijkt de verzoekende partij dat zij aan de bestreden beslissingen verwijt dat deze steunen op een rangschikking van de offertes, die is opgemaakt op grond van een beoordeling van elke offerte in het licht van de vijf beoordelingscriteria, zonder dat op elk van die criteria een afzonderlijke score is toegekend. Zij kan aldus niet weten welke de totaalscore is die maakt dat de offerte van de gekozen apotheker als eerste werd gerangschikt. Bovendien is de toegepaste beoordelingsmethode strijdig met het gelijkheids- en het transparantiebeginsel vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016.

39.1. De verwerende partij werpt een exceptie van ontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het gebrek aan belang. Deze exceptie is inhoudelijk dezelfde als die welke ten aanzien van het derde middel is opgeworpen (zie overweging 29.1, hiervoor).

39.2. Voorts betwist de verwerende partij de toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Inhoudelijk is dit verweer hetzelfde als het verweer dat ten aanzien van het derde middel is gevoerd (zie overweging 29.2, hiervoor).

39.3. Ten gronde voert de verwerende partij aan dat de verslagen van nazicht zeer duidelijk de plus- en minpunten van elk voorstel en de verschillen tussen de onderscheiden voorstellen weergeven, evenals de redenen waarom het voorstel van de nv M.D.D. Pharma de voorkeur kreeg. De bestreden beslissingen zijn dan ook afdoende gemotiveerd.

Beoordeling

40. Om de redenen die bij de beoordeling van het derde middel zijn uiteengezet (overweging 30, hiervoor), is ook de exceptie van onontvankelijkheid van het vierde middel niet ernstig.

41. In zoverre de verwerende partij de toepasselijkheid van de wetgeving inzake overheidsopdrachten betwist, wordt verwezen naar wat daarover

hiervoor is uiteengezet. Voorshands neemt de Raad van State aan dat die wetgeving wel degelijk van toepassing is (zie overwegingen 9 en 31).

42. Zoals hiervoor is aangegeven, wordt in de aankondiging van de opdrachten vermeld dat de keuze van de apotheker zal gebeuren op basis van vijf criteria (zie overweging 34), en wordt in de verslagen van nazicht vermeld dat die criteria zijn gerangschikt “in afnemende volgorde van belangrijkheid” (zie dezelfde overweging, hiervoor).

In de verslagen van nazicht worden de verschillende offertes eerst gerangschikt per criterium. Dit wil zeggen dat voor elk criterium, na een vergelijking van de offertes, een rangschikking van de offertes wordt gegeven (1^{ste}, 2^{de} en 3^{de}). Daarna volgt een globale beoordeling over het geheel van de voorstellen (“Besluit van de vergelijking van de voorstellen”) (zie overweging 3.3, hiervoor), waarbij samengevat wordt hoe de voorstellen zich voor elk van de criteria ten opzichte van elkaar verhouden. Na die samenvatting wordt geconcludeerd als volgt:

“Het voorstel van MDD Pharma werd als eerste gerangschikt voor de meeste criteria, meer bepaald de criteria die belangrijk zijn in de ogen van de instelling (werkwijze en aanvullende diensten). Rekening houdend met deze elementen en hoewel de voorgestelde korting iets minder voordelig is, wordt het voorstel van MDD Pharma beschouwd als zijnde globaal het voordeligst.”

43. Uit de beoordelingen blijkt dat het voorstel van de gekozen apotheker op drie van de vijf criteria gunstiger gerangschikt wordt dan dat van de verzoekende partij. Dit geldt met name voor de drie criteria die in de volgorde van belangrijkheid bovenaan staan, te weten de prestatievorm of werkwijze (eerste criterium), de aanvullende diensten (tweede criterium) en de levertermijnen (derde criterium). Op één criterium, te weten de afstand tot de buurtapotheek (vierde criterium), “onderscheiden de apotheken zich [...] niet van elkaar”. Enkel op het criterium dat in de volgorde van belangrijkheid het meest onderaan staat, te weten de kortingen (vijfde criterium), is het voorstel van de gekozen apotheker minder gunstig gerangschikt dan dat van de verzoekende partij.

Met de verwerende partij kan voorshands worden aangenomen dat de verslagen van nazicht de plus- en minpunten van elk voorstel en de verschillen tussen de onderscheiden voorstellen weergeven, evenals de redenen waarom het voorstel van de nv M.D.D. Pharma globaal de voorkeur krijgt. De verzoekende partij kan aldus weten waarom het voorstel van de nv M.D.D. Pharma als eerste is gerangschikt, ook al zijn geen kwantitatieve scores toegekend op de onderscheiden criteria. Aldus lijken de bestreden beslissingen niet te zijn aangetast door een motiveringsgebrek.

Omdat de gehanteerde beoordelingsmethode voorts voor alle deelnemende apotheken op dezelfde wijze lijkt te zijn toegepast, maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht ook niet aannemelijk dat het gelijkheids- of het transparantiebeginsel is geschonden.

Het middel is niet ernstig.

X. Besluit

44. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

XI. Kosten

45. De tussenkomende partij vraagt in alle vijf zaken om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die bovendien bij artikel 30/1, § 2, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

1. De zaken nrs A. 237.932/XII-9297, A. 237.933/XII-9296, A. 237.934/XII-9298, A. 237.935/XII-9299 en A. 237.936/XII-9300 worden samengevoegd.

2. De verzoeken van de nv M.D.D. Pharma tot tussenkomst worden ingewilligd.

3. De Raad van State verwerpt de vorderingen.

4. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op vijfmaal een rolrecht van 200 euro en vijfmaal een bijdrage van 24 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op vijfmaal een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig januari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Paul Lemmens