

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.241 van 7 april 2023
in de zaak A. 238.643/XII-9350**

In zake: 1. de NV AIR PRODUCTS
2. de NV DRÄGER MEDICAL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sam De Nyn
kantoor houdend te 1840 Londerzeel
Oudemanstraat 25 bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Matthias De Groot en
Elise Descheemaeker
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 maart 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Universitair Ziekenhuis Gent van 1 maart 2023 waarbij:
- de beslissing van 31 januari 2023 en bijhorend verslag van nazicht van 23 januari 2023, waarbij de gunning van perceel 2 van de overheidsopdracht ‘Raamovereenkomst voor het leveren van speciale medische gassen in flessen en toebehoren, incl. toestellen’ met bestek nummer D34210032/MPMO/JDM/SSI (ID: 2724), aan de nv Air Liquide Medical wordt ingetrokken;
 - wordt beslist de voornoemde overheidsopdracht stop te zetten;
 - wordt beslist een nieuwe overheidsopdracht in de markt te plaatsen, “waarbij de terugbetaalbaarheid inzake de betrokken specialiteit op een andere manier wordt opgenomen in de opdrachtdocumenten”;

en van de impliciete beslissing tot niet-gunning van de overheidsopdracht aan de nv Air Products en de nv Dräger Medical Belgium.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 maart 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Chris De Nyn, die *loco* advocaat Sam De Nyn verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Matthias De Groot, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen, voor een ‘Raamovereenkomst voor het leveren van speciale medische gassen in flessen en toebehoren, incl. toestellen’.

De opdracht wordt geplaatst met een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht en de opdeling ervan in percelen als volgt:

“Voorwerp van deze leveringen: Raamovereenkomst voor het leveren van speciale medische gassen in flessen en toebehoren, incl. toestellen

De opdracht is opgedeeld in volgende percelen:

- Perceel Nr. 1: Gasmengsel 50% O₂ + 50% N₂O
- Perceel Nr. 2: Gasmengsel NO in N₂.”

3.2.1. Wat perceel 1 betreft, wordt onder punt 3.4.1 van het bestek het volgende bepaald:

“Het betrokken geneesmiddel moet het voorwerp uitmaken van een terugbetaling via het RIZIV. Indien voor de geneesmiddelen die door de leverancier zouden worden geleverd niet in dergelijke terugbetalingsregeling is voorzien, dan zal de inschrijving niet verder in overweging genomen worden.”

De gasmengsels moeten worden geleverd in flessen van het type B20 (20 liter) en B5 (5 liter). De flessen moeten aan de verwerende partij verhuurd worden en een aantal daarbij horende ‘on demand valves’ moeten in bruikleen worden gegeven. Bij dit perceel zijn geen varianten toegestaan.

Voor dit perceel zijn de gunningscriteria de prijs (30 punten), het plan van aanpak (15 punten) en de veiligheid, kwaliteit en gebruiksvriendelijkheid (55 punten).

3.2.2. Voor perceel 2 wordt in het bestek niet bepaald dat het aan te bieden geneesmiddel terugbetaalbaar moet zijn door het RIZIV.

In het basisaanbod moeten de gasmengsels worden geleverd in flessen van het type B20 (20 liter) en B2 (2 liter). In dat basisaanbod worden de flessen in bruikleen gegeven. Drie varianten zijn toegestaan: in variante 1 kan de inschrijver in de plaats van B2 flessen B5 flessen aanbieden; in variante 2 kan de inschrijver de flessen (B20 en B2) te huur aanbieden; en in variante 3 kan de inschrijver B5 flessen aanbieden én de flessen (B20 en B5) te huur aanbieden.

Voor dit perceel zijn de gunningscriteria de prijs (40 punten), het plan van aanpak (18 punten), de kwaliteit, de gebruiksvriendelijkheid en het onderhoud van het aangeboden toestel (27 punten) en de kwaliteit en de gebruiksvriendelijkheid van de disposables (15 punten).

3.3. Met een e-mailbericht van 14 april 2022 stelt de nv Air Products, dit is één van de verzoekende partijen, een aantal vragen over het bestek, meer bepaald in verband met het ontbreken van een vereiste van terugbetaalbaarheid door het RIZIV voor de gasmengsels die aangeboden kunnen worden voor perceel 2:

“1.

Eerst en vooral stellen we vast dat de gunning van perceel nr. 2 niet gekoppeld wordt aan een terugbetaling door het RIZIV.

Een dergelijke voorwaarde van terugbetaling is daarentegen wel bepaald voor de gasmengsels onder perceel nr. 1 (gasmengsel 50 % O₂ + 50 % N₂O).

Kan u verduidelijken waarom een dergelijk onderscheid is voorzien?

Waarom zijn de gasmengsels onder perceel nr. 2 niet verplicht terugbetaalbaar, terwijl deze voorwaarde wel wordt gesteld voor de gasmengsels onder perceel nr. 1?

2.

We stellen bijkomend vast dat de huidige gunningscriteria geen mechanisme bevatten om de al dan niet terugbetaling door het RIZIV te verrekenen in de uiteindelijk[e] prijsquotering.

Voor perceel nr. 1 vormt dit geen probleem, aangezien inschrijvingen voor gasmengsels die niet worden terugbetaald door het RIZIV sowieso niet in overweging worden genomen.

Onder perceel nr. 1 worden dus uitsluitend terugbetaalde gasmengsels met elkaar vergeleken en is een correctiemechanisme in functie van een al dan niet terugbetaling niet nodig.

Voor perceel nr. 2 is het ontbreken van dergelijk mechanisme o.i. wel problematisch.

Het bestek vermeldt de terugbetaling door het RIZIV immers niet als voorwaarde voor de gunning van perceel nr. 2, zodat er voor dit perceel een samenloop riskeert te ontstaan tussen:

- enerzijds, inschrijvers die gasmengsels aanbieden met RIZIV-terugbetaling en;
- [anderzijds], inschrijvers die gasmengsels aanbieden zonder RIZIV-terugbetaling.

Men kan deze 2 categorieën prijsoffertes niet onderling vergelijken o.b.v. dezelfde formule zonder in een adequate correctie te voorzien naargelang de al dan niet terugbetaling door het RIZIV.

Het spreekt uiteraard voor zich dat een prijs offerte van € 100,00 met terugbetaling voordeliger is dan een offerte van € 80,00 zonder terugbetaling.

Een quotering van de beide offertes o.b.v. identiek dezelfde formule zou bijgevolg een onjuist en economisch vertekend resultaat opleveren.

De gunningscriteria schrijven voor dat de opdracht zal gegund worden aan de 'economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbesteden overheid'.

Noodzakelijkerwijs dient men voor de gunning van perceel nr. 2 dus rekening te houden met de mogelijkheid tot terugbetaling door het RIZIV. Een valabel alternatief zou erin bestaan de terugbetaling door het RIZIV als verplichte voorwaarde/uitsluitingsgrond te stellen voor de gunning van de beide percelen.

Het bestek in de huidige vorm dient naar onze inzichten in ieder geval te worden aangepast om aan deze onbillijke situatie te verhelpen.

3.

Verder zouden we graag enige verduidelijking bekomen omtrent de interpretatie van de volgende bepaling uit het erratum bestek (p.18-19):

‘(...)

De inschrijvers kunnen voor de basis of één of meerdere toegestane varianten een offerte indienen. Indien de inschrijver voor de basis offerte kan indienen wenst de aanbestedende overheid dat deze zeker de basis offerte aanbieden. Indien de inschrijver de basis offerte niet kan indienen, kan er een offerte ingediend worden voor één of meerdere toegestane varianten.

(...)

Dienen we deze bepaling als dusdanig te interpreteren, dat het indienen conform de basis offerte m.b.t. perceel nr. 2 beschouwd wordt als een voordeel in hoofde van deze inschrijvers?

O.i. zou dit problematisch en onlogisch zijn, omdat alleen de inschrijvers wier gasmengsels niet beschouwd worden als geregistreerde geneesmiddelen - die bijgevolg niet in aanmerking komen voor een terugbetaling door het RIZIV - in staat zijn een basis offerte in te dienen.

Inschrijvers wier gasmengsels wél beschouwd worden als geregistreerde geneesmiddelen, zijn genoodzaakt in te dienen conform de erratum variant. Zoals eerder aangekaart, zijn geregistreerde geneesmiddelen immers onderworpen aan het verlaagd BTW-tarief van 6 %.

Bijgevolg kunnen geregistreerde geneesmiddelen onmogelijk verwerkt worden in 1 globale offerteprijs, samen met de bruikleen van toestellen (onderworpen aan 21 % BTW).

Het bevoordelen van indieners van basis offertes zou er dan ook op neerkomen dat terugbetaalde gasmengsels de facto beschouwd worden als minderwaardig.

Dit lijkt ons niet te verzoenen met de doelstelling van de procedure, m.n. de gunning aan de 'economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbesteden[de] overheid'."

De verwerende partij antwoordt met een e-mailbericht van 20 april 2022:

- “1. Momenteel wordt er zelden gebruik gemaakt van de terugbetaling voor perceel 2 omdat er heel strikte voorwaarden zijn en er bijna niet aan deze strikte voorwaarden voldaan wordt.
2. De ‘economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbesteden[de] overheid’ wordt bepaald aan de hand van de gunningscriteria en niet enkel [aan de hand van] de prijs. Prijs is slechts een onderdeel van de beoordeling van de offertes.
3. Alle offertes worden naast elkaar gescoord aan de hand van de gunningscriteria. Volgende tekst zal verwijderd worden in een nieuw erratum bestek om verwarring te vermijden: Indien de inschrijver voor de basisofferte kan indienen wenst de aanbestedende overheid dat deze zeker de basisofferte aanbieden. Indien de inschrijver de basisofferte niet kan indienen, kan er een offerte ingediend worden voor één of meerdere toegestane varianten.
4. De aanbestedende overheid kiest om de medische gassen, de toestellen en de disposables aan 1 leverancier te gunnen omdat de werking van alle onderdelen met elkaar verbonden is en er garantie van 1 leverancier moet zijn dat dit correct verloopt.”

3.4. Er worden vijf aanvragen tot deelneming ingediend, onder meer door de nv Air Products en de nv Air Liquide Medical. Alle vijf kandidaten worden geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen.

De nv Air Products dient samen met de bv Intersurgical Benelux een offerte in voor perceel 1. De nv Air Products dient samen met de nv Dräger Medical Belgium ook een initiële offerte in voor perceel 2 (variante 2).

De nv Air Liquide Medical dient een initiële offerte in voor perceel 1. Zij dient ook vier offertes in voor perceel 2 (basisofferte, variante 1, variante 2 en variante 3).

Geen van de andere geselecteerde kandidaten dient een offerte in.

Onderhandelingen volgen, waarna de nv Air Products en de nv Dräger Medical Belgium worden uitgenodigd om een BAFO in te dienen voor perceel 2 (variante 2), en de nv Air Liquide Medical voor perceel 1 en voor perceel

2 (varianten 1 en 3). De nv Air Products en de bv Intersurgical Benelux worden niet uitgenodigd om een BAFO in te dienen voor perceel 1.

3.5. Op 30 november 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Voor perceel 1 wordt de offerte van de nv Air Products en de bv Intersurgical Benelux substantieel onregelmatig en dus nietig verklaard, omdat B15 flessen in plaats van B20 flessen worden aangeboden, en omdat geen ‘on demand valves’ worden aangeboden. De offerte van de nv Air Liquide Medical wordt wel regelmatig verklaard en er wordt ook voorgesteld om de opdracht aan die inschrijver te gunnen.

Voor perceel 2 wordt de offerte van de nv Air Products en de nv Dräger Medical Belgium (variante 2) wél regelmatig verklaard. Dit is ook het geval met de offertes van de nv Air Liquide Medical voor de varianten 1 en 3. De offertes van laatstgenoemde voor de basisofferte en de variante 2 worden onregelmatig verklaard, omdat flessen van het type B5 of B20 worden aangeboden in plaats van flessen van het gevraagde type B2. Na vergelijking van de drie regelmatige offertes wordt de offerte van de nv Air Liquide Medical voor variante 3 (huur B5 flessen) als eerste gerangschikt en wordt voorgesteld perceel 2 te gunnen aan de nv Air Liquide Medical.

3.6. Op 20 december 2022 beslist het bestuurscomité van de verwerende partij om beide percelen van de opdracht te gunnen aan de nv Air Liquide Medical.

3.7. Op 18 januari 2023 dienen de nv Air Products, de bv Intersurgical Benelux en de nv Dräger Medical Belgium een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in, gericht tegen de gunningsbeslissing van 20 december 2022. Die zaak krijgt het rolnummer A. 238.193/XII-9321.

In hun verzoekschrift herhalen de verzoekende partijen onder meer de argumenten die zij in hun schrijven van 14 april 2022 hebben ingeroepen

tegen het niet-opnemen in het bestek van een voorwaarde betreffende de terugbetaalbaarheid door het RIZIV van het product bedoeld in perceel 2.

3.8. Na kennisneming van de middelen ingeroepen door de verzoekende partijen in de voornoemde procedure, beslist het bestuurscomité op 30 januari 2023 in de eerste plaats om de gunningsbeslissing van 20 december 2022 in te trekken.

Op grond van een herzien verslag van nazicht, gedateerd op 23 januari 2023, beslist het bestuurscomité voorts om perceel 1 bij gebrek aan regelmatige offertes niet te gunnen en om de opdracht voor dat perceel later opnieuw in de markt te plaatsen.

Ten slotte beslist het bestuurscomité om perceel 2 andermaal te gunnen aan de nv Air Liquide Medical, voor variante 3 (huur B5 flessen). Het verslag van nazicht bevat voor perceel 2 een identieke motivering, puntenscore en rangschikking als het verslag van 30 november 2022. Wel worden twee soorten geregulariseerde substantiële onregelmatigheden – in verband met een specifieke volmacht en in verband met de toepassing van verkeerde btw-tarieven – toegelicht en gemotiveerd.

De beslissing van het bestuurscomité wordt geformaliseerd in een gemotiveerde beslissing van 31 januari 2023.

3.9. Bij arrest nr. 255.711 van 8 februari 2023 verklaart de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid onder het rolnummer A. 238.193/XII-9321 zonder voorwerp, minstens onontvankelijk bij gebrek aan belang van de verzoekende partijen.

3.10. Op 16 februari 2023 dienen de nv Air Products en de nv Dräger Medical Belgium een tweede beroep tot nietigverklaring en vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in, ditmaal gericht tegen de voornoemde beslissing van 31 januari 2023, in zoverre deze perceel 2 van de opdracht betreft. Die zaak krijgt het rolnummer A. 238.422/XII-9343.

Ook in dit verzoekschrift roepen de verzoekende partijen onder meer een middel in dat verband houdt met het niet-opnemen in het bestek van een voorwaarde betreffende de terugbetaalbaarheid door het RIZIV van het product bedoeld in perceel 2.

3.11. Na kennisneming van dit nieuwe verzoekschrift en op basis van een verslag van nazicht van 24 februari 2023 en een bijkomend intern onderzoek beslist het bestuurscomité van de verwerende partij op 27 februari 2023 om zijn beslissing van 31 januari 2023 en het bijhorend verslag van nazicht van 23 januari 2023 in te trekken, perceel 2 van de opdracht niet te gunnen, de plaatsingsprocedure stop te zetten en voor dat perceel een nieuwe overheidsopdracht in de markt te plaatsen.

Die beslissing wordt geformaliseerd in een gemotiveerde beslissing van 1 maart 2023. Dit is de thans bestreden beslissing.

Die beslissing is als volgt gemotiveerd:

“Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid bij de opstart van de overheidsopdracht uitging van veronderstellingen die bij nader inzicht foutief bleken inzake de terugbetaalbaarheid van de betrokken specialiteit. Gelet op de daaropvolgende behoefte van de aanbestedende overheid om de terugbetaalbaarheid van de betrokken specialiteit op een of andere manier op te nemen in de opdrachtdocumenten.

Overwegende bovenstaande komt het aldus gepast voor de gemotiveerde beslissing d.d. 31 januari 2023 en bijhorend verslag van nazicht d.d. 23 januari 2023 in te trekken en de opdracht voor Perceel 2 ‘Gasmengsel NO in N2’, conform art. 85 van de wet van 17 juni 2016, niet te gunnen en later opnieuw in de markt te plaatsen.”

3.12. Bij arrest nr. 255.998 van 9 maart 2023 verklaart de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid onder het rolnummer A. 238.422/XII-9343 zonder voorwerp, minstens onontvankelijk bij gebrek aan belang van de verzoekende partijen.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Belang bij de vordering

4. De verwerende partij werpt een eerste exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, afgeleid uit het ontbreken van een belang, minstens van een wettig belang, in hoofde van de verzoekende partijen.

Zij voert aan dat de verzoekende partijen in de door hen ingeleide procedures tot schorsing van de eerdere gunningsbeslissingen zelf hebben gesteld dat het bestek in verband met perceel 2 een onrechtmatigheid bevat, wegens het ontbreken van een terugbetaalbaarheidsvereiste. Een gunning op basis van een bestek dat behept is met een onwettigheid, zal zelf onwettig zijn. Indien het belang van de verzoekende partijen bij hun vordering tot schorsing bestaat in het zelf verkrijgen van de gunning, dan vragen zij dus eigenlijk om een onwettige gunningsbeslissing. Dat belang kan onmogelijk een wettig belang zijn.

Daarenboven zou een beslissing tot gunning van perceel 2 aan de verzoekende partijen, op basis van een onwettig bestek, ook vatbaar zijn voor een beroep tot vernietiging van elke andere belanghebbende derde partij.

Indien de verzoekende partijen met hun vordering tot schorsing beogen een nieuwe kans te krijgen op de gunning van perceel 2, dan hebben zij geen enkel belang bij de schorsing van de bestreden beslissing zelf, aangezien zij juist door de beslissing tot stopzetting van de lopende procedure en tot het herbeginnen van de procedure die nieuwe kans krijgen.

5. Artikel 15 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), gelezen in samenhang met artikel 14 van die wet, bepaalt dat de Raad van State, “op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht [...] te krijgen en die door de beweerdde schending is of dreigt te worden benadeeld”, de uitvoering van de beslissing van een aanbestedende instantie kan schorsen.

Het belangvereiste is overgenomen uit artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, ingevoegd bij de wet van 23 december 2009. Uit de parlementaire voorbereiding van die wetsbepaling blijkt dat de wetgever met betrekking tot het begrip “belang” een ruime interpretatie voor ogen stond, naar het voorbeeld van de ter zake toepasselijke regels van het recht van de Europese Unie, en zulks “om de moeilijkheden te vermijden die zouden kunnen voortvloeien uit een strikte toepassing van het begrip ‘belang’ als bedoeld in [artikel] 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State” (memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr. 2276/001, 28).

6. In hun verzoekschrift zetten de verzoekende partijen uiteen dat zij belang hebben bij hun vordering omdat zij naast de nv Air Liquide Medical de enige inschrijvers waren, en omdat hun offerte de enige regelmatige was. De overheidsopdracht had dan ook aan hen moeten worden gegund in plaats van stopgezet.

De Raad van State gaat er voorshands van uit dat de verzoekende partijen wel degelijk een belang hebben of hebben gehad om de litigieuze overheidsopdracht gegund te krijgen. Die vaststelling lijkt in de huidige stand van het geding te kunnen volstaan om aan te nemen dat de verzoekende partijen het rechtens vereiste belang hebben bij de vordering tot schorsing van de beslissing tot stopzetting van de procedure.

7. Weliswaar heeft de bestreden beslissing tot gevolg dat de opdracht “later opnieuw in de markt” zal worden geplaatst, met een bestek waarin de terugbetaalbaarheid door het RIZIV van de aangeboden specialiteit “op een of andere manier” zal worden opgenomen. Het is echter niet zeker dat de verzoekende partijen aldus precies zullen verkrijgen wat zij met hun voorliggende vordering tot schorsing beogen.

In elk geval lijkt de exceptie op het eerste gezicht sterk verweven te zijn met de grond van de zaak. De verzoekende partijen voeren in hun eerste middel aan dat zij niet in staat zijn om de precieze redenen te kennen voor de

beslissing tot stopzetting, en in hun tweede middel dat zij de enige overblijvende regelmatige inschrijver zijn en dat de opdracht aan hen gegund had moeten worden.

8. Om al deze redenen is de exceptie niet ernstig.

Impliciete beslissing tot niet-gunning

9. De verwerende partij werpt op dat de vordering in elk geval niet ontvankelijk is in zoverre ze gericht is tegen de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partijen te gunnen. De verzoekende partijen maken volgens haar op geen enkele manier aannemelijk dat er een plicht bestond voor de verwerende partij om perceel 2 aan hen te gunnen. Bij gebreke van een dergelijke verplichting is de impliciete weigering geen voor schorsing vatbare handeling.

10. De bijzondere jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging (of schorsing) van de impliciete weigering om een opdracht aan een verzoekende partij te gunnen, dient voor uitzonderlijke gevallen voorbehouden te blijven. Het is daarbij vereist dat de verzoekende partij aantoont dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid om de opdracht aan haar te gunnen.

11. Te dezen voeren de verzoekende partijen in hun tweede middel onder meer aan dat de opdracht te dezen alleen maar aan hen gegund kon worden.

Aldus lijkt deze exceptie samen te vallen met het onderzoek van de grond van de zaak.

12. In die omstandigheden is de exceptie, zoals ze geformuleerd is, niet ernstig.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

13. 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 vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van de artikelen 4, 9°, en 5, 10°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel.

Zij wijzen erop dat de beslissing tot stopzetting wordt gesteund op het feit dat de aanbestedende overheid bij de opstart van de overheidsopdracht uitging van veronderstellingen inzake de terugbetaalbaarheid van de betrokken specialiteit, die bij nader inzicht foutief bleken. De verwerende partij laat volgens hen na te motiveren welke de veronderstellingen zijn waarvan zij is uitgegaan, en in welke zin die veronderstellingen foutief waren. Zij laat ook na te motiveren waarom de verkeerde veronderstellingen een stopzetting van de overheidsopdracht zouden noodzaken of rechtvaardigen. De vermeende veronderstellingen worden volgens de verzoekende partijen zelfs niet in verband gebracht met de door de verzoekende partijen of door de nv Air Liquide Medical ingediende offertes.

De verzoekende partijen vragen zich af of er überhaupt wel verkeerde veronderstellingen waren, en of de verwerende partij in werkelijkheid niet ontevreden was met wat de uitkomst van een eerlijke weging van de ingediende offertes zou zijn. Veel ruimte voor foutieve veronderstellingen is er immers niet. Zo wijzen de verzoekende partijen erop dat via de webapplicatie van

het RIZIV eenvoudig kan worden achterhaald dat het geneesmiddel van de nv Air Products terugbetaald wordt en dat van de nv Air Liquide Medical niet.

Beoordeling

15. De bestreden beslissing is een beslissing tot niet-gunning van een overheidsopdracht en tot stopzetting van de procedure, in essentie omdat een gebrek in het bestek werd vastgesteld.

Overeenkomstig artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) houdt het opstarten van een gunningsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid beschikt in principe dan ook over een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het nemen van een beslissing om een opdracht al dan niet te gunnen en om de plaatsingsprocedure al dan niet stop te zetten. Wel mag zij daarbij niet willekeurig te werk gaan en moet die beslissing steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen. De noodzaak van het aanbrengen van verbeteringen in het bestek kan een gegronde reden zijn.

16. Te dezen wordt in de bestreden gunningsbeslissing vermeld dat de beslissing om de opdracht niet te gunnen en om de plaatsingsprocedure stop te zetten, steunt op het feit dat er bij de opstart van de opdrachtprocedure in verband met de terugbetaalbaarheid door het RIZIV van de betrokken specialiteit is uitgegaan van een foutieve veronderstelling.

Uit het administratief dossier, en meer bepaald uit een interne e-mail van 25 maart 2021, dus van tijdens de voorbereidingsfase van de opdracht en voorafgaand aan de bekendmaking ervan, blijkt dat aandacht besteed is aan de vraag of het gasmengsel, dat het voorwerp vormt van perceel 2, effectief voor

terugbetaling door het RIZIV in aanmerking komt. Op dat ogenblik werd ervan uitgegaan dat er weliswaar terugbetaalde gassen zijn, maar dat “de terugbetalingsvoorwaarden [...] zo strikt [zijn] gedefinieerd dat slechts een heel beperkt [percentage] van [de betrokken] patiënten hieronder vallen”. Om die reden werd de terugbetaalbaarheid door het RIZIV, dat toen nog als een gunningscriterium was geformuleerd, weggelaten uit het bestek.

Zoals de verwerende partij in haar nota uiteenzet, heeft zij, gelet op de bezwaren die de verzoekende partijen in het kader van de twee eerdere schorsingsprocedures bleven maken, een nieuw intern onderzoek uitgevoerd in verband met de terugbetaalbaarheid door het RIZIV van de in perceel 2 bedoelde specialiteit. In dat verband legt zij een intern e-mailbericht voor van 27 februari 2023, geschreven met het oog op de vergadering van het bestuurscomité van die dag. Daarin wordt erkend dat men “aanvankelijk dacht [...] dat de grootorde van het terugbetaald bedrag verwaarloosbaar was ten opzichte van de totale prijs voor het gasmengsel”. Het verdere onderzoek “wees echter uit dat er een onterecht strikte interpretatie van de terugbetalingsmodaliteiten toegepast werd, wat uitmondde in een onderregistratie van de artsenprestatie. Dit had tot gevolg dat een wezenlijk te laag terugbetalingsbedrag geïnd werd. Na analyse bleek dat de ratio van het terugbetalingsbedrag t.o.v. de prijs van het gasmengsel bij eerste benadering rond de 30% bedraagt”. De conclusie was dan ook dat er “een behoefte [is] om de terugbetaalbaarheid van de betrokken specialiteit op een of andere manier op te nemen in de opdrachtdocumenten”.

Uit het administratief dossier blijkt aldus dat er inderdaad een foutieve veronderstelling is geweest in verband met de mate waarin voor het betrokken gasmengsel een terugbetaling door het RIZIV verkregen kon worden, en dat de verklaring voor die fout pas duidelijk is geworden kort voordat de thans bestreden beslissing werd genomen. Ter terechtzitting bevestigt de verwerende partij dat zij een verkeerd registratiemechanisme volgde, en dat het dankzij de verzoekende partijen is dat zij zich daarvan bewust geworden is.

17. In hun schrijven van 14 april 2022 en in hun eerdere verzoekschriften tot schorsing hebben de verzoekende partijen erop gewezen dat sommige inschrijvers een gasmengsel aanbieden dat voor terugbetaling door het

RIZIV in aanmerking komt en andere inschrijvers een gasmengsel dat daarvoor niet in aanmerking komt. Zij leidden daaruit af dat een vergelijking van de offertes op het criterium prijs in die omstandigheden niet mogelijk is “zonder in een adequate correctie te voorzien naargelang de al dan niet terugbetaling door het RIZIV”.

De verwerende partij lijkt het thans eens te zijn met dit standpunt van de verzoekende partijen. Zij erkent in haar nota dat haar bestek op dit punt onwettig is. Het komt ook de Raad van State voor dat een gebrek in het bestek in verband met de prijsbepaling bepaalde inschrijvers een discriminerend voordeel kan bieden, tot concurrentievervalsing kan leiden, en de rechtsgeldige beoordeling van de offertes van de inschrijvers en hun onderlinge vergelijking kan verhinderen.

Een dergelijk gebrek lijkt op het eerste gezicht van die aard te zijn dat de plaatsingsprocedure in haar fundamenteën is aangetast. Daaruit lijkt te volgen dat de aanbestedende overheid de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig zou kunnen gunnen op basis van het door dat gebrek aangetaste bestek.

Het stopzetten van de procedure en het uitschrijven van een nieuwe opdracht op basis van een aangepast bestek lijken in die omstandigheden een passend antwoord te zijn op het vastgestelde gebrek in het bestek.

18. Aldus lijkt, anders dan de verzoekende partijen aanvoeren, de bestreden beslissing tot niet-gunning, stopzetting van de plaatsingsprocedure en het herbeginnen ervan, te berusten op motieven die in rechte ter verantwoording van die beslissing in aanmerking kunnen worden genomen. In zoverre een schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd, is het middel niet ernstig.

Een schending van het eveneens door de verzoekende partijen ingeroepen zorgvuldigheidsbeginsel en redelijkheidsbeginsel lijkt op het eerste gezicht evenmin voorhanden.

19. Blijft nog de vraag of de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven afdoende zijn vanuit het oogpunt van de formelemotiveringsplicht.

Het volstaat dat de motivering aan de verzoekende partij voldoende duidelijkheid verschaft over de determinerende motieven waarom de verwerende partij in een bepaalde zin oordeelde. Die plicht gaat niet zover dat ze de verwerende partij ertoe zou verplichten de uitgedrukte motieven nog nader te expliciteren.

Te dezen wordt in de bestreden beslissing uitdrukkelijk gesteld dat het is omwille van een foutief uitgangspunt bij de opstart van de overheidsopdracht dat de lopende procedure wordt stopgezet. Er wordt ook uitdrukkelijk overwogen dat een nieuwe overheidsopdracht geplaatst zal worden “waarbij de terugbetaalbaarheid inzake de betrokken specialiteit op een of andere manier wordt opgenomen in de opdrachtdocumenten”.

Weliswaar wordt niet uitdrukkelijk vermeld om welke veronderstellingen het gaat, noch waarom die nu als foutief worden beschouwd.

Die motivering moet evenwel in haar context begrepen worden. De verzoekende partijen hebben zelf, op 14 april 2022, een schrijven aan de verwerende partij gericht met bezwaren over het niet-opnemen in het bestek van een vereiste inzake terugbetaalbaarheid door het RIZIV bij perceel 2. De verwerende partij heeft daarop geantwoord met een schrijven van 20 april 2022, waarin zij aangaf dat er op dat ogenblik door haar “zelden gebruik gemaakt [werd] van de terugbetaling voor perceel 2 omdat er heel strikte voorwaarden zijn en er bijna niet aan deze strikte voorwaarden voldaan wordt”. Vervolgens hebben de verzoekende partijen in twee procedures bij de Raad van State middelen tot schorsing en nietigverklaring ingeroepen waarin zij aanvoerden dat het ontbreken in het bestek van een vereiste inzake de terugbetaalbaarheid door het RIZIV van het gasmengsel bedoeld in perceel 2 tot een onwettigheid van de gunningsbeslissing leidde.

In die omstandigheden lijkt het niet ernstig vanwege de verzoekende partijen om voor te houden dat de motivering opgenomen in de

bestreden beslissing hun geen voldoende inzicht geeft in de determinerende beweegredenen die de verwerende partij tot die beslissing hebben geleid. Die motivering, bekeken in haar context, lijkt integendeel meer dan voldoende duidelijk te zijn: de verwerende partij is op haar stappen teruggekeerd omwille van het feit dat zij ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het belang van de terugbetaalbaarheid door het RIZIV voor de beoordeling van de offertes.

In zoverre het middel steunt op een schending van de formelemotiveringsplicht, is het evenmin ernstig.

20. Het middel in zijn geheel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4, 5 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, de algemene beginselen van zorgvuldigheid, redelijkheid en proportionaliteit, en het verbod van machtsafwendings.

De verzoekende partijen voeren aan dat de beslissing tot stopzetting van de opdracht tot doel zou hebben om een gunning aan de verzoekende partijen te omzeilen, en om de nv Air Liquide Medical te bevoordelen.

Zij brengen het “feitelijk chronologisch verloop” van de voorliggende overheidsopdracht in herinnering, waarbij zij de nadruk leggen op het feit dat de geneesmiddelen die door haar worden aangeboden voor terugbetaling door het RIZIV in aanmerking komen, terwijl dat niet het geval is voor de geneesmiddelen die door de nv Air Liquide Medical worden aangeboden. Tijdens de onderhandelingsfase ging de verwerende partij niet in op de vraag van de verzoekende partijen om de terugbetaalbaarheid van het geneesmiddel niet enkel voor perceel 1, maar ook voor perceel 2 als een technisch

minimumvoorschrift op te nemen. Vervolgens worden beide percelen aan de nv Air Liquide Medical gegund, daarna nog één van de twee percelen (perceel 2), en uiteindelijk wordt de opdracht gewoon stopgezet op basis van vage motieven. Aldus is alles in het werk gesteld om de opdracht toch maar aan de nv Air Liquide Medical te gunnen.

De verzoekende partijen zijn naar eigen zeggen voor perceel 2 de enige regelmatige inschrijvers en zij dienden veruit de goedkoopste en ook de economisch meest voordelige offerte in. Een objectieve analyse van de beslissingen en bijhorende gunningsverslagen leidt tot de onvermijdbare conclusie dat perceel 2 aan hen dient te worden toegekend. In haar twee eerdere beslissingen kwam de verwerende partij slechts tot een hogere totaalscore voor de nv Air Liquide Medical op basis van een zeer subjectieve quoterings van zeer subjectieve (sub)gunningscriteria, zoals “kwaliteit en gebruiksvriendelijkheid”. Het is voor de verzoekende partijen duidelijk dat de verwerende partij de opdracht niet wenst te gunnen in functie van het prijs-kwaliteitscriterium, maar louter op basis van eigen subjectieve voorkeuren. Alle beslissingen, met inbegrip van de stopzetting van de opdracht, staan in functie van de uiteindelijke gunning aan de nv Air Liquide Medical. Dit blijkt alleen al uit de wijze waarop het bestek werd opgesteld: het feit dat de terugbetaalbaarheid van het geneesmiddel voor perceel 2 geen minimumvoorwaarde was, is enkel te verklaren doordat de nv Air Liquide Medical voor dat perceel geen terugbetaald geneesmiddel kan aanbieden. Een gelijke behandeling van beide percelen had onvermijdelijk tot gunning aan de verzoekende partijen geleid. De verwerende partij wilde deze mogelijkheid *ab initio* uitsluiten.

Uit al deze elementen blijkt volgens de verzoekende partijen dat de beslissing tot stopzetting de epiloog is van een vooringenomen intentie in hoofde van de verwerende partij om de hele opdracht aan de nv Air Liquide Medical te gunnen. Wanneer dit niet mogelijk blijkt, wordt de procedure stopgezet.

Volgens de verzoekende partijen is er te dezen ook sprake van machtsafwending. De verwerende partij wendt haar principieel recht om de

overheidsopdracht stop te zetten immers af van haar doel, teneinde de verzoekende partijen te benadelen ten voordele van de nv Air Liquide Medical.

Beoordeling

22. In het tweede middel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat de bestreden stopzettingsbeslissing het oogmerk heeft om de gunning van perceel 2 aan de verzoekende partijen te omzeilen en om de nv Air Liquide Medical, de andere inschrijver op de opdracht voor dit perceel, te bevoordelen.

Het middel veronderstelt aldus kwade trouw in hoofde van de verwerende partij. De verzoekende partijen voeren zelfs de bijzondere zware onwettigheid aan van machtsafwending.

Een partij die een middel steunt op kwade trouw of die meent dat de beweegredenen die het bestuur opgeeft voor een bepaalde handeling niet de werkelijke beweegredenen zijn, draagt de last om die bewering aannemelijk te maken. Goede trouw wordt immers steeds vermoed en een partij die zich op kwade trouw beroept, moet die bewijzen.

23. Uit de bespreking van het eerste middel is gebleken dat, anders dan de verzoekende partijen aanvoeren, de bestreden beslissing tot niet-gunning, stopzetting van de plaatsingsprocedure en het herbeginnen ervan, op het eerste gezicht kan steunen op objectieve motieven die in rechte ter verantwoording van die beslissing in aanmerking kunnen worden genomen (zie overweging 18). Het chronologisch verloop van de voorliggende procedure, van de opstart van de procedure tot de stopzetting ervan, kan beschouwd worden als de illustratie van een voortschrijdend inzicht bij de verwerende partij. Ter terechtzitting geeft zij toe dat het jammer is dat zij niet eerder tot het juiste inzicht is gekomen.

Op het eerste gezicht volstaat de chronologie van de feiten niet om daaruit te besluiten dat er een vooringenomenheid is bij de verwerende partij ten voordele van de nv Air Liquide Medical en ten nadele van de verzoekende partijen.

24. De verzoekende partijen gaan ervan uit dat de bestreden beslissing, tot stopzetting van de lopende procedure, in het voordeel van de nv Air Liquide Medical werkt. Met de verwerende partij moet vastgesteld worden dat dit op zijn minst geen evidente verwachting is.

De verzoekende partijen hebben immers zelf vanaf het begin benadrukt dat deze inschrijver voor perceel 2 geen product kan aanbieden dat in aanmerking komt voor terugbetaling door het RIZIV, en dat het niet opnemen in het bestek van een minimumvereiste inzake de terugbetaalbaarheid ervan, zoals voor perceel 1, in zijn voordeel speelt. In de motieven van de bestreden beslissing wordt aangekondigd dat bij de plaatsing van de nieuwe overheidsopdracht de terugbetaalbaarheid inzake de betrokken specialiteit op een of andere manier zal worden opgenomen in de opdrachtdocumenten. Op het eerste gezicht lijkt die aankondiging dan ook in het nadeel van de nv Air Liquide Medical te spelen.

25. De verzoekende partijen voeren aan dat het stopzetten van de lopende procedure tot gevolg heeft dat zij niet nu, in het kader van die procedure, al de opdracht gegund kunnen krijgen. Zij beschouwen de stopzetting van de procedure en de opstart van een nieuwe procedure als een nodeloze omweg, en zien daarin opnieuw een bewijs voor het feit dat de verwerende partij de nv Air Liquide Medical minstens nog een kans wil geven om de opdracht gegund te krijgen.

Die kritiek gaat ervan uit dat de enige rechtsgeldige handelwijze die te dezen nog openstaat voor de verwerende partij, erin zou bestaan dat perceel 2 van de opdracht direct aan de verzoekende partijen wordt gegund. Dit uitgangspunt lijkt echter niet correct te zijn. De verzoekende partijen waren zelf van mening dat, bij gebrek aan een vereiste in het bestek inzake de terugbetaalbaarheid door het RIZIV van het aan te bieden product of een correctiemechanisme in functie van een al dan niet terugbetaling van het aangeboden product, de twee categorieën prijsoffertes – zonder of met terugbetaling – niet onderling vergelijkbaar waren “[op basis van] dezelfde formule”. Als die kritiek gegrond is, dan lijkt zij te impliceren dat de opdracht niet langer rechtsgeldig aan enige inschrijver kan worden gegund, toch niet op basis van het bestaande bestek. Opdat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes rekening zou kunnen houden met het al

dan niet in aanmerking komen voor terugbetaling door het RIZIV, dient eerst het bestek te worden aangepast. De verzoekende partijen lijken geen aanspraak te kunnen maken op een “directe” gunning op basis van een bestek dat, volgens hun eigen standpunt, door een fundamenteel gebrek is aangetast.

Overigens betekent de aanpassing van het bestek om rekening te houden met de al dan niet terugbetaalbaarheid van het product door het RIZIV niet dat, in het kader van een nieuwe plaatsing van de opdracht, deze opdracht alleen maar aan de verzoekende partijen kan worden gegund. De offertes van de verzoekende partijen en de nv Air Liquide Medical zullen opnieuw beoordeeld moeten worden, ook op andere criteria dan alleen maar het prijscriterium. Het is ook mogelijk dat andere geïnteresseerde ondernemingen opnieuw een offerte indienen of voor het eerst een offerte indienen. Kortom, zelfs met een aanpassing van het bestek in de door de verzoekende partijen gewenste zin, staat de uitkomst van een nieuwe plaatsingsprocedure op voorhand niet vast.

In de gegeven omstandigheden lijken het stopzetten van de lopende procedure en het opstarten van een nieuwe procedure, met een aangepast bestek, de beste uitkomst die de verzoekende partijen met hun kritiek op de lopende procedure kunnen verwachten.

26. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Kosten

28. Het door de verzoekende partijen ingediende verzoekschrift strekt tot de schorsing en de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Het is dan ook passend, gelet op het nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens