

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 238.902 van 31 juli 2017
in de zaak A. 222.628/XII-8.407**

In zake: de NV ETHIAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Dubois en Audrey Baeyens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Flageyplein 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de FEDERALE PENSIOENDIENST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Véronique Vanden Acker en François Viseur
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 140
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdende te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187

Tussenkommende partijen:

1. de NV AXA BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
Ijzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV AG INSURANCE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens en Rozanne Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 juli 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Federale Pensioendienst van onbekende datum, meegedeeld per brief van 27 juni 2017, inzake de opdracht Hospitalisatieverzekering-bijzonder bestek FPD/5300/2017/03, waarbij wordt beslist dat de offerte van Ethias nv onregelmatig is en aansluitend, de (impliciete) beslissing van onbekende datum om de opdracht niet aan [de nv Ethias] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 juli 2017 heeft de nv Axa Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een verzoekschrift van 19 juli 2017 heeft de nv AG Insurance gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 juli 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Jan Clement heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Audrey Baeyens en Valentine de Francquen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Sophie Bleux, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Peter Teerlinck, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij en advocaat Rozanne Vander Hulst, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Tussenkost

3. De nv AG Insurance en de nv Axa Belgium blijken voordeel te halen uit de eerste bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

IV. Feiten

4. De Federale Pensioendienst wenst over te gaan tot de aanstelling van een dienstverlener voor het aanbieden van een hospitalisatieverzekering voor de personeelsleden, nevenverzekerden en gepensioneerden van de Federale Pensioendienst, van de plaatselijke en provinciale overheidsdiensten en van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Het betreft een samengevoegde opdracht waarbij de Federale Pensioendienst optreedt als opdrachtgever.

De opdracht is onderverdeeld in drie percelen:

Perceel 1: personeelsleden, nevenverzekerden en gepensioneerden van de Federale Pensioendienst;
Perceel 2: personeelsleden, nevenverzekerden en gepensioneerden van de plaatselijke en provinciale overheidsdiensten;
Perceel 3: personeelsleden, nevenverzekerden en gepensioneerden van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid.

De gunningswijze is de open aanbesteding en op de opdracht is het bijzonder bestek “nr. FBD/S300/2017/03 Hospitalisatieverzekering” van toepassing.

5. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

6. Op 2 juni 2017 vindt de opening van de offertes plaats.

Er worden vijf offertes ingediend, namelijk door de tussenkomende partijen, de nv Belfius Insurance, de nv DKV Belgium en de verzoekende partij.

7. De offertes worden onderzocht en er wordt een gunningsverslag opgesteld dat ter goedkeuring wordt voorgelegd aan het beheerscomité van de verwerende partij.

In dit verslag wordt met betrekking tot het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes vermeld:

“Alle inschrijvers hebben de inschrijvingsformulieren en de prijstabellen voor de loten die het voorwerp van hun offertes uitmaken, correct ingevuld. ETHIAS heeft evenwel een ‘polis-specimen’ aan zijn dossier toegevoegd, waarop deze inschrijver zijn condities wil baseren (op deze verzekering zijn de hiernavolgende bijzondere en speciale voorwaarden alsmede de bijgevoegde algemene voorwaarden van toepassing); in het bijzonder bestek staat echter uitdrukkelijk vermeld: ‘het vervangen van dit bijzonder bestek (basispolis) door een standaardpolis van de inschrijvende maatschappij is niet toegestaan’.
De inschrijving van ETHIAS moet derhalve als onregelmatig worden beschouwd op dit punt. Om die reden worden de hieronder door ETHIAS meegedeelde prijzen enkel ter informatie meegedeeld aan de leden van het Beheerscomité”.

In het gunningsverslag wordt voorgesteld om de percelen 1 en 2 te gunnen aan de tweede tussenkomende partij en het perceel 3 onder voorbehoud te gunnen aan de eerste tussenkomende partij.

8.1. Met verwijzing naar het in het vorige randnummer aangehaalde gunningsverslag keurt het directiecomité van de Federale Pensioendienst op 26 juni 2017 de voorgestelde gunning goed. Dit is de eerste bestreden beslissing.

8.2. Bij aangetekend verstuurd brief van 27 juni 2017 wordt aan de verzoekende partij kennisgegeven van deze beslissing waarbij wordt meegedeeld:

“Na een grondig onderzoek van uw dossier, delen wij u de volgende elementen mee.

Uw vennootschap heeft een ‘polis-specimen’ aan zijn dossier toegevoegd, waarop uw vennootschap zijn condities wil baseren (“op deze verzekering zijn de bijzondere en speciale voorwaarden alsmede de bijgevoegde algemene voorwaarden van toepassing”); in het bijzonder bestek staat echter uitdrukkelijk vermeld dat de vervanging van dit bijzonder bestek (basispolis) door een polis van de inschrijvende maatschappij niet toegelaten [is]; de inschrijver is in elk geval verplicht een basisofferte (=onderhavig bijzonder bestek) in te dienen.

Uw inschrijving moet derhalve als onregelmatig worden beschouwd. [...]”.

9. Bij brief van 4 juli 2017 laat de verzoekende partij aan de verwerende partij het volgende weten:

“ [...]

Wij lezen in het bestek dat de ‘vervanging’ van de gevraagde basispolis door een ‘standaardpolis’ van de inschrijvende maatschappij niet is toegelaten, maar ons specimen is geenszins van die aard dat het een standaardpolis betreft die de gevraagde basispolis vervangt.

Inderdaad hiervoor verwijzen wij u naar de specifieke bepaling in onze verzendingsbrief waar we verduidelijken dat ons specimen is gemaakt volgens de waarborgen bepaald in het lastenboek en dus bezwaarlijk als ‘ter vervanging’ kan worden beschouwd.

Bovendien is een specimen in de letterlijke betekenis van het woord enkel een ‘voorbeeld’, in dezen een voorbeeld dat wij u ten informatieve titel bezorgen zodanig dat u zich een beeld kan vormen van hoe een uiteindelijke polis er zou kunnen uitzien.

Mogen wij u vragen in het licht van voorgaande uw beslissing van onregelmatigheid te willen herzien.

[...]”.

10. Bij brief van 7 juli 2017 antwoordt de verwerende partij als volgt aan de verzoekende partij:

“ [...]

De motieven van deze onregelmatigheidsverklaring zijn U wel bekend (zie onze brief van 27 Juni 2017). Zij zijn eveneens conform de reglementering inzake overheidsopdrachten, in het bijzonder art. 95 van het Koninklijk Besluit van 15 Juli 2011 volgens hetwelk de aanbestedende overheid verplicht is de offertes die met substantiële onregelmatigheden aangetast zijn te verwerpen.

Het bestek stelt uitdrukkelijk dat ‘het vervangen van dit bijzonder bestek (basispolis) door een standaardpolis van de inschrijvende maatschappij is niet toegestaan’. Dat verbod waarborgt dat de ingediende offertes conform zijn met de in het bestek opgenomen essentiële contractuele voorwaarden. Dat verbod heeft derhalve als doel de vergelijkbaarheid van de offertes te garanderen.

Nu de offerte van Ethias omvatte ‘een polis specimen volgens de waarborgen bepaald in het lastenboek’ (eigen onderlijning). Dat document vormt derhalve geen ‘voorbeeld’ van algemene/bijzonder voorwaarden van Ethias voor een hospitalisatieverzekering. Dat document werd effectief aan de huidige opdracht aangepast qua, bij voorbeeld, aanvangsdatum, naam van de verzekerden, enz.

Het is eveneens duidelijk dat Ethias haar offerte op deze toegevoegde algemene en bijzondere [voorwaarden] wilde baseren. Men leest immers op de voorpagina van het document dat ‘op deze verzekering zijn de hiernavolgende bijzondere en speciale voorwaarden alsmede de bijgevoegde algemene voorwaarden van toepassing’.

Des te meer zijn deze bijzondere en algemene voorwaarden van Ethias in strijd met essentiële bepalingen van het bestek, en o.a.

- Volgens het bestek wordt de opdracht gesloten voor een periode van 4 jaar die ingaat op 1 januari 2018 en op 31 december [2012] eindigt. Volgens de Ethias algemene en bijzondere voorwaarden wordt, na deze periode, het contract ‘stilzwijgend hernieuwd voor opeenvolgende periodes van een jaar, zonder formaliteit en tegen dezelfde bepalingen en voorwaarden, behalve wanneer een van de partijen zich ertegen verzet door een aangetekende schrijven dat minstens 6 maanden voor de vervaldag per post is afgegeven’. Deze stilzwijgende hernieuwing van de opdracht vormt niet alleen een afwijking aan de essentiële contractuele voorwaarden van het bestek maar ook aan de wettelijke bepalingen ivm met de maximale duur van een overheidsopdracht (zie art. 37 §2 van de wet van 15 Juni 2006 inzake overheidsopdrachten).

- De bepalingen van de Ethias bijzondere en algemene voorwaarden inzake “premieaanpassing — zie art.12) zijn eveneens in strijd met de bepalingen van het bestek, o.a. qua beperkingen van de jaarlijkse aanpassing.

- De bepaling ivm de continuïteit van de lopende dossiers (punt 15 bestek) is niet opgenomen.

Gelet op het feit dat (i) Ethias de in haar offerte opgenomen bijzondere en algemene voorwaarden toepasselijk op de opdracht wilde maken (ii) deze voorwaarden in strijd met essentiële bepalingen van het bestek zijn en dat (iii) het bestek overigens het vervangen van de in het bestek opgenomen voorwaarden door de voorwaarden van de inschrijver verbiedt (tevens dikwijls onderlijnd in de vragen en antwoorden), waren wij verplicht op basis van art. 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 alsook een vaste rechtspraak van de Raad van State Uw offerte omwille van onregelmatigheid te verwerpen.

Het is voor Ethias eveneens bekend dat onderhandelingen van een ‘contract’ (verzekeringpolis) bij een aanbestedingsprocedure uitgesloten zijn, zowel voor de sluiting van de opdracht, zoals na deze sluiting. De opdracht wordt op basis van de in het bestek opgenomen voorwaarden

gesloten, zonder dat andere documenten nog kunnen worden besproken en/of ondertekend. In d[ie] context was het eveneens uitgesloten dat Uw polis specimen in de offerte toegevoegd wordt ‘zodanig u zich een beeld kan vormen van hoe een uiteindelijke polis er zou kunnen uitzien’. De door Ethias voorgestelde voorwaarden kunnen de in het bestek opgenomen voorwaarden niet vervangen, zowel in het kader van de offerte als, later, na het sluiten van de opdracht.

Ten slotte is het van belang het volgende te vermelden. Had Uw offerte niet als onregelmatig worden verworpen en derhalve met de andere offerte kunnen worden gerangschikt had Ethias geen kans op het bekomen van de opdracht. Op basis van de aangeboden prijzen kwam effectief uw offerte op de derde plaats (op 4) voor lot 1, op de derde plaats (op 3) voor lot 2 en op tweede plaats (op 4) voor lot 3. De door Ethias voorgestelde prijzen waren immers aanzienlijk hoger dan de door de andere inschrijvers voorgestelde prijzen.
[...].”

V. Enig middel - aangevoerde ontvankelijkheidsexceptie

11. In haar enig middel voert de verzoekende partij aan dat de eerste bestreden beslissing niet afdoende en deugdelijk gemotiveerd is omdat uit de brief van 27 juni 2017 niet blijkt dat de verwerende partij de regelmatigheid van haar offerte op zorgvuldige wijze heeft beoordeeld. Uit de laatstgenoemde brief kan immers niet worden opgemaakt wat de precieze redenen zijn voor de voorgehouden onregelmatigheid of nog, waaruit het substantieel karakter van die onregelmatigheid zou volgen. Pas in haar brief van 7 juli 2017 zet de verwerende partij uiteen waarom zij meent dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is. Deze motieven zijn volgens de verzoekende partij niet van aard om het gebrek aan motieven in de eerste brief van 27 juni 2017 te verhelpen en zijn bovendien noch in rechte, noch in feite deugdelijk.

12. De verwerende partij en de tweede tussenkomende partij werpen als exceptie van gebrek aan belang op dat na een eventuele schorsing van de bestreden beslissingen de opdracht toch niet aan de verzoekende partij kan worden gegund omdat zij in haar enig middel enkel de beslissing tot wering van haar offerte betwist en zij niet de laagste inschrijving heeft. Voor elk van de drie percelen zijn er immers inschrijvers met een lagere inschrijving dan de

verzoekende partij, zodat de opdracht bijgevolg nooit aan de verzoekende partij kan worden gegund.

VI. Beoordeling

13. Het voordeel dat de verzoekende partij met haar vordering beoogt is dat zij de opdracht zou krijgen waarvoor zij een offerte heeft ingediend.

14. De verzoekende partij heeft in het kader van de voorliggende open aanbesteding niet de laagste, maar de vierde laagste (percelen 1 en 3), dan wel de derde laagste (perceel 2) offerte ingediend. Opdat zij de opdracht zelf kan verkrijgen moet 's Raads arrest uitwijzen dat de verzoekende partij alsnog in aanmerking kan komen om als regelmatige laagste inschrijver te worden geklasseerd.

15. Met de verwerende partij en de tweede tussenkomende partij moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij noch een middel aanbrengt dat gericht is tegen de beoordeling van de offerte van de overige inschrijvers, noch een middel aanvoert waarin wordt betoogd dat de opdracht aan geen van de inschrijvers kon worden gegund.

In de mate dat de verzoekende partij aanvoert over te weinig informatie te beschikken om de beoordeling van de andere offertes in vraag te stellen, kan in de huidige stand van het geding worden volstaan met de vaststelling dat er op het eerste gezicht, op grond van de stukken neergelegd in het administratief dossier en waarvan de Raad kennis kan nemen, geen reden is om aan te nemen dat de drie (percelen 1 en 3), respectievelijk, de twee (perceel 2) offertes, die vóór haar gerangschikt staan, ten onrechte als regelmatig zouden zijn beschouwd.

16. In haar enig middel betwist de verzoekende partij uitsluitend het feit dat zij als onregelmatig is geweerd. Het bijvallen van dit middel zou er niet van

afdoen dat de opdracht nog altijd niet aan de verzoekende partij zou mogen worden toegewezen, aangezien zij niet de laagste inschrijving heeft.

17. Op het eerste gezicht vertoont de door de verwerende partij en de tweede tussenkomende partij opgeworpen exceptie aldus een voldoende ernst om in het kader van de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aangenomen.

Die vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

VII. Kosten

18. Gelet op de verwerping van de vordering, past het de kosten van de vordering ten laste van de verzoekende partij te leggen.

Er is te dezen tevens grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ het door de verwerende partij gevorderde bedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De verzoeken van de NV AXA BELGIUM en de NV AG INSURANCE tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van hun tussenkomsten, voor elk begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van eenendertig juli 2017, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Jan Clement,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Jan Clement