

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 260.477 van 6 augustus 2024
in de zaak A. 242.434/XIV-39.554**

In zake: de BV AON BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens en Linde Bevernaege
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV V.R.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
Ijzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 juli 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing van het Universitair Ziekenhuis Gent van 26 juni 2024 [...] waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor makelaarsopdracht verzekeringen’, voorwerp van het bestek MPMO/AVE/FVE/D34230310, te gunnen aan de nv [V.R.], [...]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 juli 2024 heeft de nv V.R. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 augustus 2024.

Staatsraad David D’Hooghe heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Matthias De Groot, die *loco* advocaten Nathanaëlle Kiekens en Linde Bevernaege verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Peter Teerlinck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste 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. Feiten

3.1. Het UZ Gent heeft in augustus 2023 een overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp “Raamovereenkomst voor makelaarsopdracht verzekeringen” uitgeschreven. Er werden voor deze opdracht twee offertes ontvangen, namelijk van de bv AON Belgium, de verzoekende partij in het huidige geding, en van de nv V.R.

Naar aanleiding van de beoordeling van de offertes kwam het UZ Gent tot de vaststelling dat de opdracht niet kon worden gegund:

“Conform art. 85 van de wet overheidsopdrachten van 17 juni 2016 is het voorstel om deze opdracht niet te gunnen gezien de noodzaak om aanpassingen aan het bestek aan te brengen wegens vastgestelde onduidelijkheden die het vergelijken van de offertes verhinderen. Deze onduidelijkheden betreffen o.m. het aantal en het soort aan te besteden verzekeringspolissen binnen deze makelaarsopdracht.

Het bijzonder bestek zal worden gewijzigd n.a.v. deze verworven inzichten en de opdracht zal opnieuw worden gepubliceerd conform de wet overheidsopdrachten.

In het bijzonder zal, in het licht van de verworven inzichten, de informatie over de verzekeringsportefeuille worden uitgebreid zodoende dat mogelijke inschrijvers over alle essentiële informatie voor het opstellen van een offerte, beschikken.

Daarenboven zal de aanbestedende overheid bekijken of het aangewezen is om, bij een nieuwe aanbestedingsprocedure, onderhandelingen te voorzien opdat er met de inschrijvers kan worden onderhandeld over de ingediende prijs en de verwachtingen en eisen van de aanbestedende overheid.”

3.2. De verwerende partij schrijft begin januari 2024 een nieuwe overheidsopdracht voor diensten uit, met als voorwerp “Raamovereenkomst voor makelaarsopdracht verzekeringen”. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De opdracht wordt gegund via een mededingingsprocedure met onderhandelingen. In de selectieleidraad en het bestek wordt de opdracht als volgt omschreven:

“Voorwerp van deze opdracht: Raamovereenkomst voor makelaarsopdracht verzekeringen

Toelichting: De opdracht betreft de doorlichting van de verzekeringspolissen van het UZ Gent, het betreft niet de polissen van de UGent.

Het UZ Gent verlangt van de opdrachtnemer dat de huidige en toekomstige risico's worden doorgelicht en dat de huidige verzekeringspolissen worden geanalyseerd en geëvalueerd. Op basis hiervan en na overleg wordt een overheidsopdracht uitgeschreven om de polissen desgevallend te herplaatsen. Deze opdracht kadert in de bekommernis om de polissen financieel optimaal te beheren en te zoeken naar efficiëntiewinsten en een optimale dekking. Waar nodig kan verbeterd, geoptimaliseerd en bespaard worden, zowel op financieel vlak (premie- en beheerskosten), alsook inhoudelijk (risicodekking en risicobeheer).”

De opdracht heeft een looptijd van twee jaar, tweemaal stilzwijgend verlengbaar voor telkens één jaar. De raamovereenkomst wordt geraamd op een maximumwaarde van 360.000 euro.

3.4. De keuze voor de plaatsingsprocedure wordt in de selectieleidraad en het bestek als volgt toegelicht:

“1.3 Plaatsingsprocedure

Overeenkomstig artikel 38, § 1, 1° c) (voorafgaande onderhandelingen noodzakelijk wegens specifieke omstandigheden) van de wet van 17 juni 2016, wordt de opdracht gegund bij wijze van de mededingingsprocedure met onderhandeling.

Bijkomende motivering keuze gunningswijze: De opdrachtgever kiest voor deze procedure, gelet op de complexe en specialistische aard en omvang van deze opdracht.

De procedure kan gevoerd worden in opeenvolgende fases waarbij het aantal te onderhandelen offertes geleidelijk verminderd wordt.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor de opdracht te gunnen op basis van de initiële inschrijvingen zonder onderhandelingen te voeren.”

3.5. Met betrekking tot het verloop van de plaatsingsprocedure vermeldt de selectieleidraad nog:

“1.8 Verloop van de procedure

Fase 1: Selectiefase

[...]

Fase 2: Gunningsfase

De offertes zullen worden onderzocht op regelmatigheid, technische conformiteit en op grond van de toepasselijke gunningscriteria. Na eventuele onderhandeling(en) kiest de aanbestedende overheid de economisch meest voordelige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte.

De onderhandelingen kunnen worden gevoerd in opeenvolgende fases, waarbij het aantal te onderhandelen offertes geleidelijk wordt verminderd. Tijdens de gunningsfase kan gevraagd worden om een nieuwe offerte of uiteindelijk een definitieve offerte (Best And Final Offer) in te dienen.”

3.6. De verwerende partij ontvangt drie aanvragen tot deelneming, waaronder een aanvraag van de verzoekende partij en van de tussenkomende partij. De drie kandidaten worden bij beslissing van 26 februari 2024 geselecteerd en

worden uitgenodigd tot het indienen van een offerte. Het bestek wordt hen meegedeeld.

3.7. Met betrekking tot de gunningscriteria bepaalt het bestek:

“

Nr.	Beschrijving	gewicht
1	Prijs	45
	<p>De maximum score wordt toegekend aan de laagste prijs op basis van de jaarlijkse vergoeding voor de huidige verzekeringsportefeuille incl. btw.</p> <p>Beoordeling: de maximum score (45 punten) wordt toegekend aan de laagste aanbidding zoals vermeld in de inventaris. De andere aanbiddingen worden naar evenredigheid verrekend op basis van volgende formule: $S_x = (P_{min}/P_x) * S_{max}$.</p> <p>Met:</p> <p>$S_x$ = score van de betreffende aanbidding</p> <p>P_{min} = prijs van de laagste aanbidding</p> <p>P_x = prijs van de betreffende aanbidding</p> <p>S_{max} = maximum score voor dit beoordelingscriterium</p> <p>De score wordt afgerond op twee cijfers na de komma.</p>	
2	Ervaring van de consultant(s) met het doorlichten van verzekeringspolissen en het opmaken van lastenboeken voor openbare besturen	35
	<p>Er dient aantoonbare ervaring te zijn in hoofde van de consultant(s) die de opdracht zal/zullen uitvoeren (waarvan één het vaste aanspreekpunt is). Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. het doorlichten van verzekeringspolissen (10p): dit wordt beoordeeld op basis van de aangetoonde ervaring met de verzekeringsmarkt voor vergelijkbare opdrachten en risico's in hoofde van de consultant(s). Hoe meer ervaring in vergelijkbare verzekeringspolissen wordt aangetoond, hoe meer punten er gegeven zullen worden. b. de opmaak van lastenboeken voor openbare besturen, rekening houdend met de wetgeving overheidsopdrachten (10p): dit wordt beoordeeld op basis van de aangetoonde ervaring in aanbestedingsdossiers voor verzekeringen gelijkaardig in dekking en risico's in hoofde van de consultant(s). Hoe meer ervaring in vergelijkbare aanbestedingsdossiers wordt aangetoond, hoe meer punten er gegeven zullen worden. c. het doorlichten van ziekenhuizen en het opmaken van lastenboeken voor ziekenhuizen (10p): dit wordt beoordeeld op de aangetoonde ervaring die werd opgedaan in ziekenhuizen in hoofde van de consultant(s), vergelijkbaar aan het UZ Gent qua omvang en karakter. Aantoonbare ervaring opgedaan in academische ziekenhuizen zal leiden tot een hogere score. <p>De inschrijver voegt tevens ter informatie het CV met vermelding van relevante werkervaring, diploma's, certificaten, referenties en eventueel andere documentatie van de consultant(s) die de opdracht zullen uitvoeren toe.</p> <p>De inschrijver dient ter staving van dit criterium een nota in. Deze nota is, incl. bijlagen zoals bv. CV's, max. 20 pagina's (Arial, 10,</p>	

	<p>interlinie 1.5).</p> <p>De inschrijver moet dus concreet aantonen welke opdrachten in deze zin de consultant(s), die deze opdracht zullen uitvoeren, effectief heeft (hebben) (mee) uitgevoerd als bedoeld in deze opdracht. Met andere woorden: voor welke besturen heeft de consultant de verzekeringsportefeuille doorgelicht (met welk gevolg), welke polissen werden doorgelicht (met welk gevolg), wanneer (bv. in de laatste 4 jaar), en welke lastenboeken heeft deze mee opgemaakt.</p> <p>Elk subcriterium krijgt punten volgens onderstaande verdeling: 5 = uitstekend: het subcriterium wordt als uitstekend beoordeeld 4 = zeer goed: het subcriterium wordt als zeer goed beoordeeld 3 = goed: het subcriterium wordt als goed beoordeeld 2 = middelmatig: het subcriterium wordt als middelmatig beoordeeld 1 = zwak: het subcriterium wordt als zwak beoordeeld 0 = zeer zwak of geen toegevoegde waarde: het subcriterium wordt als zeer zwak beoordeeld of biedt geen toegevoegde waarde.</p> <p>De door de inschrijver behaalde punten op 5 worden omgezet naar de totaalscore op het subcriterium d.m.v. de regel van 3. De scores van de subcriteria worden opgeteld en omgerekend naar het totaal van dit criterium d.m.v. de regel van 3.</p> <p>De score wordt afgerond op twee cijfers na de komma.</p>	
3	<p>Fasering/timing van de opdracht en terugkoppeling aan de aanbestedende overheid + methodiek die de inschrijver hanteert bij de uitvoering van de opdracht</p>	20
	<p>Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van volgende subcriteria:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. visie op de opdracht (5p): een meer gedetailleerde beschrijving van de visie en de mate waarin dit aansluit op hetgeen beschreven in art. 3.1 en 3.3 van de technische bepalingen zullen leiden tot een hogere score. b. plan van aanpak voor de opdracht (5p): een meer gedetailleerde beschrijving van het plan van aanpak en de mate waarin dit aansluit op hetgeen beschreven in art. 3.1 en 3.3 van de technische bepalingen zullen leiden tot een hogere score. c. de uitwerking van de methodiek die de inschrijver hanteert bij de opstelling van het lastenboek (5p): een meer gedetailleerde beschrijving van de methodiek en de mate waarin dit aansluit op hetgeen beschreven in art. 3.3 onder 3 van de technische bepalingen zullen leiden tot een hogere score. d. voorstel van wijze van samenwerking met de opdrachtgever (5p): een meer gedetailleerde beschrijving van de samenwerking en de mate waarin dit aansluit op hetgeen beschreven in art. 3.1 en 3.3 van de technische bepalingen zullen leiden tot een hogere score. <p>De inschrijver dient ter staving van dit gunningscriterium een nota in van max. 30 pagina's (Arial, 10, interlinie 1.5).</p> <p>De inschrijver dient ter informatie in deze nota ook een totaalraming op te geven van het aantal te voorziene uren. Deze raming is ook indicatief voor de inschatting van de opdracht en wordt niet beoordeeld in dit subcriterium.</p> <p>Elk subcriterium krijgt punten volgens onderstaande verdeling: 5 = uitstekend: het subcriterium wordt als uitstekend beoordeeld 4 = zeer goed: het subcriterium wordt als zeer goed beoordeeld 3 = goed: het subcriterium wordt als goed beoordeeld 2 = middelmatig: het subcriterium wordt als middelmatig</p>	

	beoordeeld 1 = zwak: het subcriterium wordt als zwak beoordeeld 0 = zeer zwak of geen toegevoegde waarde: het subcriterium wordt als zeer zwak beoordeeld of biedt geen toegevoegde waarde. De scores van de subcriteria worden opgeteld.	
	Totaal gewicht gunningscriteria:	100

Aan elk criterium wordt een gewicht toegekend. Het gewicht van het gunningscriterium komt overeen met het maximaal te behalen punten. Het bekomen resultaat wordt omgezet d.m.v. de regel van 3. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.”

3.8. De drie geselecteerde kandidaten dienen een offerte in.

3.9. De verwerende partij vraagt de inschrijvers bij wijze van verduidelijking om “een totaalraming te bezorgen zoals gevraagd volgens gunningscriterium 3”, waarop door alle inschrijvers wordt geantwoord.

3.10. Bij brief van 13 mei 2024 wordt aan de drie inschrijvers gevraagd:

“U schreef in op de overheidsopdracht Raamovereenkomst voor makelaarsopdracht verzekeringen met als plaatsingsprocedure mededingingsprocedure met onderhandeling.

Op heden wensen wij de opdracht definitief te gunnen.

Gelieve, met het oog op het bekomen van betere prijzen, uiterlijk op dinsdag 21 mei 2024 voor 14.00u uw definitieve offerte (best and final offer of BAFO) in te dienen via e-Procurement.

[...]

Gelieve bij het indienen van uw BAFO ervoor te zorgen dat volgende documenten werden opgeladen:

– De meest recente versie van alle in het bestek opgevraagde documenten.

Gelieve hierbij zeker de verdere toelichting met betrekking tot de totaalraming toe te voegen.

– Een recent uittreksel uit het strafregister (max. 3 maanden oud) op naam van de firma.”

3.11. De verzoekende partij en de tussenkomende partij dienen een BAFO-offerte in.

3.12. Het gunningsverslag komt in eerste instantie tot het besluit dat de ingediende offertes regelmatig zijn.

Met betrekking tot het gunningscriterium prijs worden de volgende scores toegekend:

1	AON Belgium bv	$(\text{€ } 50.000,00 / \text{€ } 50.000,00) * 45 = 45$	45
2	[V.R.]	$(\text{€ } 50.000,00 / \text{€ } 97.000,00) * 45 = 23,20$	23,20

Voor het tweede en het derde gunningscriterium worden de volgende scores toegekend:

Gunningscriterium nr. 2: Ervaring van de consultant(s) met het doorlichten van verzekeringspolissen en het opmaken van lastenboeken voor openbare besturen Beoordeling op 35 punten [...]			
1	AON Belgium bv	[...]	14
2	[V.R.]	[...]	35
Gunningscriterium nr. 3: Fasering/timing van de opdracht en terugkoppeling aan de aanbestedende overheid + methodiek die de inschrijver hanteert bij de uitvoering van de opdracht. Beoordeling op 20 punten			
1	AON Belgium bv	[...]	13
2	[V.R.]	[...]	18

De finale rangschikking in het gunningsverslag wordt als volgt weergegeven:

Nr.	Naam	Score	Prijs excl. Btw*	Prijs incl. btw*
3	[V.R.]	76,2	€ 388.000,00	€ 388.000,00
1	AON Belgium bv	72	€ 200.000,00	€ 200.000,00

3.13. Op 26 juni 2024 beslist het bestuurscomité van het UZ Gent om de opdracht toe te wijzen aan de nv V.R. voor een totaalbedrag van 388.000 euro (inclusief 0% btw) voor vier jaar.

Dit is de bestreden beslissing.

3.14. Bij e-mail van 27 juni 2024 wordt de bestreden beslissing samen met het gunningsverslag meegedeeld aan de verzoekende partij. De brief wordt ook verzonden via het ‘Digiconnect platform van Connect Solutions’.

3.15. Bij brief van 5 juli 2024 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij haar bezwaren bij de gunningsbeslissing mee en vraagt zij om de bestreden gunningsbeslissing in te trekken en de onderhandelingsfase op te starten.

Bij brief van 10 juli 2024 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij haar standpunt met betrekking tot de bezwaren mee en besluit zij dat zij de bestreden beslissing niet zal heroverwegen.

IV. Tussenkost

4. De nv V.R. blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het enig middel voert de schending aan van de artikelen 4 en 38 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet

overheidsopdrachten 2016), evenals van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de formele motiveringsplicht.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver [V.R.] nv waarbij deze inschrijver na onderhandelingen over de economisch meest voordelige offerte bleek te beschikken; Dat na indiening en beoordeling van de initiële offertes zoals ingediend door verzoekende partij en inschrijver [V.R.] nv moest vastgesteld worden dat de offerte van verzoekende partij in het kader van het eerste gunningscriterium met een groot verschil de laagste prijs bevatte; Dat verzoekende partij een scherpe prijs had geboden van 55.000,00 EUR en de prijs van inschrijver [V.R.] nv meer dan het dubbele bedroeg 112.000,00 EUR; Dat dit voor wat betreft het gunningscriterium prijs leidde tot initiële scores van 45 punten voor verzoekende partij en 22,1 voor inschrijver [V.R.] nv; Dat de situatie omgekeerd was bij het tweede en derde gunningscriterium nu verzoekende partij [...] met haar initiële offerte slechts scores van 14/35 en 13/20 voor respectievelijk het tweede en derde gunningscriterium behaalde en inschrijver [V.R.] nv scores van 35/35 en 18/20; Dat verwerende partij vervolgens heeft beslist om in het kader van de onderhandelingen enkel nog een verbeterd bod te vragen qua prijs; Dat inschrijver [V.R.] nv derhalve de kans heeft gekregen haar initiële offerte te verbeteren voor wat betreft een gunningscriterium waar zij merkelijk slechter scoorde dan verzoekende partij. Dat verzoekende partij daarentegen in het geheel niet in de mogelijkheid is gesteld haar initiële offerte te verbeteren voor wat betreft de gunningscriteria waarvoor haar initieel aanbod ongunstig werd beoordeeld (te weten het tweede en derde gunningscriterium); Dat verwerende partij ook niet heeft onderhandeld over het door verzoekende partij gedane aanbod in het kader van het eerste en tweede gunningscriterium; Dat verwerende partij op geen enkele wijze motiveert waarom zij heeft beslist om enkel nog te onderhandelen over de prijs en niet over het inhoudelijk aanbod zoals gedaan in het kader van het tweede en derde gunningscriterium; Terwijl verwerende partij ertoe gehouden was de gelijkheid van inschrijvers te respecteren alsook gehouden was te onderhandelen met het oog op de verbetering van de inhoud van de initiële offertes; Dat verwerende partij minstens ertoe gehouden was te motiveren op grond van welke objectieve criteria zij heeft beslist om de inschrijvers enkel nog de mogelijkheid te bieden om de offerte bij te stellen op het vlak van de prijs en niet op het vlak van de andere gunningscriteria; Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

7. Volgens de verzoekende partij vloeit uit artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 voort dat de aanbestedende overheid moet onderhandelen over de inhoud van de eerste offerte en daaromtrent feedback moet geven alvorens een BAFO-offerte op te vragen. De verwerende partij heeft die verplichting miskend door zonder voorafgaande gesprekken, contacten of onderhandelingen een BAFO-offerte te vragen met het oog op betere prijzen.

8. Verder sluit het gelijkheidsbeginsel volgens de verzoekende partij uit dat enkel wordt onderhandeld in het kader van één welbepaald gunningscriterium – *in casu* de prijs – en dat de inschrijvers niet wordt toegelaten om hun offerte te optimaliseren in het kader van de overige gunningscriteria. Dit is des te meer het geval wanneer er – zoals *in casu* – naar aanleiding van de eerste beoordeling van de offertes is vastgesteld dat er tussen de inschrijvers een verschil bestaat in de behaalde scores per gunningscriterium. Het toespitsen van de onderhandelingen op één enkel gunningscriterium zou immers in het voordeel zijn van de inschrijver die ten aanzien van dit gunningscriterium de grootste verbeteringsmarge heeft.

De verwerende partij heeft het gelijkheidsbeginsel dan ook geschonden door te beslissen om enkel nog een betere prijs te laten aanbieden door de inschrijvers en door geen onderhandelingen te voeren over het inhoudelijk aanbod in het kader van het tweede en het derde gunningscriterium. Doordat de verzoekende partij reeds een scherpe prijs bood in haar initiële offerte, kon zij haar offerte op dit punt maar weinig verbeteren terwijl de andere inschrijver in de mogelijkheid werd gesteld zijn offerte op het vlak van de prijs nog aanzienlijk te verbeteren. De verzoekende partij kreeg daarentegen niet de mogelijkheid haar offerte nog te verbeteren voor de gunningscriteria waarvoor zij initieel ongunstig werd beoordeeld.

9. Voorts heeft de verwerende partij nagelaten om in het gunningsverslag te motiveren waarom zij in het kader van de onderhandelingen heeft beslist om de inschrijvers enkel nog de mogelijkheid te bieden om hun offerte bij te stellen op het vlak van de prijs maar niet op het vlak van de overige gunningscriteria. Hierdoor is de formele motiveringsplicht geschonden.

10. Aangezien in het bestek niet werd bepaald dat enkel over de prijs zou worden onderhandeld, heeft de verwerende partij ook het transparantiebeginsel en het *patere legem*- beginsel geschonden.

11. Tot slot wijst de verzoekende partij er op dat de verwerende partij de vorige plaatsingsprocedure net heeft stopgezet omwille van verschillende onduidelijkheden en de noodzaak om onderhandelingen te voeren over de verwachtingen en eisen van de verwerende partij. De verwerende partij vermag deze principes thans niet zomaar naast zich te kunnen neerleggen, onder meer in het licht van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Beoordeling

12. De bestreden beslissing werd genomen in het kader van een mededingingsprocedure met onderhandelingen, zoals bedoeld in artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016.

13. De paragrafen 4 tot 8 van het geschonden geachte artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016 luiden:

“§ 4. Alleen de ondernemers die na de beoordeling van de verstrekte informatie daartoe door de aanbestedende overheid worden uitgenodigd, kunnen een eerste offerte indienen. Deze vormt de basis voor verdere onderhandelingen. [...]

§ 5. Met het oog op de verbetering van hun inhoud onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes in de zin van paragraaf 8. De aanbestedende overheid kan de opdrachten desalniettemin gunnen op basis van de initiële offertes zonder onderhandeling, indien zij zich de mogelijkheid daartoe heeft voorbehouden in de aankondiging van een opdracht.

Over de minimeisen en de gunningscriteria wordt niet onderhandeld.

§ 6. Tijdens de onderhandelingen verzekert de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Daartoe verstrekt zij geen discriminerende informatie die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen ten opzichte van andere. [...]

§ 7. De mededingingsprocedure met onderhandeling kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van een opdracht of een ander opdrachtdocument. De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging

van een opdracht of een ander opdrachtdocument aan of zij van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

§ 8. Indien de aanbestedende overheid voornemens is de onderhandelingen af te sluiten, stelt zij de resterende inschrijvers daarvan in kennis en stelt zij een gemeenschappelijke termijn vast voor de indiening van nieuwe of aangepaste offertes. De aanbestedende overheid controleert of de definitieve offertes voldoen aan de minimumeisen en overeenstemmen met artikel 66, § 1, beoordeelt de definitieve offertes aan de hand van de gunningscriteria en gunt de opdracht krachtens de artikelen 79 tot 84.

Indien de aanbestedende overheid zich in de aankondiging van een opdracht het recht heeft voorbehouden geen onderhandelingen te voeren, en zij van deze mogelijkheid gebruik maakt, geldt de initiële offerte bijgevolg als definitieve offerte.”

14. In een mededingingsprocedure met onderhandeling is de aanbestedende overheid er in beginsel toe gehouden met de inschrijvers te onderhandelen over de initiële offertes met het oog op de verbetering van hun inhoud.

15. De verwerende partij heeft zich in de opdrachtdocumenten weliswaar de mogelijkheid voorbehouden om geen onderhandelingen te voeren en de opdracht te gunnen op basis van de initiële offertes, maar van die mogelijkheid heeft zij geen gebruik gemaakt. De opdracht werd immers niet gegund op basis van de initiële offertes, maar op basis van de BAFO-offertes die door de verzoekende partij en de tussenkomende partij werden ingediend.

16. De aanbestedende overheid beschikt in het kader van een mededingingsprocedure met onderhandeling in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid, zowel aangaande de elementen die het voorwerp van onderhandelingen kunnen uitmaken, als wat betreft de procedurele uitwerking.

Deze ruimte is echter niet onbeperkt. Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Ze wordt ook beperkt door de regels die de aanbestedende overheid zichzelf in het bestek heeft opgelegd.

17. Het komt zodoende aan de aanbestedende overheid toe om, in overeenstemming met de regels die zij daaromtrent in de opdrachtdocumenten heeft vastgesteld, te bepalen over welke aspecten van de offertes met de inschrijvers wordt onderhandeld en met betrekking tot welke specifieke aspecten hen gevraagd wordt om hun offerte nog te verbeteren.

Het spreekt voor zich dat dit in grote mate is te bepalen in het licht van de concrete omstandigheden van de opdracht, de ingediende offertes, en de mate waarin zij reeds beantwoorden aan de concrete behoeften en verwachtingen van de aanbestedende overheid.

18. Te dezen heeft de verwerende partij ervoor geopteerd om de inschrijvers in het ongewisse te laten over de sterke en zwakke punten van hun initiële offerte, en niet voor elke individuele offerte te wijzen op de elementen die voor verbetering vatbaar waren. De verwerende partij heeft zich ertoe beperkt de uitnodiging te kaderen in de doelstelling om “betere prijzen” te bekomen.

Allicht kon de verwerende partij zich vinden in de inhoud en de kwaliteit van de initieel ingediende offertes – minstens in de inhoud en de kwaliteit van de offerte die zich in het licht van de gunningscriteria als de economisch meest voordelige offerte positioneerde –, maar wenste zij van de gevolgde gunningsprocedure toch gebruik te maken om te proberen alsnog betere prijsvoorwaarden te bekomen.

19. De verzoekende partij kan er binnen de grenzen van het kort geding niet van overtuigen dat het gegeven dat de verwerende partij een BAFO-offerte heeft gevraagd, zonder te onderhandelen over de inhoud van de eerste offerte en zonder feedback te geven aan de inschrijvers over de inhoud ervan, te dezen in strijd zou zijn met artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Prima facie blijkt niet dat de verwerende partij de beoordelingsruimte die artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 haar laat, heeft overschreden door in de concrete omstandigheden van deze zaak zonder meer een

BAFO-offerte te hebben gevraagd “met het oog op het bekomen van betere prijzen”.

20. Het gegeven dat de offerte van de verzoekende partij vooral ten aanzien van het tweede en het derde gunningscriterium nog voor verbetering vatbaar was, doet niet anders besluiten. De onderhandelingen die door artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016 worden beoogd, hebben immers niet tot doel om een “tweede kans” te geven aan degenen die initieel niet de meest voordelige offerte hebben ingediend, door hen toe te laten hun offerte te verbeteren om hun kansen te verhogen om de opdracht binnen te halen.

Dit is des te meer het geval nu de verzoekende partij op basis van de aankondiging wist dat de verwerende partij zich de mogelijkheid had voorbehouden om de opdracht reeds te gunnen op basis van de initiële offertes, zodat het aan de verzoekende partij toekwam om in haar eerste offerte reeds de best mogelijke offerte in te dienen.

Overigens bepaalt artikel 38, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016 dat de eerste offerte “de basis voor verdere onderhandelingen [vormt]”, zodat het in beginsel niet evident lijkt dat een BAFO-offerte op het vlak van de kwaliteit een geheel andere invulling dan de initiële offerte zou krijgen.

21. Op grond van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel moeten de inschrijvers van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden.

De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat degenen die voor gunning van de opdracht in aanmerking willen komen van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offerte.

De verzoekende partij toont *prima facie* niet aan dat deze beginselen werden miskend.

22. De inschrijvers blijken tijdens het verloop van de gunnings-procedure op dezelfde wijze behandeld geweest te zijn. Elk van de drie inschrijvers heeft gelijktijdig na selectie een uitnodiging ontvangen tot het indienen van een initiële offerte met toegang tot de opdrachtdocumenten, elk van de inschrijvers heeft in het kader van het nazicht van de initiële offertes een vergelijkbaar verzoek tot verduidelijking van de totaalraming ontvangen, geen van de inschrijvers heeft verdere feedback gekregen aangaande diens initiële offerte, elke inschrijver heeft gelijktijdig een uitnodiging ontvangen tot indiening van een BAFO-offerte “met het oog op het bekomen van betere prijzen” en kreeg daarbij ook evenveel tijd. De verzoekende partij en de gekozen inschrijver hebben beide een BAFO-offerte ingediend waarbij zij allebei hun prijs hebben verlaagd.

23. In de mate dat de verzoekende partij van oordeel is dat aan de gekozen inschrijver meer kansen gegeven zouden zijn om zijn offerte te verbeteren door een BAFO-offerte “met het oog op het bekomen van betere prijzen” te vragen, blijkt, zoals gezegd, dat de beide inschrijvers op basis van dezelfde informatie de gelegenheid hebben gekregen om hun offerte te verbeteren.

Uit geen enkel stuk blijkt dat de inschrijvers over informatie beschikten over hoe hun initiële offerte met betrekking tot de gunningscriteria scoorde tegenover de offertes van de andere inschrijvers.

Evenmin staat vast dat het voor de tussenkomenende partij makkelijker was om haar prijzen te verbeteren, nu de prijsopgave onlosmakelijk verbonden is met de aangeboden voorstellen op het vlak van kwaliteit.

24. Dat een loutere prijsverbetering voor de verzoekende partij er te dezen bezwaarlijk toe had kunnen leiden dat de BAFO-offerte van de verzoekende partij alsnog de economisch voordeligste offerte zou worden, lijkt in de gegeven omstandigheden niet voort te vloeien uit een miskenning van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, maar uit de inhoud van de initieel ingediende offertes, op grond waarvan de gekozen inschrijver reeds als eerste was gerangschikt.

25. Uit de loutere vaststelling dat de ene inschrijver op grond van de initiële offertes beter scoorde op prijs en de andere inschrijver op kwaliteit lijkt in het licht van het gelijkheidsbeginsel hoe dan ook geen principiële verplichting voor de aanbestedende overheid te kunnen worden afgeleid om zowel over het inhoudelijke aanbod als over de prijs te onderhandelen.

26. Bovendien lijkt de verwerende partij niet te hebben uitgesloten dat de offertes ook op andere elementen dan de prijs mochten worden verbeterd, temeer nu de verwerende partij uitdrukkelijk heeft gevraagd om bij het indienen van de BAFO-offerte “[d]e meest recente versie van alle in het bestek opgevraagde documenten” op te laden.

Het is niet omdat over de kwalitatieve aspecten van de offertes niet werd onderhandeld en enkel een BAFO-offerte werd gevraagd “met het oog op het bekomen van betere prijzen”, dat het de inschrijvers verboden was om ook ten aanzien van het kwalitatief aanbod aanpassingen door te voeren.

Het loutere gegeven dat beide inschrijvers hun kwalitatief aanbod niet hebben gewijzigd, doet niet anders besluiten.

27. Voorts blijkt uit de opdrachtdocumenten geenszins dat de inschrijvers de zekerheid hadden dat er, vooraleer een BAFO-offerte zou worden gevraagd, feedback met betrekking tot de initiële offerte zou worden verstrekt, en evenmin dat er onderhandeld zou worden over de kwalitatieve aspecten van hun offerte.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht dan ook niet aan dat de verwerende partij heeft gehandeld met miskenning van de opdrachtdocumenten. Van een schending van het *patere legem*-beginsel lijkt dan ook geen sprake te zijn.

28. In de mate dat de schending van de formele motiveringsplicht wordt ingeroepen, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat er op de verwerende partij een verplichting rust om uitdrukkelijk de redenen te

vermelden waarom aan de inschrijvers geen feedback werd gegeven ten aanzien van de initiële offerte en waarom de uitnodiging om een BAFO-offerte in te dienen is gebeurd “met het oog op het bekomen van betere prijzen”.

29. Voor zover de verzoekende partij tot slot aanvoert dat een verplichting tot onderhandelen over de kwalitatieve gunningscriteria zou volgen uit de overwegingen opgenomen in de stopzettingsbeslissing van de verwerende partij van 4 oktober 2023, gaat zij eraan voorbij dat deze beslissing de stopzetting van de betrokken opdracht in hoofddeorde verantwoordt door de noodzaak om het bestek aan te passen aan de vastgestelde onduidelijkheden, onder meer met betrekking tot het aantal en het soort verzekeringspolissen binnen de makelaarsopdracht.

Deze grief mist *prima facie* feitelijke grondslag.

VII. Besluit

30. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv V.R. tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zes augustus tweeduizend vierentwintig,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

David D'Hooghe,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

David D'Hooghe