

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 262.128 van 24 januari 2025
in de zaak A. 243.783/XIV-39.705**

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

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Linde Bevernaege en Hannah
Mignolet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV A.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hein Braeckevelt en Marie-Mathilde Vermeyen
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 december 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 5 december 2024 van de verwerende partij waarbij de opdracht voor diensten ‘Makelaarsopdracht pooling verzekeringen van de entiteiten van de Vlaamse overheid’ wordt gegund aan de nv A.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 13 januari 2025 heeft de belanghebbende partij gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 januari 2025 om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Louise Galot, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Nathanaëlle Kiekens en Hannah Mignolet, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Neil Braeckevelt en Marie Mathilde Vermeyen, die verschijnen 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘Makelaarsopdracht pooling verzekeringen van de entiteiten van de Vlaamse overheid’.

De voorziene looptijd van de opdracht bedraagt vier jaar. De totale waarde van de opdracht wordt door de verwerende partij als vertrouwelijke informatie beschouwd.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor de mededingingsprocedure met onderhandeling overeenkomstig artikel 38, § 1, 1°, c), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016).

3.2. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt het voorwerp van de opdracht omschreven als volgt:

“De uit te voeren dienst betreft de uitvoering van de makelaarsopdracht voor de pooling van de verzekeringsovereenkomsten gesloten door of voor rekening van de entiteiten onderworpen aan het toepassingsgebied van artikel 80 van de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën (VCO), met name:

- Het beheer van de verzekeringsovereenkomsten gesloten door of voor rekening van voormelde entiteiten
- De advisering en bijstand met het oog op het bekomen van het meest optimale risico- en verzekeringsbeheer ter dekking van de risico's van voormelde entiteiten

Bijlage 1 bevat een lijst van de entiteiten die momenteel onderworpen zijn aan het toepassingsgebied. [...]

De inschrijver biedt ondersteuning aan de aanbestedende overheid bij het afsluiten van verzekeringscontracten, met inbegrip van ondersteuning voor het op de markt brengen van de desbetreffende overheidsopdrachten inzake het afsluiten van verzekeringscontracten betreffende de gepoolde risico's. Art. 91 van het Besluit Vlaamse Codex Overheidsfinanciën (BVCO) bevat de gepoolde risico's, met name:

- Algemene burgerlijke aansprakelijkheid
- Objectieve aansprakelijkheid na brand en ontploffing
- Alle risico's brand van het patrimonium
- Alle risico's elektronica
- Alle risico's kunstvoorwerpen
- Arbeidsongevallen

De onderhavige opdracht voorziet in de exclusiviteit voor de taken zoals beschreven in het hoofdstuk 3. Technische voorschriften.

Het Departement Financiën en Begroting, afdeling Beleidsondersteuning, Begrotingszaken en Financiële Operaties organiseert de pooling van de verzekeringen.”

Voorts zijn de hierna volgende bepalingen in het bestek in deze zaak relevant:

“2.4 GUNNINGSCRITERIA

De aanbestedende overheid zal de economisch meest voordelige offerte vaststellen rekening houdende met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die

als volgt wordt ingevuld:

De gunningscriteria zijn, samen met het hen toegekende gewicht:

- a) Het prijsvoorstel (55 punten)
- b) De kwaliteit van de voorgestelde dienstverlening (35 punten), met volgende subgunningscriteria:
 - i. Opvolgsysteem (5 punten)
 - ii. Informatieoverdracht (4 punten)
 - iii. Invulling technische voorschriften, incl. responstijd & teamleden (10 punten)
 - iv. Polissen negotiëren (4 punten)
 - v. Technische assistentie (schade-expertise, preventie en risicobeheer- en beoordeling) (8 punten)
 - vi. Kennis overheidsopdrachten (4 punten)
- c) De kwaliteit en effectiviteit van het plan van aanpak (10 punten), met volgende subgunningscriteria:
 - i. Overname makelaarsfunctie (2 punten)
 - ii. Transitieperiode (3 punten)
 - iii. (Her)aanbesteding gepoolde verzekeringen (5 punten)
- a) Het prijsvoorstel (55 punten)

Aan de basis van de vergoeding van de inschrijver voor het vervullen van zijn opdracht ligt een jaarlijkse vergoeding (exclusief eventuele taksen). Die vergoeding dekt alle activiteiten met betrekking tot de gepoolde risico's van de entiteiten die momenteel verzekeringen hebben afgesloten via de pooling van de verzekeringen. Bijlage 1 bevat de entiteiten die momenteel via de pooling verzekerd zijn (2. Lijst onderworpen entiteiten die werkelijk één of meerdere verzekeringen afnemen van de pooling verzekeringen).

Kosten voor een eventuele overdracht van dossiers en gegevens bij het begin en het einde van de opdracht zijn inbegrepen in de jaarlijkse vergoeding en kunnen niet bijkomend in rekening gebracht worden.

De individuele score voor het gunningscriterium 'het prijsvoorstel' wordt bepaald door de volgende formule:

$$((\text{laagste geoffreerde vergoeding})/(\text{geoffreerde vergoeding})) \times 55.$$

[...].

2.5.6 PRIJS

2.5.6.1 PRIJSVASTSTELLING

Deze opdracht is een opdracht tegen globale prijs.

2.5.6.2 PRIJSOPGAVE

- a) Indien zulks voor de nauwkeurigheid van de eenheidsprijzen vereist is, mag de inschrijver die tot vier decimalen preciseren.
- b) De inschrijver vermeldt de belasting over de toegevoegde waarde (btw) in een afzonderlijke post en voegt ze bij de prijs van de offerte.

[...]"

Blijkens het offerteformulier, gevoegd als bijlage 3 bij het bestek, moeten de inschrijvers vermelden tegen welke totale som van jaarlijkse

vergoeding (2025-2028), in cijfers en letters, exclusief en inclusief btw, zij inschrijven. Bij het bestek is geen inventaris gevoegd.

3.3. Op 23 augustus 2024 worden vier ondernemingen geselecteerd voor de onderhavige opdracht en uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Drie ondernemingen hebben een offerte ingediend, waaronder de nv B., zijnde de verzoekende partij, de nv A., zijnde de thans tussenkomende partij, en de nv A.B.

3.4. Met een e-mailbericht van 3 oktober 2024 vraagt de verwerende partij aan de nv A. een prijsverantwoording voor haar totale offerteprijs, als volgt:

“Bezorgt u ons alstublieft zo snel mogelijk een schriftelijke verantwoording over de samenstelling van uw geoffreerde jaarlijkse vergoeding. De wettelijke antwoordtermijn bedraagt maximaal 12 kalenderdagen. We wijzen erop dat de gepubliceerde antwoorden op het forum van e-Procurement integraal deel uitmaken van de contractuele voorwaarden. Daar vindt u ook een indicatie van de gepresteerde uren per jaar door de huidige makelaar.”

Met een e-mailbericht van 14 oktober 2024 bezorgt de nv A. haar prijsverantwoording.

3.5. Alle inschrijvers worden vervolgens uitgenodigd voor een onderhandelingsmoment op respectievelijk 18 en 21 oktober 2024. Van de onderhandelingen met elk van deze inschrijvers wordt een intern verslag van de onderhandelingen opgesteld.

3.6. Alle inschrijvers worden na de onderhandelingen op 22 oktober 2024 uitgenodigd om een definitieve offerte in te dienen. Elk van de drie inschrijvers heeft een definitieve offerte ingediend.

3.7. Op 2 december 2024 wordt een gunningsverslag opgesteld. De in deze zaak relevante passages luiden als volgt (in de versie zoals ter kennis gegeven

aan de verzoekende partij, waarbij [X] duidt op een passage die voor de verzoekende partij onleesbaar werd gemaakt):

“A. Initiële offertes

[...]

A.2 Onderzoek van de regelmatigheid van de initiële offertes

[...]

A.2.2 Materiële vereisten

[...]

A.2.2.3 Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 KB Plaatsing)

Uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen- of kosten worden aangeboden die abnormaal lijken. De aanbestedende overheid heeft beslist om reeds in dit stadium van de procedure voor volgende abnormaal lijkende prijzen de inschrijver in kwestie te bevragen, op basis van art. 36, §1 van het KB Plaatsing:

[nv A.]

Het totale offertebedrag:

[X]

Raming

[X]

A.2.2.4 Prijs- of kostenbevraging

Op donderdag 3 oktober 2024 verzocht de aanbestedende overheid de inschrijver om een schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de geoffreerde jaarlijkse vergoeding te bezorgen.

De inschrijver bezorgde de aanbestedende overheid op maandag 14 oktober 2024 een schriftelijke, onderbouwde prijsverantwoording. Die bevat een gedetailleerde prijsopbouw en wel degelijk enkele valabele argumenten. Zo verwijst de inschrijver naar zijn state-of-the-art, in-house ontwikkeld beheersysteem: ‘Dit systeem stelt ons in staat om aanzienlijk efficiënter te werken dan onze concurrenten’. Daarnaast wordt ook het scherpe kostenmanagement benadrukt.

Toch blijft het moeilijk om in te schatten of de prijs niet abnormaal laag is. Mogelijk onderschat de inschrijver de draagwijdte en werklast van de opdracht, temeer omdat hij er voor de eerste keer op inschrijft en er dus geen eerdere ervaring mee heeft.

Na zorgvuldige analyse van de initiële offerte en prijsverantwoording kan de aanbestedende overheid in deze fase niet manifest stellen dat het totale offertebedrag van de inschrijver abnormaal is. Tijdens de onderhandelingen met de inschrijver zal expliciet dieper ingegaan worden op het prijsvoorstel. Daarbij zal de aanbestedende overheid ook de draagwijdte en enkele specifieke elementen van de opdracht duiden, zodat het risico op onderschatting beperkt wordt.

Bij het onderzoek naar de regelmatigheid van de definitieve offertes voert de aanbestedende overheid opnieuw een prijsonderzoek. Indien nodig, kan ze op dat moment ook opnieuw een prijsbevraging uitvoeren.

A.3 Beoordeling van de initiële offertes op basis van de gunningscriteria

[...]

De aanbestedende overheid beslist, na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria, om geen voorlopige rangschikking te maken en alle inschrijvers uit te nodigen tot de onderhandelingen.

B. Onderhandelingen

[...]

Alle inschrijvers werden verzocht om onderstaande agendapunten voor te bereiden:

- Live demo van het opvolgsysteem
- Toelichting plan van aanpak heraanbesteding verzekeringspolissen, met nadruk op creatieve voorstellen om concurrentie aan te scherpen.

Aan [nv B.] werd bijkomend gevraagd om een live demo voor te bereiden van de in de offerte voorgestelde gedeelde SharePoint- en Teams-omgeving. Daarnaast bereidde de aanbestedende overheid voor elke inschrijver een intern onderhandelingsdocument voor. Dat document diende als leidraad tijdens de onderhandelingen en bevatte voor elke inschrijver specifiek:

- Vragen ter verduidelijking van de initiële offerte
- Onderhandelingspunten ter verbetering van de inhoud van de initiële offerte

[...]

C Definitieve offertes

C.1 Onderzoek van de regelmatigheid van de definitieve offertes

[...]

C.1.2 Materiële vereisten

[...]

C.1.2.3 Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 KB Plaatsing)

Uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er geen prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal hoog of laag lijken. Bijgevolg wordt geen van de inschrijvers onderworpen aan een verdere prijs- of kostenbevraging.

De aanbestedende overheid onderwierp [nv A.] al aan een prijs- of kostenbevraging na het prijs- of kostenonderzoek bij de initiële offertes. De inschrijver bezorgde de aanbestedende overheid op maandag 14 oktober 2024 een schriftelijke, onderbouwde prijsverantwoording. Die bevat een gedetailleerde prijsopbouw en wel degelijk enkele valabele verklaringen voor het lagere offertebedrag. Zo verwijst de inschrijver naar zijn:

- State-of-the-art, in-house ontwikkeld beheersysteem:

- ° [X]

- ° [X]

- ° [X]

- ° [X]

- Decentrale organisatie, met volwaardige kantoren in elke provincie en in Brussel. De samenstelling van het cliëntenteam zorgt voor een minimumaantal uren aan verplaatsingen, dankzij de inzet van lokale teamleden in functie van de zetel van de aangesloten entiteiten.

- Lagere, competitievere kostenstructuur:

- ° [X]

- ° [X]

- ° [X]

Op basis van bovenstaande prijsverantwoording bij de initiële offerte kon de aanbestedende overheid niet manifest stellen dat het totale offertebedrag van de inschrijver abnormaal is (zie ook: A.2.2.4 Prijs- of kostenbevraging).

Tijdens de onderhandelingen met de inschrijver werd expliciet dieper ingegaan op het prijsvoorstel, om onderschatting van de opdracht te vermijden. Daaruit bleek dat de inschrijver de draagwijdte en werklast van de opdracht goed en weloverwogen heeft ingeschat. Uit de onderhandelingen bleek onder meer dat de inschrijver:

- Over voldoende kennis van en ervaring met de opdracht beschikt:
 - o De inschrijver geeft blijk van inzicht in en begrip van de grootte en complexiteit van de opdracht
 - o Enkele teamleden van de inschrijver beheerden bij hun vorige werkgever al het verzekeringsdossier van enkele belangrijke leden van de pooling verzekeringen
 - o De inschrijver is op de hoogte van het gebrek aan gecentraliseerde onderschrijvingsinformatie. Die informatie bevindt zich verspreid over alle entiteiten en wordt door de makelaar opgevraagd bij de heraanbesteding van verzekeringspolissen. De inschrijver hield daarmee rekening bij zijn prijszetting.
- Een doordachte, onderbouwde prijszetting heeft gehanteerd:
 - ° [X]
 - ° [X]
 - ° [X]
- [X]

Gezien de aangeleverde verantwoordingen bij de prijsbevraging en tijdens de onderhandelingen is de aanbestedende overheid van mening dat het offertebedrag globaal genomen niet abnormaal is en de definitieve offerte voor verdere beoordeling in aanmerking komt.

C.1.3 Besluit na onderzoek regelmatigheid definitieve offertes

Uit het onderzoek van de regelmatigheid van de definitieve offertes blijkt dat de definitieve offertes van volgende inschrijvers voor verdere beoordeling in aanmerking komen:

1. [nv A.B.]: [X] (incl. btw) per jaar
2. [nv A.]: [X] (incl. btw) per jaar
3. [nv B.]: 280.000,00 euro (incl. btw) per jaar
- [...]

C.2 Beoordeling definitieve offertes op basis van de gunningscriteria

[...]

C.2.4 Totaalscore

	[nv A.B.]	[nv A.]	[nv B.]
Prijsvoorstel (55)	13,34	55,00	15,49
Kwaliteit voorgestelde dienstverlening (35)	29,50	31,00	32,00
Kwaliteit en effectiviteit plan van aanpak (10)	9,50	8,50	9,00
Totaalscore (100)	52,34	94,50	56,49

”

In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv A.

3.8. Op 5 december 2024 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv A. Het gunningsverslag van 2 december 2024 is als bijlage bij deze beslissing gevoegd en maakt er integraal deel van uit.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De belanghebbende partij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals van toepassing op de voorliggende vordering, 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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013), 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, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 81 en 84 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), het gelijkheidsbeginsel, de zorgvuldigheidsplicht, de formele en materiële motiveringsplicht, artikel 5, 9° van de wet van 17 juni 2013, en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991).

“Doordat het prijsonderzoek m.b.t. de offerte van de gekozen inschrijver niet zorgvuldig is gevoerd, en alleszins zowel de vereiste formele motieven als deugdelijke materiële motieven ontbreken om tot de normale prijs van de offerte van de gekozen inschrijver te besluiten;”

In wat als een eerste onderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij de schending aan van de formelemotiveringsplicht, artikel 36, § 3, 3°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013, en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

In wat als een tweede onderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij de schending aan van ook de overige aangehaalde bepalingen en beginselen, “voor zover als nodig” omdat het prijsonderzoek ook niet zorgvuldig is gebeurd, en dat de motieven, voor zover ze wel aan haar kenbaar zijn gemaakt, niet deugdelijk zijn.

De verzoekende partij licht het eerste onderdeel toe als volgt:

“41. Ter inleiding merkt verzoekende partij op dat het prijsverschil tussen de gekozen inschrijver, enerzijds, en de twee andere inschrijvers, anderzijds, extreem is. De offerte van [de nv A.] is immers liefst ongeveer 75% goedkoper dan de gemiddelde prijs van de twee andere inschrijvers. Zeker bij dergelijk extreem prijsverschil, mag een zeer zorgvuldig en bijzonder onderzoek naar een eventuele abnormaal lage prijs van de gekozen inschrijver worden verwacht. In casu dient echter te worden vastgesteld dat de verwerende partij weliswaar toepassing heeft gemaakt van artikel 36 KB Plaatting van 18 april 2017,

maar dat dit bijzondere prijsonderzoek op de offerte van de gekozen inschrijver manifest niet met de nodige zorgvuldigheid is gebeurd, en alleszins niet naar behoren formeel en materieel is gemotiveerd.

42. Om te beginnen, voor wat de formele motivering betreft, merkt verzoekende partij op dat verwerende partij, door grote en essentiële delen van haar motivering inzake het prijsonderzoek in de gunningsbeslissing af te dekken in de aan verzoekende partij overgemaakte versie van het gunningsverslag, manifest niet aan haar formele motiveringsplicht heeft voldaan.

43. In dat kader merkt verzoekende partij vooreerst op dat totaalprijzen niet kunnen beschouwd worden als zakengeheimen. Weliswaar heeft verzoekende partij zelf die totaalprijzen kunnen berekenen op basis van de toegekende scores. [...].

44. Verwerende partij heeft echter ook de raming afgedekt. De raming is nochtans een wezenlijk vergelijkingspunt om eventuele abnormale prijzen vast te stellen. Het is dan ook onbegrijpelijk dat die raming is afgedekt, en dat wordt ook helemaal niet gemotiveerd. Er is hoe dan ook geen enkele reden om een raming geheim te houden. Het afdekken van dit essentiële gegeven in de motivering alleen al is aldus te beschouwen als een wezenlijk gebrek in de formele motivering.

45. Maar vervolgens heeft verwerende partij dan ook nog eens de toelichting bij drie van de vijf motieven om tot een normale prijs te besluiten volledig afgedekt, en moet verzoekende partij het dus maar stellen met de loutere titeltjes: ‘State-of-the-art, in-house ontwikkeld beheersysteem’, ‘een doordachte onderbouwde prijszetting’ en ‘een lagere, competitievere kostenstructuur’.

Het moge echter duidelijk zijn dat dergelijke zeer algemene titeltjes, zonder toelichting, loutere stijlformules zijn, die beslist niet aan het vereiste van een formele motivering voldoen.

46. Zelfs al heeft verzoekende partij de totaalprijzen zelf dus kunnen achterhalen, dan nog vormt het afdekken van al die andere essentiële motieven en toelichting die verzoekende partij hadden moeten toelaten om te begrijpen waarom de prijzen van de gekozen inschrijver alsnog normaal werden geacht, een schending van de formele motiveringsplicht. De artikelen 36 §3, 3° van het KB Plaatsing van 18 april 2017, 5, 9° van de Rechtsbeschermingswet en 2 en 3 wet van de wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen zijn geschonden.”

7. In haar nota doet de verwerende partij gelden, in het bijzonder wat het prijsonderzoek betreft, dat artikel 36, § 3, 3°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepaalt dat de aanbestedende overheid, voor zover zij van een inschrijver een prijsverantwoording verzoekt, in haar gunningsbeslissing motiveert waarom het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont. Volgens de rechtspraak van de Raad van State wordt geenszins een extensieve motivering

vereist van de aanbestedende overheid in het kader van het prijsonderzoek naar abnormale prijzen in de offertes en van de redenen om na het uitvragen van een prijsverantwoording te besluiten dat de geboden prijzen geen abnormaal karakter vertonen. De relevante elementen uit de prijsverantwoording en het prijsonderzoek moeten worden vermeld teneinde de Raad toe te laten om de werkelijkheid, juistheid en de relevantie van de aangevoerde redenen te beoordelen. Hierbij is vereist dat de motivering geen loutere stijlformule betreft. In het kader van de motivering omtrent de zorgvuldigheid van het prijsonderzoek heeft de Raad van State ook reeds geoordeeld dat het voldoende is dat er daadkrachtige motieven voorhanden zijn die hun grondslag vinden in het administratief dossier.

Vooreerst stelt de verwerende partij vast dat het gunningsverslag te dezen wel een uitgebreide uiteenzetting bevat van de motieven uit de prijsverantwoording, de onderhandelingen en de definitieve offerte van de tussenkomende partij die haar hebben toegelaten om te beslissen dat er geen sprake is van abnormale prijzen in de offerte van deze inschrijver. De verzoekende partij had afdoende kennis van deze deugdelijke motieven via de uitgebreide en omstandige neerslag van deze documenten in het gunningsverslag. De uiteenzetting in het gunningsverslag van de prijsverantwoording van de tussenkomende partij en het prijsonderzoek kan geenszins beschouwd worden als een loutere stijlformule maar betreft integendeel een omstandige en uitgebreide motivering. De verwerende partij legt naast de integrale versie van het gunningsverslag ook de schriftelijke prijsverantwoording, het voorbereidings-document van de onderhandelingen en het verslag van de onderhandelingen als vertrouwelijke stukken neer, zodat de Raad ook op basis van het volledige administratief dossier ten overvloede kan vaststellen dat er wel degelijk voldoende deugdelijke motieven voorhanden zijn om te hebben besloten dat er geen sprake is van abnormale prijzen in de offerte van de tussenkomende partij.

Daarnaast merkt de verwerende partij op dat de omstandigheid dat bepaalde delen van het gunningsverslag in verband met het prijsonderzoek

onleesbaar werden gemaakt, geen schending uitmaakt van de formele motiveringsplicht. Overeenkomstig artikel 10 van de wet van 17 juni 2013 is het strikt verboden voor de aanbestedende overheid om bepaalde gegevens mee te delen “indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van publieke of private ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden”. Dit is overduidelijk het geval wat de onleesbaar gemaakte delen in het gunningsverslag betreft, aangezien dit bedrijfsgevoelige informatie van de tussenkomende partij betreft zoals opgenomen in haar offerte en prijsverantwoording. Dat dit gevoelige informatie betreft, wordt door de verzoekende partij zelf onderschreven daar zij zelf de vertrouwelijke behandeling vraagt van haar eigen offerte. Hetzelfde geldt voor de raming die eveneens informatie bevat die de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers kan beperken en de concurrentie kan beïnvloeden, in het bijzonder omdat dit een overheidsopdracht betreft die telkens om de vier jaar opnieuw in de markt wordt geplaatst. Wat de offerteprijs van de andere inschrijvers betreft, erkent de verzoekende partij zelf dat zij op basis van de gegevens uit het gunningsverslag erin geslaagd is om de totaalprijs van de andere inschrijvers te berekenen waardoor dit argument in elk geval feitelijke grondslag mist.

Tot slot blijkt volgens de verwerende partij uit de uiteenzetting van de verzoekende partij in haar verzoekschrift dat de doelstelling van de formelemotiveringsplicht werd bereikt. De motivering van het prijsonderzoek in het gunningsverslag, in het bijzonder de motieven met betrekking tot het gevoerde prijsonderzoek van de offerte van de tussenkomende partij, heeft de verzoekende partij toegelaten om te beslissen tot het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing en om een uitgebreide argumentatie te voeren in haar verzoekschrift. Zij heeft per uitgedrukt motief een uitgebreid verweer kunnen voeren. Aldus heeft de verzoekende partij geen enkel belang bij dit argument.

8. Ook volgens de tussenkomen de partij is het normdoel van de formelemotiveringsplicht bereikt. De verzoekende partij gaat uitgebreid in op de motieven van de aanbestedende overheid om de prijsverantwoording te aanvaarden. Bij aanvaarding van de prijsverantwoording en dus de vaststelling dat er geen abnormale prijzen zijn, vereist de formele motiveringsplicht niet dat hier *in extenso* wordt op ingegaan, als zulks ook blijkt uit het administratief dossier. Uit het gunningsverslag in samenlezing met de stukken uit het administratief dossier blijkt in elk geval ook dat er deugdelijke motieven worden geformuleerd die de aanvaarding van de prijsverantwoording rechtvaardigen.

Beoordeling

9. Overeenkomstig artikel 33 van het koninklijk besluit van 17 april 2017 gaat de aanbestedende overheid, na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.

Artikel 35 van hetzelfde besluit bepaalt dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes onderwerpt aan een prijs- of kostenonderzoek en zij daartoe de inschrijvers kan verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Artikel 36 van hetzelfde besluit bepaalt:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en:

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van één of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont. [...]

§4. [...]”

10. De grieven van de verzoekende partij inzake het geschonden geachte artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 hebben betrekking op de beoordeling van de ontvangen prijsverantwoording.

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van deze beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Hierbij moet zij op zorgvuldige wijze haar beslissing voorbereiden, hetgeen impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze. Voorts bepaalt, wat de formele motivering van een gunningsbeslissing betreft, artikel 5 van de wet van 17 juni 2013 dat die beslissing een reeks vermeldingen moet bevatten, waaronder (9°) de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die betrekking hebben op onder meer de gekozen inschrijver en de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen.

Het afdoend karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste

bestaansreden van de motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

Aldus, wanneer de aanbestedende overheid, zoals te dezen, een prijsverantwoording heeft gevraagd, dient zij hierover inhoudelijk standpunt in te nemen alvorens de gunningsbeslissing te nemen. De betrokken motieven dienen op grond van artikel 5 van de wet van 17 juni 2013 te worden veruitwendigd teneinde een controle mogelijk te maken.

11. De prijsverantwoording gegeven door de tussenkomende partij wordt in het gunningsverslag, zoals ter kennis gegeven aan de verzoekende partij, beoordeeld als volgt:

“Uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er geen prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal hoog of laag lijken. Bijgevolg wordt geen van de inschrijvers onderworpen aan een verdere prijs- of kostenbevraging.

De aanbestedende overheid onderwierp [nv A.] al aan een prijs- of kostenbevraging na het prijs- of kostenonderzoek bij de initiële offertes. De inschrijver bezorgde de aanbestedende overheid op maandag 14 oktober 2024 een schriftelijke, onderbouwde prijsverantwoording. Die bevat een gedetailleerde prijsopbouw en wel degelijk enkele valabele verklaringen voor het lagere offertebedrag. Zo verwijst de inschrijver naar zijn:

- State-of-the-art, in-house ontwikkeld beheersysteem:

- ° [X]
- ° [X]
- ° [X]
- ° [X]

- Decentrale organisatie, met volwaardige kantoren in elke provincie en in Brussel. De samenstelling van het cliëntenteam zorgt voor een minimumaantal uren aan verplaatsingen, dankzij de inzet van lokale teamleden in functie van de zetel van de aangesloten entiteiten.

- Lagere, competitievere kostenstructuur:

- ° [X]
- ° [X]
- ° [X]

Op basis van bovenstaande prijsverantwoording bij de initiële offerte kon de aanbestedende overheid niet manifest stellen dat het totale offertebedrag van de inschrijver abnormaal is (zie ook: A.2.2.4 Prijs- of kostenbevraging).

Tijdens de onderhandelingen met de inschrijver werd expliciet dieper ingegaan op het prijsvoorstel, om onderschatting van de opdracht te

vermijden. Daaruit bleek dat de inschrijver de draagwijdte en werklast van de opdracht goed en weloverwogen heeft ingeschat. Uit de onderhandelingen bleek onder meer dat de inschrijver:

- Over voldoende kennis van en ervaring met de opdracht beschikt:
 - o De inschrijver geeft blijk van inzicht in en begrip van de grootte en complexiteit van de opdracht
 - o Enkele teamleden van de inschrijver beheerden bij hun vorige werkgever al het verzekeringsdossier van enkele belangrijke leden van de pooling verzekeringen
 - o De inschrijver is op de hoogte van het gebrek aan gecentraliseerde onderschrijvingsinformatie. Die informatie bevindt zich verspreid over alle entiteiten en wordt door de makelaar opgevraagd bij de heraanbesteding van verzekeringspolissen. De inschrijver hield daarmee rekening bij zijn prijszetting.
- Een doordachte, onderbouwde prijszetting heeft gehanteerd:
 - ° [X]
 - ° [X]
 - ° [X]
- [X]

Gezien de aangeleverde verantwoordingen bij de prijsbevraging en tijdens de onderhandelingen is de aanbestedende overheid van mening dat het offertebedrag globaal genomen niet abnormaal is en de definitieve offerte voor verdere beoordeling in aanmerking komt.”

Deze uitgedrukte motivering verschaft aan de verzoekende partij geen voldoende duidelijkheid over de motieven waarom de verwerende partij de verstrekte prijsverantwoording heeft aanvaard. Zij beperkt zich immers tot het vermelden van de drie argumenten uit de prijsverantwoording ‘State-of-the-art, in-house ontwikkeld beheersysteem’, ‘Decentrale organisatie, met volwaardige kantoren in elke provincie en in Brussel’, en ‘Lagere, competitievere kostenstructuur’ om daaruit te concluderen dat die van dien aard zijn dat ze de abnormale eenheidsprijzen verklaren. De omstandigheid dat uit de onderhandelingen onder meer bleek dat de inschrijver over voldoende kennis van en ervaring met de opdracht beschikt en een doordachte, onderbouwde prijszetting heeft gehanteerd, zijn al evenmin veelzeggend.

12. Op het eerste gezicht valt niet in te zien waarom de betrokken passages uit dit gunningsverslag zouden moeten worden onttrokken aan tegenspraak door de partijen, zoals de verwerende partij hier blijkt te doen. De verwerende partij doet in het kader van haar verweer gelden dat die passages uit het gunningsverslag als vertrouwelijk moeten worden beschouwd overeenkomstig

artikel 10 van de wet van 17 juni 2013, omdat deze bedrijfsgevoelige informatie betreffen zoals de tussenkommende partij heeft opgenomen in haar offerte en prijsverantwoording. Zelfs indien te dezen bepaalde verantwoordingselementen uit de prijsverantwoording niet zouden mogen worden bekendgemaakt, lijkt dit niet uit te sluiten dat een beoordeling wordt opgesteld en meegedeeld die enerzijds rekening houdt met het mogelijks vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens maar anderzijds ook met de verplichting uitdrukkelijk en afdoende te motiveren.

Zo lijken minstens drie van de vier verantwoordingselementen van het ‘State-of-the-art, in-house ontwikkeld beheersysteem’, dermate algemeen geformuleerd dat op het eerste gezicht bezwaarlijk kan worden gesteld dat de mededeling ervan aan de verzoekende partij de rechtmatige commerciële belangen van de gekozen inschrijver zou kunnen schaden. Dit lijkt te worden bevestigd door het feit dat de tussenkommende partij zelf in haar verzoekschrift melding maakt van het vierde element, namelijk de efficiëntiewinst door de doorgedreven automatisering van gegevensverwerking. Hetzelfde lijkt te kunnen worden opgemerkt met betrekking tot de drie verantwoordingselementen bij de ‘Lagere, competitievere kostenstructuur’ van de gekozen inschrijver, en de drie verantwoordingselementen bij het motief dat uit de onderhandelingen is gebleken dat de gekozen inschrijver de draagwijdte en werklast van de opdracht goed heeft ingeschat, en hij onder meer een “doordachte, onderbouwde prijszetting” heeft gehanteerd (behoudens, eventueel, het eerste element, dat blijkens de nota de inschatting van het aantal manuren door de gekozen inschrijver betreft). Het gegeven dat de verzoekende partij zelf in het kader van de huidige procedure haar offerte als vertrouwelijk stuk neerlegde, vertelt niets over het al dan niet commercieel gevoelig karakter van de verantwoordingselementen die de verwerende partij in (de integrale versie van) het gunningsverslag heeft vermeld met betrekking tot de aanvaarding van de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver.

Eenzelfde kritiek dringt zich op met betrekking tot het bedrag van de raming van de opdracht, alsook de totale offerteprijs waartegen de opdracht werd gegund, bedragen die de verwerende partij in het gunningsverslag, zoals ter kennis gebracht aan de verzoekende partij, onleesbaar heeft gemaakt en dus aan de mededeling heeft onttrokken. De prijs waaraan de opdracht werd gegund, werd

inmiddels door de verwerende partij in haar nota bevestigd en opgenomen in de niet-vertrouwelijk neergelegde gunningsbeslissing.

13. Op basis van de meegedeelde verantwoordingselementen blijkt op het eerste gezicht niet waarom de gekozen inschrijver zich dermate onderscheidt van de andere inschrijvers en over uitzonderlijke omstandigheden beschikt die tot gevolg hebben dat hij, in vergelijking met de andere inschrijvers een aanzienlijk gunstigere prijs kan voorstellen. Dit lijkt overigens ook de vaststelling van de verwerende partij zelf te zijn geweest na haar eerste onderzoek van de prijsverantwoording. Het feit dat de verwerende partij tijdens de onderhandelingen vervolgens meer duiding gegeven heeft bij de draagwijdte en enkele specifieke elementen van de opdracht “zodat het risico op onderschatting beperkt wordt”, lijkt op zich niet aan te tonen dat de offerteprijs van deze inschrijver niet abnormaal is. In dit verband is het ook van belang erop te wijzen dat het doel van de regeling inzake de controle op abnormale prijzen tweeledig is. Enerzijds strekt deze regeling ertoe de aanbestedende overheid te beschermen, waarbij zij nagaat of de voorgestelde prijs de inschrijver wel in staat stelt om de opdracht op een kwalitatieve wijze uit te voeren, en geen verhoogd risico inhoudt op uitvoeringsgeschillen. Anderzijds echter strekt deze regeling er ook toe ondernemingen te beschermen, door te voorkomen dat de aanbestedende overheid gedragingen van inschrijvers goedkeurt die het normale spel van de mededinging verstoren. Er mag worden aangenomen dat abnormaal lage prijzen, prijzen zijn waarmee een inschrijver een lager prijsvoorstel doet dan wat economisch voor hem en voor de markt mogelijk is waardoor hij het normale spel van de mededinging verstoort.

In de meegedeelde motieven lijkt niet concreet te worden aangegeven waarom de verwerende partij de argumenten aangebracht door de gekozen inschrijver, die zij louter opsomt, als aanvaardbaar beschouwt om het schijnbaar abnormaal karakter van de totaalprijs, dat volgens de verwerende partij zelf aan die prijs kleeft, weg te nemen.

14. De mededeling van deze motieven via de nota met opmerkingen en het verzoekschrift tot tussenkomst, dus nadat de vordering tot schorsing bij de

Raad van State reeds werd ingediend, maakt de miskennen van de formelemotiveringsplicht niet goed.

De formelemotiveringsplicht beoogt immers de betrokkene in staat te stellen om te oordelen of hij zich op het stuk der motieven zinvol in rechte kan verweren. In de regel betekent dit dat een verzoekende partij over de motieven van de beslissing moet kunnen beschikken, vooraleer zich in rechte te voorzien. De verzoekende partij heeft evenwel pas ter zitting kritiek kunnen uiten op die bijkomend meegedeelde motieven, en in haar verzoekschrift een aantal veronderstellingen dienen te maken om daarop haar middel te kunnen steunen. Het normdoel van de formelemotiveringsplicht lijkt aldus op het eerste gezicht niet bereikt.

15. Het eerste onderdeel van het enig middel is ernstig.

Besluit

16. Het eerste onderdeel van het enig middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv A. tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 5 december 2024 van de verwerende partij waarbij de opdracht voor diensten ‘Makelaarsopdracht pooling verzekeringen van de entiteiten van de Vlaamse overheid’ wordt gegund aan de nv A.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vierentwintig januari tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Patricia De Somere