

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.803 van 18 december 2012
in de zaak A. 207.102/XII-7150**

In zake: de BVBA AON BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel en Virginie Dor
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VANBREDa RISK & BENEFITS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Teerlinck
kantoor houdend te 1000 Brussel
Clovislaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Vlaamse Gemeenschap genomen op onbekende datum, waarbij de overheidsopdracht inzake ‘Makelaarsopdracht pooling van de verzekeringen van de agentschappen [...] evenals voor de instellingen zoals bedoeld in artikel 38

van het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003' (bestek nr. VO/FB/DEP/2012/001/FIM) aan Vanbreda Risk & Benefits NV werd gegund”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 5 december 2012 heeft de nv Vanbreda Risk & Benefits gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 december 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Virginie Dor, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Nathanaëlle Kiekens en Jochen Vranckx, die loco advocaat Frederik Vandendriessche verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten, kort beschreven als “Makelaarsopdracht pooling van de verzekeringen, van de agentschappen zoals omschreven in artikel 10, 11 en 13 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 evenals voor de

instellingen zoals bedoeld in artikel 38 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 14 juni 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 19 juni 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek nr. VO/FB/DEP/2012/001/FIM is van toepassing.

Het voorwerp wordt daarin omschreven als volgt (deel I):

“I.2. VOORWERP EN CLASSIFICATIE OPDRACHT

Zie ook III. Technische voorschriften

Het departement Financiën en Begroting, afdeling Financieel Management, is onder meer verantwoordelijk voor de pooling van de verzekeringen.

De uit te voeren dienst betreft de uitvoering van de makelaarsopdracht inzake de pooling van de verzekeringsovereenkomsten gesloten door of voor rekening van de agentschappen zoals omschreven in artikel 10, 11 en 13 van het Kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 evenals voor de instellingen zoals bedoeld in artikel 38 van het Kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003, met name het beheer van de verzekeringsovereenkomsten gesloten door of voor rekening van voormelde instellingen en 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 agentschappen en instellingen.

De opdrachtnemer plaatst de dekking van de risico's van voormelde agentschappen en instellingen op de markt en zorgt in overeenstemming met de wetgeving overheidsopdrachten voor de administratieve afhandeling van de procedure voor de gunning van de verzekeringspolissen ter dekking van deze risico's, met uitzondering van het nemen van de selectie- en gunningsbeslissing. De aandacht van de opdrachtnemer wordt er expliciet op gevestigd dat de verzekeringspolissen moeten gegund worden in overeenstemming met de wetgeving op de overheidsopdrachten. Deze opdracht wordt exclusief aan de opdrachtnemer toevertrouwd.

De aandacht van de inschrijver wordt er expliciet op gevestigd dat artikel 78 van het KB van 8 januari 1996 hierbij van toepassing is, en er dus een

verbod is van deelname van verbonden ondernemingen aan deze gunningsprocedures voor de verzekeringspolis(sen).

Als bijlage bij onderhavig bestek is tevens een lijst opgenomen waarin exhaustief de agentschappen en instellingen opgelijst staan die vandaag onder de toepassing van het poolingsysteem vallen (verder ‘Agentschappen’). De aandacht van de Inschrijvers wordt erop gevestigd dat deze lijst vatbaar is voor uitbreiding of vermindering.

[...]”.

In de technische voorschriften (deel III) worden de taken van de opdrachtnemer nader omschreven als volgt:

“De taken van de opdrachtnemer

De taken die de opdrachtnemer zal uitvoeren hebben enkel betrekking op de polissen die onder de pooling van de verzekeringen vallen en de agentschappen en instellingen die aangesloten zijn bij de pooling, of de opdrachtgever. Taken die hier geen binding mee hebben, en die niet apart zijn overeengekomen met de opdrachtgever, vallen buiten de onderhavige overheidsopdracht.

De taken van de opdrachtnemer bestaan ondermeer, maar niet uitsluitend uit:

1.1 Het beheer

Het beheer, omvattende ten minste de volledige administratieve, commerciële en technische opvolging van de risico’s en van de gepoolde verzekeringsovereenkomsten.

De opdrachtnemer draagt in ieder geval zorg voor, waar aangewezen in samenwerking met de betrokken verzekeraars:

- het opstellen en controleren van de polisstukken, de bijvoegsels aan de contracten en de premieberichten;
- het noteren, bespreken en desgevallend verwerken van risicowijzigingen die zich voordoen tijdens de looptijd van de polissen;
- het ontvangen van de schade-aangiften en de mededeling ervan aan de verzekeraars, dit inclusief de nodige begeleiding bij de aangifte en verdere behandeling, alsook de behartiging van de belangen van de verzekerde;
- het beheer van de schadegevallen die de in de polis voorziene vrijstellingen overschrijden: aanleggen van dossiers, opvragen en doorzenden van inlichtingen en documenten, het volgen van expertises en

het nemen van alle vereiste acties en/of het adviseren om zo spoedig mogelijk tot een gunstige schaderegeling te komen, in voorkomend geval in overleg met de verzekerde voor diens rekening experts of raadslieden aanstellen, op vraag van de verzekeraar en met het akkoord van de verzekerde en de opdrachtgever kan worden overeengekomen dat voor bepaalde schadegevallen een aangifte rechtstreeks aan de verzekeraar gebeurt;

- het opvolgen en analyseren van de reserveringen. Waar nodig stelt de opdrachtnemer de opdrachtgever tussentijds op de hoogte van specifieke reserveringen en verleent de opdrachtnemer hieromtrent advies en bijstand;
- het opmaken van jaarlijkse overzichten met betrekking tot premiebetalingen en schadestatistieken, inclusief de reserveringen;

De commerciële opvolging omvat onder meer, maar niet exhaustief, zowel naar de opdrachtgever als naar de betrokken agentschappen en instellingen toe:

- het actualiseren van de lopende contracten overeenkomstig de door de agentschappen en instellingen meegedeelde risicowijzigingen;
- het regelmatig doorlichten van de gedekte risico's en het onder de aandacht brengen van belangrijke discrepanties tussen het gedekt risico en de werkelijke risico's;
- het verrichten van onderzoeken naar en bespreken van creatieve oplossingen voor een passend risicobeheer, het opvolgen en voorstellen van nieuwe technieken die het beheer kunnen vereenvoudigen, het formuleren van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering;

De opdrachtnemer zal met de nodige regelmaat, te bepalen volgens de noden van de dossiers of op verzoek van de opdrachtgever, zowel de opdrachtgever als de betrokken agentschappen en instellingen bezoeken.

De technische ondersteuning behelst onder meer:

- de behandeling van de schadegevallen en het behartigen van de belangen van de verzekerde;
- het uitvoeren van inspectiebezoeken, naar de noden van de dossiers of op verzoek van de opdrachtgever;
- het voorstellen van preventie- en protectiesystemen ingevolge inspectiebezoeken van belangrijke risico's door de risico-ingenieurs of -analisten;
- de analyse en inspectie van nieuwe of bijkomende risico's;
- de aanpassing en/of verbetering van de verzekeringswaarborgen.

1.2 Advisering en bijstand

De advisering en bijstand, onder meer met het oog op het bekomen van het meest optimale risico- en verzekeringsbeheer ter dekking van de gepoolde risico's van de agentschappen en instellingen vermeld in de lijst gevoegd als bijlage bij het bestek, omvat onder meer:

- analyse van de risico's van de agentschappen en instellingen vermeld in de lijst gevoegd als bijlage bij het bestek;
- permanente en proactieve opvolging en rapportering van de risico's van de agentschappen en instellingen vermeld in de lijst gevoegd als bijlage bij het bestek;
- het proactief opvolgen van, en rapportering over, de evolutie van de verzekeringsmarkt, zowel inzake premievoorwaarden als inzake waarborgen;
- het bijhouden en aanpassen van het totaal risicobeeld en ook een follow-up van de niet voldoende verzekerde risico's;
- Het aanbieden van een regelmatige informatieoverdracht en opleidingsmogelijkheden. Het onderwerp en de frequentie zal worden opgesteld door de opdrachtgever, na overleg met de opdrachtnemer. De frequentie zal worden vastgesteld op een minimum van 4 en een maximum van 8 algemene informatie- en opleidingsmomenten gedurende de looptijd van de overheidsopdracht, eventueel aan te vullen met kleinschaligere informatie- en opleidingsmomenten die aangepast zijn aan de noden van individuele instellingen of agentschappen.

1.3 (her)aanbesteding van de portefeuille

De opdrachtnemer zorgt voor een begeleiding bij de (her)aanbesteding van de verzekeringsportefeuille. Hiervoor verleent de opdrachtnemer ten minste de volgende diensten:

- Identificatie van de risico's en behoeften (zie ook 1.2 supra);
- Grondige analyse van, en rapportering over, de openstaande reserveringen (zie ook 1.1 supra)
- Het ondernemen van een marktverkenning en marktconsultaties;
- Het verlenen van advies omtrent selectie- en gunningscriteria en portefeuille;
- Het, samen met de opdrachtgever, opmaken van het lastenboek;
- De promotie van de (her)aanbesteding bij de verschillende verzekeraars;
- Het verlenen van advies en bijstand bij de evaluatie van de offertes en de selectie van de verzekeraars;
- Het verlenen van bijstand bij de eventuele onderhandelingen;
- Het verlenen van advies en bijstand bij de te sluiten contracten en SLAs.

De verzekeringen zullen gedurende de looptijd van de onderhavige overheidsopdracht minstens één maal worden (her)aangebested.

Ook kan de opdrachtgever agentschappen en instellingen toevoegen aan of weglaten van de lijst gevoegd als bijlage bij onderhavig bestek, of verzekeringen toevoegen aan of weglaten van de lijst gepoolde verzekeringen. In dit kader kan eveneens een aanbesteding plaats vinden, waarvoor de opdrachtnemer minstens bovenstaande diensten dient te verlenen.

1.4 Rapportering

De opdrachtnemer houdt de opdrachtgever regelmatig op de hoogte over de financiële implicaties van de aanbevelingen, adviezen en dossiers die hij bespreekt met de betrokken agentschappen en instellingen in het kader van de administratieve, commerciële en technische opvolging en van de advisering en bijstand met het oog op het bekomen van het meest optimale risico- en verzekeringsbeheer.

De opdrachtnemer stelt jaarlijks een rapport ter beschikking van de opdrachtgever, en licht deze op verzoek van de opdrachtgever toe, met tenminste volgende inhoud:

- een overzicht van de verrichte activiteiten met aandacht voor beleidssturende informatie;
- een overzicht van de laatst bekende jaarpremies en van het schadeverloop, van de voorgestelde en/of toegepaste preventiemaatregelen en van de uitgevoerde inspecties;
- een evaluatie van de voor het betrokken jaar geplande en uitgevoerde optimaliseringen;
- de voor het komende jaar geplande maatregelen voor optimaliseringen;
- de verbetering van de dienstverlening.

De opdrachtnemer stelt maandelijks een overzicht ter beschikking aan de opdrachtgever van de ontvangen vragen en schadeaangiftes, het onderwerp, de responstijd en het uiteindelijke resultaat. Dit kan desgevallend via het rapporteringssysteem gebeuren.

Op verzoek van de opdrachtgever maakt de opdrachtnemer een tussentijds rapport op dat specifiek toegespitst is op de financiële aspecten van de verzekeringssituatie van de betrokken agentschappen en instellingen. De opdrachtnemer beschikt over een maand, te rekenen vanaf de datum van het verzoek, om dit rapport te bezorgen.”

Artikel I.7 bepaalt dat de opdracht een maximale duur heeft van 4 jaar en aanvangt op 1 januari 2013.

Het bestek stelt de volgende drie gunningscriteria vast en verbiedt vrije varianten (deel II, art. 115):

“De gunningscriteria zijn, samen met het hen toegekende gewicht:

- a) Het prijsvoorstel (55%)
- b) De kwaliteit van de voorgestelde dienstverlening (25%)
- c) De kwaliteit en effectiviteit van het plan van aanpak (20%).”

Het eerste gunningscriterium, prijsvoorstel, wordt in artikel 115 omschreven:

“Gunningscriterium a): Het prijsvoorstel (55%):

Aan de basis van de vergoeding van de opdrachtnemer voor het vervullen van zijn opdracht ligt, conform de weergegeven formule(s) onder III.3 van dit bestek, een jaarlijkse vergoeding. De inschrijver offreert zijn jaarlijkse vaste vergoeding. Deze vergoeding is forfaitair.

[...]

De inschrijver geeft desgewenst eveneens weer voor welke forfaitaire prijs eventuele bijkomende, niet onder de jaarlijkse vergoeding vallende, diensten worden aangeboden. Uiteraard dienen alle onder punt III van dit bestek beschreven prestaties minstens in de jaarlijkse vergoeding te zijn begrepen.

[...]”.

3.4. De offertes worden geopend op 10 augustus 2012. Verzoekende partij, die de zittende dienstverlener is van de in 2007 uitgeschreven soortgelijke opdracht (hierna: “opdracht/bestek 2007”), de nv Marsh en de nv Vanbreda Risk & Benefits dienen een offerte in.

In haar offerte vermeldt verzoekende partij onder meer:

“3.2. Advisering en bijstand met het oog op het bekomen van het meest optimale risico- en verzekeringsbeheer

[...]

In het kader van een optimaal risico- en verzekeringsbeheer wenst Aon hierbij nog drie bijkomende diensten aan te bieden die momenteel niet als standaard in de dienstverlening vervat zitten maar gezien onze ervaring in het verleden als nuttig kunnen beschouwd worden.

3.2.1. Bijkomende verzekeringen die vandaag nog niet gepoold zijn

[...]

3.2.2. Alternatieve vormen van risicofinanciering

Naast het klassieke beheer kan Aon ook een advies verlenen in verband met alternatieve vormen van risicofinanciering in het kader van een ruimer riskmanagement. Aon kan studies verrichten naar de mogelijkheid van alternatieve manieren van verzekeren zoals captive constructies, hedging, etc.

Zo kan bijvoorbeeld een bijkomende retentieanalyse uitgevoerd worden, waar gezocht wordt naar mogelijkheden voor de opdrachtgevers om een deel van de verzekerbare schadelast zelf te financieren met het doel de totale risicokosten te minimaliseren. De uiteindelijke keuze tussen risicoretentie en risico-overdracht (verzekeren) hangt af van diverse factoren, zoals:

- de financiële mogelijkheden van de opdrachtgevers;
- risicoattitude van de opdrachtgevers (zowel politiek als economisch);
- schadeprofiel van de opdrachtgevers;
- de houding van de verzekeringsmarkt.

In 2010 werd er reeds een studie uitgevoerd door Aon voor de oprichting van een eigen captiveconstructie voor brandverzekering. Er kan bijvoorbeeld gekeken worden of de resultaten van de studie vandaag beter zijn en bijgevolg de oprichting van de captive alsnog opportuun is of er bijkomende risico's gecaptiveerd kunnen worden.

3.2.3. Algemeen kader voor de ontwikkeling van (PPS)opdrachten voor de opdrachtgevers [...]"

In haar financieel voorstel vermeldt verzoekende partij voorts:
“De bijkomende diensten, beschreven in punt 3.2., zitten niet vervat in de vergoeding van 98.000€”.

3.5. In het kader van het onderzoek van de offertes vraagt verwerende partij advies aan de afdeling Overheidsopdrachten. Op 31 augustus 2012 adviseert deze afdeling de offerte van verzoekende partij materieel onregelmatig te bevinden wegens een onvolledige prijsopgave en wegens een geformuleerd voorbehoud:

“Onder meer in hoofdstuk III van haar offerte beschrijft Aon haar plan van aanpak voor de uitvoering van de opdracht en (de kwaliteit van) de door haar voorgestelde dienstverlening.

Punt 3.2 van dit hoofdstuk (blz. 21-24) beschrijft de advisering en bijstand m.h.o het bekomen van het meest optimale risico- en verzekeringsbeheer. De deelprestaties die in dit punt worden besproken zijn in het toepasselijke bestek als onderdeel van de opdracht aangeduid (zie punt III.1 ‘De taken van de opdrachtnemer’, meer bepaald punt 1.1 ‘het beheer’ en punt 1.2 ‘Advisering en bijstand’ op blz. 18-19). Het betreft in het bijzonder

prestaties op het vlak van onderzoek en advisering m.b.t. risico's die heden niet door de gepoolde verzekeringen worden gedekt en m.b.t. oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering.

In punt 5.1 ('Financieel voorstel') van hoofdstuk V van haar offerte stelt Aon uitdrukkelijk: 'De bijkomende diensten, beschreven in punt 3.2, zitten niet vervat in de vergoeding van 98.000€'. Zowel uit de bewoordingen van punt 3.2 van haar offerte (zie de 2e alinea op blz. 21), als uit de vergelijking van haar offertesom met die van de overige twee inschrijvers, blijkt eveneens dat Aon de opdracht, zoals die door de aanbestedende overheid werd geconcipieerd en ondubbelzinnig omschreven in het bestek, aldus niet correct heeft ingeschat.

Het bestek verduidelijkt m.b.t. het gunningscriterium 'prijsvoorstel' (blz. 12) immers:

'De inschrijver geeft desgewenst eveneens weer voor welke forfaitaire prijs eventuele bijkomende, niet onder de jaarlijkse vergoeding vallende, diensten worden aangeboden. Uiteraard dienen alle in onderpunt III van dit bestek beschreven prestaties minstens in de jaarlijkse vergoeding te zijn inbegrepen.' (sic)

De aanbestedende overheid dient telkens na te gaan of een inhoudelijke afwijking van de besteksbepalingen enig belang vertoont, dan wel een detailvoorschrift betreft (en dan mogelijk geen onregelmatigheid meebrengt).

De kwestieuze deelprestaties zijn zeker niet gering en worden door de aanbestedende overheid wel degelijk als een onderdeel van de voorliggende opdracht aangeduid. Door voor deze prestaties geen offerteprijs te geven, heeft Aon een voorbehoud gemaakt t.a.v. het voorwerp van de opdracht en de desbetreffende besteksbepalingen. Het in het bestek geformuleerde takenpakket van de opdrachtnemer en de forfaitaire prijs die de inschrijver hiervoor in zijn offerte dient op te geven, zijn uiteraard essentiële elementen van de opdracht.

Door dergelijke inhoudelijke afwijking van het bestek en onvolledige prijsopgave wordt de vergelijkbaarheid van de offertes op ernstige en onherstelbare wijze in gedrang gebracht.

De offerte van Aon kan immers enkel met de regelmatige offertes worden vergeleken indien de prijsopgave zou worden vervolledigd. Dergelijke wijziging van de offerte is i.h.k.v. een algemene offerteaanvraag na de opening van de offertes evenwel niet toegestaan. Artikel 115, voorlaatste lid, van het KB van 8/1/96 bepaalt dat de aanbestedende overheid slecht in contact treedt met de inschrijvers m.h.o. een verduidelijking of aanvulling van de draagwijdte van hun offerte. Deze bepaling houdt niet in dat een inschrijver zijn offerte ook mag wijzigen, zeker niet op essentiële elementen zoals de prijs (zie punt 5.8.1.a van de 'Initiatietekst' op de website van de afdeling Overheidsopdrachten en vgl. bv. Het arrest van 29/4/10 nr.203.348 van de Raad van State). Er is hier zeker ook geen sprake van een kennelijk materiële fout, die overeenkomstig artikel 114, § 1 van het KB van 8/1/96 zou kunnen worden verbeterd.

Besluit: de onvolledige prijsopgave in de offerte van Aon maakt een schending van essentiële besteksbepalingen uit. Deze schending brengt in

voorliggend geval de vergelijkbaarheid van de offertes en zodoende de gelijkheid tussen de inschrijvers in gedrang. De offerte van Aon is bijgevolg materieel onregelmatig omwille van het bevatten van een voorbehoud, en moet overeenkomstig artikel 110, § 2 van het KB van 8/1/96 worden geweerd.”

3.6. In een e-mail van 24 september 2012 deelt verzoekende partij aan verwerende partij mee:

“Bij nazicht van het bestek en van onze ingediende offerte, hebben wij een mogelijke onduidelijkheid vastgesteld aangaande de interpretatie van de volgende passage van het lastenboek:

‘Pag. 19: ..., het formuleren van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering.’

Om elk semantisch misverstand en/of verkeerde interpretatie te vermijden, wensen wij hierbij te benadrukken en te bevestigen dat ‘het formuleren van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering’ wel degelijk integraal deel uitmaakt van en vervat zat in onze basisdienstverlening van onze offerte.

Indien door u wenselijk of noodzakelijk geacht, zullen wij graag onze offerte met betrekking tot deze passage preciseren of aanvullen zoals door artikel 115 van het KB van 18 januari 1996 voorzien wordt voor de procedure van een algemene offerteaanvraag.”

In een e-mail van 25 september 2012 antwoordt verwerende partij:

“Naar aanleiding van uw email van 24 september 2012 hebben wij uw aanbod tot precisering of aanvulling van uw offerte onderzocht.

Na analyse, waaronder een advies van de afdeling Overheidsopdrachten van de Vlaamse Overheid, blijkt dat wij helaas niet op uw aanbod kunnen ingaan.

Binnen de procedure van de overheidsopdrachten, en zeker binnen de procedure offerteaanvraag, vereist de eerlijke mededinging dat de ingediende offertes ongewijzigd blijven om de gelijke behandeling en de vergelijkbaarheid van de ingediende offertes niet in de weg te staan. Artikel 99 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 stelt bovendien dat de inschrijvers zich niet kunnen beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in hun offerte.

Uw aanbod tot precisering, waar de overheid in kader van het door u aangehaalde artikel 115 van het genoemde KB om zou kunnen verzoeken, zou enkel betrekking kunnen hebben op punten waarin de eigenlijke bedoeling van de inschrijver niet achterhaald kan worden door de

aanbestedende overheid. Uit de door u ingediende offerte blijkt, in het kader van het in uw email aangehaalde punt, geen onduidelijkheid.

Immers, punt 3.2 stelt:

‘In het kader van een optimaal risico- en verzekeringsbeheer wenst Aon hierbij nog drie bijkomende diensten aan te bieden die momenteel niet als standaard in de dienstverlening vervat zitten....’

Hieruit blijkt ondubbelzinnig dat de tweede van deze opgesomde diensten, getiteld ‘3.2.2. Alternatieve vormen van risicofinanciering’ als bijkomende dienst moet worden begrepen en hierdoor dus niet als onderdeel van de basisdienstverlening.

Dit wordt ondersteund door de bewoordingen van 5.1, welke benadrukt dat: ‘De bijkomende diensten, beschreven in punt 3.2, zitten niet vervat in de vergoeding van 98.000€’ terwijl deze vergoeding eerder bestempeld wordt als de vergoeding die Aon zal aanrekenen ‘voor het uitvoeren van deze opdracht’.

Onder meer gezien deze bewoordingen van de laatste alinea van punt 3.2 van uw offerte en het expliciete voorbehoud van de laatste alinea van punt 5.1 van uw offerte, is er geen sprake van een onduidelijkheid omtrent de status van bijkomende dienst voor het formuleren van alternatieve vormen van risicofinanciering.

De door u in uw email voorgestelde precisering en/of aanvulling kan in deze context dan ook enkel gezien worden als wijziging van uw offerte.

Op uw aanbod tot aanvulling van uw offerte kan, mede gezien bovenstaande, dan ook niet worden ingegaan.”

In een e-mail van 27 september 2012 reageert verzoekende partij:

“Alvast dank voor uw antwoord. Toch menen wij dat er nog steeds een misverstand bestaat aangaande onze offerte. Staat u mij toe dit verder toe te lichten.

Het lastenboek vermeldt op pagina 19: ‘het formuleren van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering’.

Het formuleren, zijnde het onder woorden brengen van oplossingen, zit wel degelijk vervat in onze offerte, zij het in andere bewoordingen.

Zo omschrijven wij in Punt 3.1.1 Bijstand inzake dagelijks beheer onze dienstverlening als volgt:

- Informatieverstrekking omtrent algemene tendensen op de verzekeringsmarkt, nieuwe verzekeringsformules die de opdrachtgevers kunnen aanbelangen,...
- Bijstand in het beheer van niet-verzekerde risico's
- Advies in verband met verbetering/aanpassing van bestaande polissen
- Risicotechnische informatie en adviezen

Wij menen dan ook dat er een verschil in interpretatie bestaat, waarbij wij het woord ‘formuleren’ hebben geïnterpreteerd als ‘onder woorden brengen’.

Mogen wij u er verder op wijzen dat onze interpretatie gebaseerd is op de huidige manier van samenwerken met de Vlaamse Gemeenschap waar wij steeds adviezen inzake alternatieve risicofinanciering hebben geformuleerd om deze dan, buiten de normale dienstverlening, verder te bestuderen en uit te werken.

Bijgevolg zijn wij van mening dat het aangewezen zou zijn om onze offerte verder te preciseren of aan te vullen zonder dat daardoor het principe van gelijke mededinging of vergelijkbaarheid in gedrang komt.

Deze informatie zien wij dan ook niet als een wijziging van onze offerte maar eerder als een aanvulling of precisering om onze bedoeling te verduidelijken.”

Verwerende partij antwoordt op 3 oktober 2012:

“Naar aanleiding van uw onderstaande mail hebben wij uw verzoek aan (her)evaluatie onderworpen. Zonder op de evaluatie van uw offerte vooruit te willen lopen, kunnen wij u kort aangeven waarom wij nog altijd niet op uw vraag kunnen ingaan.

U geeft aan dat het formuleren van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering wel degelijk in uw offerte vervat zit, en haalt hiervoor enkele punten aan. Om u gemotiveerd van antwoord te kunnen dienen zullen wij deze, door u aangehaalde punten, kort behandelen. Dit mag evenwel op geen enkele wijze gezien worden als (onderdeel van de) evaluatie van uw offerte.

1. ‘Informatieverstrekking omtrent algemene tendensen op de verzekeringsmarkt, nieuwe verzekeringsformules die de opdrachtgevers kunnen aanbelangen,...’. In tegenstelling tot de door u in uw email gegeven interpretatie, zien wij dit als een tegemoet komen aan: ‘het proactief opvolgen van, en rapportering over, de evolutie van de verzekeringsmarkt, zowel inzake premievoorwaarden als inzake waarborgen’ (derde bolletje onder ‘1.2 Advisering en bijstand’ in het bestek op p. 19).
2. ‘Bijstand in het beheer van niet-verzekerde risico’s’ komt overeen met het vierde bolletje van punt 1.2 ‘Het bijhouden en aanpassen van het totaal risicobeeld en ook een follow-up van de niet voldoende verzekerde risico’s’. Niet-verzekerde risico’s die niet gepoold zijn, mogen niet worden begrepen onder de basisopdracht, conform eerste alinea van pagina 18 van het lastenboek. Deze interpretatie is dan ook niet conform het lastenboek. Bovendien is er een duidelijk verschil tussen alternatieve risicofinanciering en ‘niet-verzekerde risico’s’.
3. ‘Advies in verband met verbetering/aanpassing van bestaande polissen’. Uitgaande van uw voorbeeld, namelijk nieuwe

bevoegdheden en hoe de daarmee samenhangende aansprakelijkheid kan verzekerd worden, gaat het hier eerder om wat het bestek bepaald onder ‘1.2 Advisering en bijstand’ en onder het laatste bolletje van 1.1 op p. 18 (actualiseren van lopende contracten ten gevolge van risicowijzigingen), alsmede het vierde bolletje van de technische ondersteuning bij 1.1 (p. 19) (analyse en inspectie van bijkomende risico’s). Bovendien is ook hier een duidelijk verschil tussen alternatieve risicofinanciering en het kwalitatief beheer van bestaande polissen.

4. ‘Risicotechnische informatie en adviezen’. Uw toelichting geeft duidelijk aan dat het hier gaat om wat volgens het bestek de technische ondersteuning behelst (deel van ‘1.1 het beheer’, op p. 19).

Wij kunnen dan ook niet ingaan op uw verzoek, mede onder verwijzing naar onze vorige email.”

3.7. Op 26 oktober 2012 stelt de beoordelingscommissie een gunningsverslag op.

Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes formeel regelmatig bevonden. De offerte van verzoekende partij wordt om de volgende redenen materieel onregelmatig bevonden:

“In haar offerte maakt Aon op pagina 23 onder punt 3.2.2., in samenlezing met pagina 33 onder punt 5.1., een voorbehoud met betrekking tot de diensten in het kader van ‘onderzoek en advisering met betrekking tot oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering’. Deze dienst is expliciet opgenomen in het lastenboek onder punt III.1.1 en III.1.2 (pagina 18/19 van het lastenboek).

De kwestieuze deelprestaties zijn niet gering en werden door de aanbestedende overheid wel degelijk als een onderdeel van de voorliggende opdracht aangeduid. Door voor deze prestaties geen offerteprijs te geven, heeft Aon een voorbehoud gemaakt tav. het voorwerp van de opdracht en de desbetreffende besteksbepalingen.

Het in het bestek geformuleerde takenpakket van de opdrachtnemer en de forfaitaire prijs die de inschrijver hiervoor in zijn offerte dient op te geven, zijn uiteraard essentiële elementen van de opdracht.

Door dergelijke inhoudelijke afwijking van het bestek en onvolledige prijsopgave wordt de vergelijkbaarheid van de offertes op onherstelbare wijze in gedrang gebracht.

De offerte van Aon kan immers enkel met de regelmatige offertes worden vergeleken indien de prijsopgave zou worden vervolledigd.

Dergelijke wijziging van de offerte is in het kader van een algemene offerteaanvraag na de opening van de offertes evenwel niet toegestaan.

Artikel 115, voorlaatste lid, van het KB van 8/1/96 bepaalt dat de aanbestedende overheid slechts in contact treedt met de inschrijvers met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de draagwijdte van hun offerte. Deze bepaling houdt niet in dat een inschrijver zijn offerte ook mag wijzigen, zeker niet op essentiële elementen zoals de prijs.

Er is hier zeker ook geen sprake van een kennelijk materiële fout, die overeenkomstig artikel 114, § 1 van het KB van 8/1/96 zou kunnen worden verbeterd.

De onvolledige prijsopgave in de offerte van Aan maakt een schending van essentiële besteksbepalingen uit. Deze schending brengt in voorliggend geval de vergelijkbaarheid van de offertes en zodoende de gelijkheid tussen de inschrijvers in gedrang.

De offerte van Aon is bijgevolg materieel onregelmatig omwille van het bevatten van een voorbehoud, en moet overeenkomstig artikel 110, § 2 van het KB van 8/1/96 worden geweerd.”

De twee andere offertes worden wel materieel regelmatig bevonden. De offerte van de nv Vanbreda Risk & Benefits omdat de, zo blijkt uit de nota van verwerende partij mondeling, gevraagde verduidelijking over haar opmerkingen bij “preventie” had aangetoond dat het hier geen inhoudelijke afwijking van het bestek betrof. Vervolgens worden de twee regelmatig bevonden offertes getoetst aan de gunningscriteria en wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Vanbreda Risk & Benefits die de hoogste eindscore behaalt.

3.8. Met verwijzing naar de motivering en het besluit van dit gunningsverslag beslist verwerende partij in een niet gedateerd besluit om de voorliggende opdracht toe te wijzen aan de nv Vanbreda Risk & Benefits.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een brief van 7 november 2012 deelt verwerende partij deze beslissing met het gunningsverslag mee aan verzoekende partij.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

6. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige

opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 110, § 2, en 115, zesde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken’, van het gelijkheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel, van het beginsel van het rechtmatige vertrouwen en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het middel, onderverdeeld in twee onderdelen, wordt in het verzoekschrift als volgt samengevat:

“Eerste onderdeel

De bepaling van het bestek was vatbaar voor interpretatie; AON heeft het geïnterpreteerd in overeenstemming met de houding van de aanbestedende overheid in het kader van het vorige contract; de offerte van AON was dus niet aangetast door een substantiële onregelmatigheid.

Tweede onderdeel

Twee van de inschrijvers bevatten een vermeend voorbehoud. De aanbestedende overheid heeft de ene inschrijver (Vanbreda) ondervraagd, op basis van artikel 115 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996, en hem bijgevolg de gelegenheid gegeven zijn voorbehoud recht te zetten of uit te leggen, terwijl zij de andere inschrijver (AON) geweigerd heeft te ondervragen.”

A. Uiteenzetting van het eerste onderdeel

7. In de toelichting bij het eerste onderdeel, onder het opschrift “de bepaling van het bestek was vatbaar voor interpretatie - de offerte van AON was regelmatig gezien een redelijke en logische interpretatie”, betoogt verzoekende partij in de eerste plaats dat “het formuleren van oplossingen voor alternatieve risicofinanciering” tot de bestekstaken van de opdrachtnemer behoort, dat zij dit heeft opgevat als “het onder woorden brengen van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering, zijnde enkel oplossingen voorstellen zonder studies of onderzoeken hieromtrent te verrichten en ze integraal uit te werken” en dat “het voorbehoud in de offerte het verrichten van studies, adviezen en onderzoeken” betreft.

Het zogenaamde “voorbehoud” is volgens de toelichting in haar offerte de verrichting van studies “naar de mogelijkheid van alternatieve manieren van verzekeren zoals captive constructies, hedging, etc”. Het “onder woorden brengen van oplossingen” is wel degelijk vervat in de offerte en in haar jaarvergoeding en dit onder “Informatieverstrekking omtrent algemene tendensen op de verzekeringsmarkt, nieuwe verzekeringsformules die de opdrachtgevers kunnen aanbelangen,... (offerte, pagina 16, eerste bolletje)”, “Bijstand in het beheer van niet-verzekerde risico’s (offerte, pagina 16, derde bolletje)”, “Advies in verband met verbetering/aanpassing van bestaande polissen (offerte, pagina 16, zevende bolletje)” en “Risicotechnische informatie en adviezen (offerte, pagina 16, laatste b)”.

Verzoekende partij meent dat er een verschil is in interpretatie van het bestek, waarbij zij het woord “formuleren” heeft geïnterpreteerd als “onder woorden brengen”, dat wel is inbegrepen in de vergoeding, terwijl de “volledige studies [...] integendeel [zijn] uitgesloten en [...] het voorwerp uit[maken] van een voorbehoud”.

Volgens verzoekende partij werd een soortgelijke bepaling in het bestek 2007 door de partijen steeds geïnterpreteerd als het “formuleren” van oplossingen (zijnde het “onder woorden brengen van” oplossingen) waarbij de studies en onderzoeken met betrekking tot deze oplossingen niet vervat waren in de jaarlijkse vergoeding en waarbij deze studies, onderzoeken en adviezen als bijkomende diensten werden besteld. Door een ander standpunt in te nemen miskent de aanbestedende overheid het beginsel van rechtmatig vertrouwen ten opzichte van verzoekende partij. Ook wijst zij erop dat een prijs bieden voor complete studies onmogelijk kan op het moment dat een aanbestedende overheid nog niet weet welke oplossingen zij verkiest.

Verzoekende partij vermeldt voorts dat verwerende partij in het gunningsverslag zelf stelt dat de litigieuze dienst, namelijk het formuleren van oplossingen, “expliciet (is) opgenomen in het bestek onder punt III.1.1 en III.1.2 (pagina 18/19 van het lastenboek)”. Die punten III.1.1 en III.1.2 bevatten “19 bolletjes”, onder meer “de elementen gewezen door de aanbestedende overheid in haar antwoord aan verzoekende partij”. Uit de lezing zelf van de aanbestedende

overheid blijkt aldus volgens verzoekende partij dat het punt “oplossingen formuleren inzake alternatieve risicofinanciering” ook onder andere “bolletjes” vervat was. Men kon dus op het litigieuze punt antwoorden door een antwoord te geven dat ook aan de andere “bolletjes” tegemoet kwam, zoals zij heeft gedaan.

Zij besluit inzake dit eerste onderdeel:

“De interpretatie van AON was logisch en beantwoordde aan de bewoordingen van het bestek en was ook in lijn met de interpretatie gegeven aan deze bepaling door de aanbestedende overheid in het kader van het vorige contract dat dezelfde bepaling bevatte. De offerte was dus niet onregelmatig. De aanbestedende overheid moest tenminste de inschrijver ondervragen met betrekking tot het vermeende voorbehoud, wat geen wijziging van de offerte met zich mee zou hebben gebracht.

Gelet op de onduidelijkheid van de eis van de aanbestedende overheid (aangetoond door de bewoordingen van het gunningsverslag zelf en de houding van de aanbestedende overheid in het vorige contract) en het geringe karakter van het voorbehoud (deel van één bolletje op 33) kon de aanbestedende overheid niet zomaar van oordeel zijn dat de offerte aangetast was door een substantiële onregelmatigheid.

Door de onregelmatigheid als substantieel te beschouwen zonder de uitleg van de inschrijver in acht te nemen (uitleg die geen wijziging van de offerte met zich mee bracht) heeft de aanbestedende overheid artikel 110, §2 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden evenals de bepalingen en beginselen in het middel opgesomd.”

Beoordeling van het eerste middelonderdeel

8. In essentie is hier de vraag aan de orde of “het formuleren van oplossingen voor alternatieve risicofinanciering” door verzoekende partij werd opgenomen in de offerte als onderdeel van die vaste jaarvergoeding. Volgens verzoekende partij is dit het geval nu het bestek vatbaar was voor interpretatie en het volgens een redelijke en logische interpretatie enkel het “onder woorden brengen van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering” bedoelt, dit is oplossingen voorstellen zonder studies of onderzoek hieromtrent te verrichten en ze integraal uit te werken. Dit “onder woorden brengen van oplossingen” valt onder haar vaste jaarvergoeding en niet onder de bijkomende diensten, die, zoals zij zelf erkent, niet vervat zijn in die jaarvergoeding en het verrichten van studies, adviezen en onderzoeken betreffen.

9. In de huidige stand van het geding mag worden vastgesteld dat verzoekende partij in punt 5.1 van haar offerte zelf de jaarlijkse vergoeding vermeldt die zij “voor het uitvoeren van deze opdracht” zal aanrekenen, dat de jaarlijkse vergoeding “de dienstverlening [voorziet] zoals beschreven in hoofdstuk 3 met inbegrip van het gebruik van het AonLine als datamanagementsysteem”, maar ook dat de “bijkomende diensten, beschreven in punt 3.2” niet in die vergoeding zitten vervat.

Onder dit punt 3.2 verwijst zij vervolgens in 3.2.2 als volgt naar “Alternatieve vormen van risicofinanciering”:

“Alternatieve vormen van risicofinanciering

Naast het klassieke beheer kan Aon ook een advies verlenen in verband met alternatieve vormen van risicofinanciering in het kader van een ruimer riskmanagement. Aon kan studies verrichten naar de mogelijkheid van alternatieve manieren van verzekeren zoals captive constructies, hedging, etc.
[...].”

Aldus lijkt zij in de eerste zin het verlenen van advies inzake alternatieve vormen van risicofinanciering zelf niet als klassiek beheer te beschouwen maar als een bijkomende niet in de jaarvergoeding begrepen dienst, en geeft zij in de tweede zin aan dat zij in dat kader ook studies kan verrichten.

Op het eerste gezicht lijkt het “onder woorden brengen” van oplossingen, dat volgens verzoekende partij wel onder haar vaste jaarlijkse vergoeding valt, ook een vorm van advies; een “oplossing” lijkt in de spraakgebruikelijke betekenis trouwens een “beredeneerd antwoord op een vraagstuk”. *Prima facie* kan bezwaarlijk worden ingezien hoe dan het onder woorden brengen van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering wel als basisdienst in de offerte zou zijn opgenomen, maar het voorafgaand onderzoek niet.

In de huidige stand van het geding wordt dan ook aangenomen dat het formuleren van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering, zelfs beperkt tot het onder woorden brengen van oplossingen zoals verzoekende partij

de voormelde besteksbepaling interpreteert, in haar offerte onder die bijkomende dienst valt en dus niet, zoals het bestek voorschreef, onder de vaste jaarvergoeding.

10. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat dit “onder woorden brengen van oplossingen” is begrepen onder andere taakomschrijvingen in haar offerte, waarna zij de elementen vermeld in haar e-mail van 27 september 2012 herneemt, wordt in de huidige stand van het geding niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat dit het geval is. Verzoekende partij lijkt de repliek van verwerende partij verwoord in de e-mail van 3 oktober 2012 niet te weerleggen.

11. Overigens valt het op dat verzoekende partij in haar offerte voor de opdracht 2007 de gelijkaardige besteksbepaling in het bestek 2007 in haar offerte herneemt onder de “in het lastenboek omschreven taken” onder haar “module 1 Permanente adviezen en bijstand op gebied van risicobeheer en verzekeringen”, terwijl zij dit niet meer doet in de voorliggende offerte, maar integendeel “alternatieve vormen van risicofinanciering” als bijkomende dienst vermeldt. Die omschrijving in haar offerte voor de opdracht 2007 lijkt te bevestigen dat dit volgens verzoekende partij wel een vorm van adviesverlening was, die zij nu uitdrukkelijk uitsluit.

Verzoekende partij laat ook na haar bewering dat er studies, onderzoeken en adviezen inzake alternatieve risicofinanciering afzonderlijk zouden zijn besteld in uitvoering van de opdracht 2007, te staven.

12. In de huidige stand van het geding blijkt aldus niet dat verwerende partij ten onrechte van oordeel was dat het formuleren van oplossingen inzake alternatieve risicofinanciering bij de offerte van verzoekende partij niet in de vaste jaarvergoeding begrepen was, zelfs niet beperkt tot het onder woorden brengen van die oplossingen zoals verzoekende partij die besteksbepaling interpreteert. De mededeling van verzoekende partij dat dit laatste wel inbegrepen was, lijkt dan ook een wijziging van de offerte die de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt en een substantiële onregelmatigheid uitmaakt.

Het onderdeel is niet ernstig.

B. Uiteenzetting van het tweede onderdeel

13. In het tweede onderdeel, onder het opschrift “schending van het gelijkheidsbeginsel”, voert verzoekende partij aan dat de aanbestedende overheid tussenkomende partij heeft ondervraagd, op basis van artikel 115, zesde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ook al bevatte die offerte een mogelijk voorbehoud. Zij heeft echter geweigerd dit artikel 115, zesde lid, toe te passen voor verzoekende partij met betrekking tot een vermeend voorbehoud in haar offerte.

Beoordeling van het tweede middelonderdeel

14. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat uit het niet ernstig bevinden van het eerste middelonderdeel blijkt dat verzoekende partij niet heeft aangetoond dat verwerende partij ten onrechte haar offerte onregelmatig heeft verklaard.

Verzoekende partij toont niet aan zich in een vergelijkbare toestand met de tussenkomende partij te bevinden aangezien in het gunningsverslag over deze offerte wordt opgemerkt dat deze geen voorbehoud bevat.

Overigens heeft verzoekende partij op eigen initiatief uitleg aan verwerende partij gegeven zodat zij niet onmiddellijk aantoonde welk nadeel zij heeft ondergaan doordat verwerende partij niet opnieuw uitleg vroeg. Zij geeft ook niet aan dat zij een andere uitleg zou hebben gegeven dan die welke zij reeds had gegeven.

15.1. Ter terechtzitting lijkt verzoekende partij, na inzage van het advies van de afdeling Overheidsopdrachten van 31 augustus 2012, aan te klagen dat er blijkbaar in de offerte van tussenkomende partij wel een voorbehoud was vermeld doordat “preventie” niet in het basispakket van de opdracht is opgenomen; nochtans werd de offerte van tussenkomende partij regelmatig verklaard. Ook merkt zij op dat tussenkomende partij blijkbaar mondelinge toelichting heeft verstrekt aan de aanbestedende overheid die de offerte alsdan aanvaardde en dat hierover geen stukken terug te vinden zijn in het dossier wat een schending van de formele-motiveringsplicht zou uitmaken.

15.2.1. In de eerste plaats merkt de Raad van State op dat in het gunningsverslag waarover verzoekende partij beschikte bij de redactie van haar verzoekschrift, over de materiële regelmatigheid van de offerte van tussenkomende partij enkel wordt opgemerkt en dit zonder verdere toelichting, dat er geen inhoudelijke afwijking van de besteksbepalingen aanwezig is. Verzoekende partij was dienvolgens in staat in haar verzoekschrift zelf de thans pas aangevoerde schending van de formele-motiveringsplicht in te roepen zodat haar kritiek als niet-tijdig wordt afgewezen.

15.2.2. In dezelfde orde van gedachten dient in de huidige stand van het geding ook de kritiek van verzoekende partij te worden verworpen voor zoverre deze betrekking heeft op het feit dat het zogenaamde voorbehoud bij de offerte van tussenkomende partij anders behandeld werd dan haar voorbehoud. Verzoekende partij moet worden geacht aan de hand van het gunningsverslag over voldoende elementen te hebben beschikt om minstens een aanzet te hebben kunnen geven voor deze kritiek; dit heeft zij niet in haar verzoekschrift gedaan; zoals gezien heeft zij zich hierin beperkt tot het aanklagen dat zij niet werd ondervraagd over haar eigen offerte.

16. Het onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

17. Geen van beide onderdelen van het enige middel zijn ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Vanbreda Risk & Benefits tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt 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 175 euro.

De tussenkomenende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra