

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.047 van 30 januari 2015
in de zaak A. 214.608/XII-7791**

In zake: de NV CONCOR FACILITY SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Mommaerts
kantoor houdend te 3000 Leuven
Brusselsesteenweg 62
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELS INSTITUUT VOOR MILIEUBEHEER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel, Valentine de Francquen en
Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Brussels Instituut voor Milieubeheer van 28 november 2014 betreffende het gunnen van een opdracht voor schoonmaak en ecologisch onderhoud van de lokalen van Leefmilieu Brussel externe sites waarbij verzoekster uitgesloten werd en een andere firma geselecteerd werd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 januari 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Mommaerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Virginie Dor, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Het Brussels Instituut voor Milieubeheer schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp de “schoonmaak en ecologisch onderhoud van de lokalen van leefmilieu Brussel externe sites”.

De opdracht wordt gegund met een open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 31 januari 2014. De opdracht wordt ook bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 5 februari 2014.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “Schoonmaak en ecologisch onderhoud van de lokalen van leefmilieu Brussel externe sites – 2013 006 001”.

De opdracht is onderverdeeld in zeven percelen, al naargelang de site waar de schoonmaak en het ecologisch onderhoud dient te gebeuren.

Er worden door acht inschrijvers offertes ingediend voor één of meer percelen. De verzoekende partij dient een offerte in voor alle percelen.

3.3. Op 11 augustus 2014 wordt een gunningsverslag opgesteld. De verzoekende partij wordt geselecteerd. Bij het materieel nazicht van de offertes wordt haar offerte echter voor elk perceel als substantieel onregelmatig beschouwd.

Na vergelijking van de regelmatige offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt voorgesteld perceel 1 te gunnen aan de inschrijver Emonet en de overige percelen aan BSC Cleaning.

3.4. Bij beslissing van 28 november 2014 hecht de Brusselse minister van leefmilieu haar goedkeuring aan het voorstel tot gunning.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Per e-mail en aangetekend schrijven van 22 december 2014 laat het Brussels Instituut voor Milieubeheer aan de verzoekende partij weten dat haar offerte niet regelmatig was en de opdracht is gegund aan een andere inschrijver, op deze wijze:

“Uw offerte (Perceel 1, 2, 3, 4, 5, 6 en 7) was niet regelmatig om volgende reden(-en):

De offerte van de inschrijver vermeldt uitdrukkelijk zijn algemene verkoopsvoorwaarden die voorbehouden bevatten (betalingstermijn, stilzwijgende verlenging, opzegging, enz.) met betrekking tot de wetgeving betreffende overheidsopdrachten. De offerte van Concor Cleaning Services wordt bijgevolg als onregelmatig beschouwd, omdat de offerte als substantieel onregelmatig geldt.”

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte

of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

5. Het enige middel van de verzoekende partij luidt:

“Schending van het artikel 95, § 3 van het KB van 15 juli 2011 tot ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals o.a. het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Doordat verweerster de offerte van verzoekster als substantieel onregelmatig beschouwt omdat verzoekster voorbehouden heeft geformuleerd door haar algemene verkoopsvoorwaarden toe te voegen aan de offerte.

Terwijl uit voormeld artikel en de rechtspraak van de Raad van State volgt dat dit niet leidt tot een substantiële onregelmatigheid, dewelke automatisch de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft.”

De verzoekende partij betoogt in een toelichting dat het formuleren van een voorbehoud slechts als een niet-substantiële onregelmatigheid mag worden beschouwd en dat zij bovendien niet de bedoeling had haar algemene verkoopsvoorwaarden toepasselijk te maken op de aanbesteding en dat deze voorwaarden standaard worden vermeld op elke offerte uitgaande van de verzoekende partij.

Zij wijst er ook op dat zij voorheen reeds heeft gewerkt voor de verwerende partij en toen op dezelfde wijze haar algemene voorwaarden bezorgde. Dit stelde toen geen probleem omdat de verwerende partij haar eigen algemene voorwaarden van toepassing verklaarde op de verbintenis tussen de partijen.

Met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State, meent de verzoekende partij dat wanneer uit de context blijkt dat de inschrijver niet de bedoeling had zijn algemene voorwaarden als toepasselijk te beschouwen ter vervanging van de voorwaarden van het bestek, er redelijkerwijze van kan worden uitgegaan dat dit een beslissing tot substantiële onregelmatigheid niet kan verantwoorden. Bovendien zou het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ uitdrukkelijk bepalen dat een voorbehoud niet mag worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid zodat de offerte van de verzoekende partij niet om dergelijke reden als nietig mag worden beschouwd.

Beoordeling

6. Het geschonden geachte artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ zoals te dezen van toepassing bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.”

7. Met betrekking tot de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij, wordt in de bestreden gunningsbeslissing het gunningsverslag bevestigd, dat voor elk van de zeven percelen, wat het “materieel nazicht van de offertes” betreft, vermeldt:

“De offerte van de inschrijver vermeldt uitdrukkelijk zijn algemene verkoopsvoorwaarden die voorbehouden bevatten (betalingstermijn, stilzwijgende verlenging, opzegging enz.) met betrekking tot de wetgeving betreffende overheidsopdrachten. De offerte van Condor Cleaning Services wordt bijgevolg als onregelmatig beschouwd, omdat de offerte als substantieel onregelmatig geldt.”

8.1. Te dezen kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij op bladzijde 20 van haar offerte, onder de titel “3. Le Prix”, waar zij de wijze van samenstelling van haar prijs weergeeft, tevens vermeldt:

“3.2. Conditions générales de vente

Les conditions générales de ventes de Concor Cleaning Services sa, comme mentionnées sur la page suivante, sont en vigueur.”

Door de verwerende partij in haar nota vrij vertaald als:

“De algemene verkoopsvoorwaarden van Concor Cleaning Services nv, zoals vermeld op de volgende pagina, zijn van kracht.”

8.2. Bladzijden 21 tot 23 van haar offerte bevatten vervolgens de algemene verkoopsvoorwaarden van de verzoekende partij.

Artikel 1 van deze verkoopsvoorwaarden bepaalt onder meer:

“Les présentes conditions générales de vente s’appliquent à toutes les offres et commandes, même lorsque celles-ci sont en contradiction avec les conditions d’achat générales ou particulières du client. Le client est considéré les avoir acceptées par le simple fait de passer une commande.”

Vrij vertaald door de verwerende partij in haar nota als:

“De hierna vermelde algemene verkoopsvoorwaarden zijn toepasselijk op alle offertes en bestellingen, zelfs wanneer zij contradictoir zijn met de algemene of bijzondere verkoopsvoorwaarden van de cliënt. De cliënt wordt geacht deze te aanvaarden door eenvoudigweg een bestelling te plaatsen.”

8.3. Op bladzijde 65 van de offerte, onmiddellijk voorafgaand aan de bijlage A met het inschrijvingsformulier is tevens een document gevoegd, getiteld “contrat” waarop wordt vermeld:

“il a été convenu de ce qui suit dans l’offre de prix avec référence OPCOBXL/DP/YH/20140312/1, ci-incluse et ce, en vertu de nos conditions de vente spéciales et générales.”

Opnieuw wordt hier aldus duidelijk verwezen naar de algemene verkoopsvoorwaarden van de verzoekende partij die contractueel zouden zijn overeengekomen en die van toepassing zouden zijn op het voorliggende prijsvoorstel.

9. Gelet op deze feitelijke gegevens lijkt de aanbestedende overheid niet buiten de grenzen van de redelijkheid te zijn getreden of

onzorgvuldig te hebben gehandeld door aan te nemen dat de verzoekende partij de bedoeling had haar algemene voorwaarden van toepassing te verklaren in haar offerte. De algemene verkoopsvoorwaarden lijken genoegzaam deel uit te maken van de offerte.

In dit zin lijkt met de verwerende partij te mogen worden vastgesteld dat de feiten te dezen dan ook wezenlijk anders zijn dan in de rechtspraak van de Raad van State waar de verzoekende partij naar verwijst, maar daarbij zelf vermeldt dat aldaar de inschrijver “niet de bedoeling heeft gehad” verkoopsvoorwaarden als toepasselijk te beschouwen ter vervanging van besteksvoorwaarden.

De verzoekende partij heeft te dezen op eigen initiatief en zonder enige aanleiding daartoe haar algemene verkoopsvoorwaarden integraal in haar offerte opgenomen en verwijst zoals hiervoor vastgesteld bijkomend op diverse plaatsen in haar offerte naar de toepasselijkheid van deze algemene verkoopsvoorwaarden.

10. Het feit dat de verzoekende partij haar voorwaarden standaard zou vermelden op elke van haar uitgaande offerte, lijkt aan deze vaststellingen niets af te doen. Zoals vastgesteld, blijken de verkoopsvoorwaarden integraal opgenomen te zijn in de offerte, waarbij op de bladzijden met de verkoopsvoorwaarden tevens een bladzijdenummer werd aangebracht met doornummering van de bladzijden doorheen de gehele offerte zodat de verkoopsvoorwaarden bijvoorbeeld niet louter per vergissing als een addendum lijken te zijn gevoegd. Bijkomend wordt er op twee plaatsen in de offerte uitdrukkelijk verwezen naar deze verkoopsvoorwaarden. Voor zover in die omstandigheden al zou kunnen worden aangenomen dat het om een vergetelheid van de verzoekende partij zou gaan, dient te worden vastgesteld dat op de inschrijver de plicht rust zijn offerte op zorgvuldige wijze op te stellen.

Ook het feit dat de verzoekende partij ook in het verleden reeds zou gewerkt hebben voor de verwerende partij en op dezelfde wijze haar algemene voorwaarden bij haar offerte zou hebben gevoegd, lijkt aan deze vaststellingen niets af te doen. Zoals de verwerende partij terecht betoogt dient de aanbestedende

overheid voor elke opdracht afzonderlijk de regelmatigheid van de ingediende offertes te onderzoeken.

11. Gelet op hetgeen voorafgaat lijkt het niet vast te staan dat de verzoekende partij door het indienen van de offerte instemde met alle voorwaarden van het bestek en zich ertoe verbond de opdracht overeenkomstig die besteksregels uit te voeren. Integendeel week zij in haar offerte, door het daarin opnemen van eigen algemene voorwaarden, af van de besteksvoorwaarden en de toepasselijke regelgevingen. De verwerende partij lijkt daarbij niet ten onrechte te doen gelden dat deze afwijkingen ook betrekking hebben op besteksbepalingen die als essentieel kunnen worden beschouwd in de zin van het geschonden geachte artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, omdat zij onder meer de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengen. In haar verzoekschrift betwist de verzoekende partij op zich ook niet dat haar algemene verkoopsvoorwaarden afwijken van essentiële bepalingen van het bestek, maar stelt zij slechts dat het niet haar bedoeling was haar algemene verkoopsvoorwaarden van toepassing te verklaren.

Zo dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat de algemene verkoopsvoorwaarden van de verzoekende partij op het eerste gezicht lijken af te wijken van de in het bestek bepaalde gestanddoeningstermijn.

Artikel I.9 van het bestek bepaalt dat de gestanddoeningstermijn voor de offertes wordt vastgelegd op 120 kalenderdagen, te rekenen vanaf de uiterste datum van ontvangst.

In de algemene verkoopsvoorwaarden, artikel 2, van de verzoekende partij wordt bepaald:

“Toutes nos offres ne sont valables qu’après confirmation écrite par notre Direction et ceci pour une période d’un mois. Il nous sera permis, à tout moment, de rectifier toute erreur matérielle éventuelle de nos services, sans possibilité pour le client d’user de droits quelconques dans l’erreur matérielle commise.”

Vrij vertaald door de verwerende partij in haar nota als:

“Al onze offertes zijn slechts geldig na schriftelijke goedkeuring gegeven door onze directie en dit voor een periode van een maand. Het is ons toegestaan, op elk moment, om elke voorkomende materiële fout te verbeteren, zonder mogelijkheid voor de cliënt om op enigerlei wijze gebruik te maken van de rechten die volgen uit de begane materiële fout.”

Op het eerste gezicht wordt er geen andere gestanddoeningstermijn vermeld in de offerte. De verzoekende partij moet aldus geacht worden een gestanddoeningstermijn van één maand te hebben verbonden aan haar offerte.

Een inschrijver die een kortere gestanddoeningstermijn verbindt aan zijn offerte, neemt minder prijsrisico op zich dan de andere inschrijvers die zich wel hielden aan de gevraagde termijn zodat deze termijn als een essentiële besteksbevestiging moet worden beschouwd (arrest van de Raad van State van 18 mei 2010, nr. 203.933).

Deze vaststelling lijkt op zich dan ook reeds te volstaan om aan te nemen dat de verwerende partij terecht de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig mocht weren.

12. Ten overvloede lijkt de verwerende partij er voorts ook terecht op te wijzen dat de door de verzoekende partij toepasselijke verklaarde algemene verkoopsvoorwaarden ook afwijkingen bevatten met betrekking tot onder meer de in het bestek bepaalde prijsherzieningsclausule en de in het bestek voorgeschreven betalingstermijn.

Wat betreft bijvoorbeeld de prijsherzieningsclausule, wordt in het bestek bepaald:

“I.11 Prijsherzieningen

De prijsherziening wordt berekend met volgende formule:

Prijsherziening = herzieningscoëfficiënt (k) * herzienbaar gedeelte

$k = 1 * ipc/IPC + 0$

CPI= consumptieprijsindex op de dag van de opening van de offertes.

cpi= dezelfde index op de aanvangsdatum van de maandelijkse periode van het voorschot.”

In de algemene verkoopsvoorwaarden van de verzoekende partij, gevoegd bij de offerte en waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen bij de omschrijving van de prijssamenstelling, wordt daarentegen bepaald:

“Nos prix couvrent les traitements et salaires, les cotisations sociales, les produits, le matériel, le travail d'inspection, de formation, de primes et les frais généraux en vigueur chez Concor ou ses sous-traitants éventuels à la date de l'offre. En cas de nouvelle réglementation ou de modification d'un de ces éléments, les prix seront automatiquement et proportionnellement adaptés, sans avis préalable.”

Door de verwerende partij vrij vertaald in haar nota als:

“Onze prijzen omvatten de behandelingen en lonen, de sociale bijdrages, de producten, het materiaal, het inspectiewerk, de opleidingen, de premies en de algemene kosten van kracht bij Concor of zijn onderaannemers op de datum van de offerte. In voorkomend geval van nieuwe reglementering of wijziging van een van deze elementen, zullen de prijzen automatisch en proportioneel worden aangepast, zonder voorafgaandelijk advies.”

Zoals de verwerende partij terecht betoogt, lijken de voorwaarden voor prijsherziening, opgenomen in de algemene verkoopsvoorwaarden van de verzoekende partij, ruimer te zijn dan de prijsherzieningsclausule opgenomen in het bestek.

Dergelijke afwijkingen hebben betrekking op de prijs, essentieel element van de opdracht, zodat mag worden aangenomen dat dergelijke afwijkingen leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte (arrest van de Raad van State van 6 mei 2010, nr. 203.753).

Het lijkt aldus niet aangetoond dat de aanbestedende overheid, door in de bestreden beslissing te oordelen dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig was omdat de offerte uitdrukkelijk algemene verkoopsvoorwaarden vermeldde die voorbehouden bevatten, zoals met betrekking tot de betalingstermijn, stilzwijgende verlenging en opzegging, zou

hebben gehandeld met schending van de beginselen van redelijkheid en zorgvuldigheid, noch dat zij het artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ zou hebben geschonden.

Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

13. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VII. Rechtsplegingsvergoeding

14.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

14.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, is krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige.

Dit artikel 67, § 1, bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de

overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.”

14.3. Er is aldus grond om met toepassing van deze bepaling te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 januari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest