

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.734 van 13 december 2016
in de zaak A. 220.691/XII-8259**

In zake: de NV OTIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
Philip De Coninck
met zetel te 1702 Dilbeek
Schepen A. Gossetlaan 28/A
waar woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD WAREGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Goossens en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 november 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing op donderdag 27 oktober 2016 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Waregem [...] om overheidsopdracht ‘Tuighuis, nieuwe burelen en refter, Lot 4/Lift’ toe te wijzen aan het eveneens in Waregem gevestigd zijnde Coopman Orona na de laagste offerte die van [nv Otis] kwam als onregelmatig beschouwd te hebben”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 november 2016, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Philip De Coninck en Peter Poelman, die verschijnen als vertegenwoordigers van de verzoekende partij, en advocaat Tom Villé, die eveneens *loco* advocaat Wim Goossens verschijnt voor de verwerende 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. De verwerende partij schrijft een opdracht van werken uit, op 10 februari 2016 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en deze is volgens de verwerende partij in haar nota een “louter Belgische opdracht”.

De gekozen gunningswijze is de open aanbesteding en het bijzonder bestek “Bouwen van nieuwe burelen en magazijn – tuighuis – Perceel 4: lift”, met Architecten- en Ingenieursbureau Dominiek Depoortere “als ontwerper”, is van toepassing. Deze laatste werd op 8 april 2015 door het college van burgemeester en schepenen van de stad Waregem als ontwerper aangesteld.

3.2. Rubriek 1.2.4 “Opmaken van de offerte” van deel 1 van het bestek bepaalt onder “Artikel 80 & 82” onder meer:

“ Iedere vermelding die strijdig is met het door de aanbestedende overheid en/of ontwerper vastgestelde formulier moet als niet geschreven worden beschouwd, met uitzondering van de posten waarvan de hoeveelheden

werden gewijzigd overeenkomstig art. 96, par. 2 van het KB van 8 januari 1996 en die, samen met de eventuele aangevulde leemten, in een nota bij de offerte worden verantwoord.”

Artikel 81 bepaalt onder meer :

“Alle bescheiden en nota’s die bij de offerte worden gevoegd moeten worden gedagtekend en ondertekend onder de vermelding ‘Opgemaakt door ondergetekende om gevoegd te worden bij zijn offerte van heden’.”

Luidens rubriek 1.2.8 “Verbintenistermijn” van deel 1 van het bestek “blijven [de inschrijvers] gebonden door hun offerte gedurende een termijn van 180 kalenderdagen, ingaande de dag na de zitting voor de opening van de offertes”.

3.3. De offertes worden geopend op 22 maart 2016 om 15u30. De verzoekende partij, de nv Coopman Orona en de nv Schindler dienen elk een offerte in. De voorgestelde offertebedragen, btw inbegrepen, zijn :

- de nv Otis: 27.165,71 euro
- de nv Coopman Orona: 27.527,50 euro
- de nv Schindler: 27.597,92 euro.

3.4. Met een e-mailbericht van 14 september 2016 vraagt de ontwerper de verzoekende partij of zij bereid is de “gestanddoeningstermijn” van haar offerte met 30 kalenderdagen te verlengen nu deze binnenkort verloopt. De verzoekende partij antwoordt bevestigend in een e-mailbericht van 15 september 2016. De nv Coopman Orona van haar kant bevestigt met een brief gedateerd 20 oktober 2016 de “gestanddoeningstermijn” van haar offerte te verlengen tot “december 2016”.

3.5. In een verslag van nazicht van 25 oktober 2016 adviseert de ontwerper de verzoekende partij als onregelmatig te weren en de opdracht te gunnen aan de nv Coopman Orona. De onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij wordt als volgt gemotiveerd :

“Offerte conform het bestek
Zie onderstaande tabel

Inschrijver 1 Otis nv heeft bij de officiële offerteformulieren eveneens een eigen offerte toegevoegd, met daarbij ook algemene en specifieke voorwaarden. Doordat deze algemene voorwaarden door zijn genummerd, kan worden afgeleid dat deze met intentie aan de offerte zijn toegevoegd. Aangezien deze algemene voorwaarden bij eerste opzicht al afwijken van de voorwaarden van het bestek, lijkt het noodzakelijk om firma Otis te weren.

Zo is bijvoorbeeld de prijsherzieningsformule die in de eigen offerte is opgenomen niet conform met deze in het bestek (a:0.55 ipv 0.40).

Ook de betalingsvoorwaarden (30 dagen na factuur) kunnen in tegenstrijd zijn met de algemene regels omtrent verificatie- en betalingstermijn.

Ook het eigendomsvoorbehoud (art. 7 algemene voorwaarden) is in tegenstrijd met de voorwaarden van het bestek. Om die reden dient ons inziens Otis te worden geweerd.”

3.6. Op 27 oktober 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Waregem de opdracht te gunnen aan de nv Coopman Orona.

Dit is de bestreden beslissing die onder meer luidt:

“85. Voorwerp: Tuighuis, nieuwe burelen en refter, Lot 4/Lift: goedkeuren toewijzing
Het College,
[...]

Gelet op het besluit van de Gemeenteraad in zitting van 12 januari 2016, waarin het ontwerp goedgekeurd werd voor de nieuwe burelen en refter in het Tuighuis, Lot 4/Lift, en de wijze van gunnen werd vastgesteld op open aanbesteding;

Overwegende dat volgende firma's hiervoor een offerte hebben ingediend: Otis nv, Dilbeek; Schindler nv, Zwijndrecht; Coopman Orona, Waregem;
Overwegende dat de offerte van de firma Otis nv als onregelmatig beschouwd wordt, aangezien ze hun eigen algemene verkoopsvoorwaarden toevoegden aan hun prijsopgave, waaronder afwijkende betalingsvoorwaarden;

Gelet op het verslag van mededinging, opgemaakt door de ontwerper Dominiek Depoortere, en voorgelegd aan het College in zitting van 27 oktober 2016 waaruit blijkt dat de laagste regelmatige offerte werd ingediend door de firma Coopman Orona, Mannebeekstraat 3, 8790 Waregem, voor een totaalbedrag van 22 750,00 euro excl. BTW, te vermeerderen met 21% BTW (= 4 777,50 euro), te voldoen door medecontractant.”

3.7. Met een aangetekende brief gedateerd 27 oktober 2016 en blijkens de poststempel verzonden op 28 oktober 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het college van burgemeester en schepenen op 27 oktober 2016 de opdracht heeft gegund aan een andere inschrijver, alsook:

“Wij wensen u ook te informeren over het feit dat uw offerte niet regelmatig was, doordat eigen algemene verkoopsvoorwaarden toegevoegd werden aan jullie prijsopgave, waaronder afwijkende betalingsvoorwaarden.”

De gemotiveerde beslissing wordt bijgevoegd maar, zo lijkt, niet het verslag van nazicht.

Tevens wordt meegedeeld dat een wachttermijn van 15 kalenderdagen in acht zal worden genomen.

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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

5. De verzoekende partij formuleert vier middelen. Gelet op het verband tussen het tweede, derde en vierde middel, die in essentie de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij zelf betreffen, zullen ze samen worden besproken. Bij afwijzing van deze middelen zal dan de vraag rijzen naar het belang voor de verzoekende partij bij het eerste middel, dat de gestanddoeningstermijn betreft. Dit middel zal bijgevolg als laatste worden besproken.

A. Tweede, derde en vierde middel

Uiteenzetting van de middelen

6.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 92 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’(hierna: koninklijk besluit Plaatsing) “en/of” van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: formele-motiveringswet) en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

In essentie betwist de verzoekende partij in dit middel op de eerste plaats dat zij haar algemene verkoopsvoorwaarden bij haar offerte voegde. Zij betoogt tevens dat, aangezien de verwerende partij in haar motivering geen melding maakt van “een check als de gecontesteerde documenten wel degelijk bij de opening in het dossier zaten noch of deze correct getekend zijn met de door haar gevraagde vermelding dat deze deel uitmaken van de offerte” werd volgens de verzoekende partij tevens het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.

6.2. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 5 van “de wet van 15 juni 2006 aangaande de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen voor de overheidsopdrachten”, van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt hier in essentie dat uit de aangereikte motivering op ondubbelzinnige wijze dient te blijken waarom een offerte onregelmatig is en dat het voor zich spreekt dat de verklaring “dat de firma Otis NV als onregelmatig beschouwd wordt, aangezien ze hun eigen algemene verkoopsvoorwaarden toevoegden aan hun prijsopgave, waaronder afwijkende betalingsvoorwaarden” dermate vaag is dat zij de verzoekende partij niet in staat stelt terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. De verwerende partij diende aan te tonen welk artikel op welke manier met welke voorwaarde uit het bestek conflicteert en waarom dit voorrang zou hebben op de in de gedagtekende “samenvatting van de prijs” precies geformuleerde betalingsvoorwaarde (“100% vorderingsstaat”).

Ten slotte gewaagt de verzoekende partij in het middel van “op zijn minst” een schijn van belangenconflict omdat de gekozen inschrijver “zijn maatschappelijke zetel en een fabriek” op het grondgebied van de verwerende partij heeft.

6.3. In het vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Zij betoogt in essentie dat de betalingsvoorwaarden geenszins aanleiding kunnen geven “tot een substantiële onregelmatigheid of tot een niet-substantiële onregelmatigheid met uitsluiting tot gevolg”. Er is geen formele onregelmatigheid en de “betalingsvoorwaarden” behoren niet tot de in artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing opgesomde essentiële bepalingen. Evenmin merkte het bestek andere bepalingen aan als essentieel. De betalingsvoorwaarden maken ook “geen deel uit van de heel uitgebreide lijst van bepalingen [...] van hoofdstuk 1, afdelingen 6 tot 11, en hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, en de algemene voorwaarden van de verzoekende partij bevatten geen voorbehoud of bestanddelen die niet met de werkelijkheid overeenstemmen. “Aldus is er volgens Artikel 95 sprake van een niet-substantiële onregelmatigheid die aanleiding kan geven tot het weren van de offerte”.

Te dezen is volgens de verzoekende partij de gelijke behandeling gevrijwaard, komt de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang, is de verbintenis van de inschrijver ondubbelzinnig, werd de onregelmatigheid redelijkerwijze niet met bedrieglijk inzicht begaan, is er geen invloed op de rangschikking van de offertes en komt de goede uitvoering van de opdracht niet in gevaar. Wanneer de impact van het gebrek beperkt of zelfs nihil is en het gunnen van de opdracht mogelijk is, kan de overheid de offerte toch aanvaarden en in aanmerking nemen voor nadere beoordeling. Hoe dan ook mag de sanctie van nietigheid niet buiten verhouding staan tot de vastgestelde onregelmatigheid, zeker indien de overheid de onregelmatigheid zelf heeft uitgelokt of in de hand gewerkt, bijvoorbeeld ingevolge dubbelzinnige, tegenstrijdige of onduidelijke opdrachtbepalingen.

De betalingsvoorwaarden waren heel duidelijk vermeld in de “samenvatting van de prijs”, die correct werd gedagtekend met de vermelding “Opgemaakt door ondergetekende om gevoegd te worden bij zijn offerte van heden”. Voorts vermeldt rubriek 1.2.4 van het bestek: “Iedere vermelding die strijdig is met het door de aanbestedende overheid en/of ontwerper vastgestelde formulier moet als niet geschreven worden beschouwd”. Aldus kan men volgens de verzoekende partij “eerder besluiten dat als er al Algemene voorwaarden met tegenstrijdige betalingsvoorwaarden (*quod non in casu*) bijzaten deze als ‘niet geschreven’ dienen beschouwd te worden of als onbestaande. Verwerende partij

kan volgens het *Patere Legem Quam Ipse Fecisti* beginsel immers niet een reeks van vereisten vooropstellen waaraan bestanddelen van de offerte dienen te voldoen om geldig te zijn en tegelijk bestanddelen die hier niet aan voldoen wel als geldig beschouwen om haar eigen beslissing te staven”.

Beoordeling

De formele motivering

7.1. In de mate dat het tweede en derde middel steunen op de schending van de formelemotiveringsplicht en de verzoekende partij deze afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet moet volgens deze regelgeving de formele motivering van de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In het derde middel verwijst de verzoekende partij in dit verband ook naar de schending van de artikelen 4 en 5 van “de wet van 15 juni 2006 aangaande de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen voor de overheidsopdrachten”. Het lijkt voldoende duidelijk, en de verwerende partij “vermoedt” dit ook in de nota, dat de verzoekende partij hier bij vergissing de voormelde wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ bedoelde.

7.2. Er dient te worden vastgesteld dat uit de bestreden beslissing, overeenkomstig artikel 29, § 2, laatste lid, van de voormelde wet van 17 juni 2013 blijkbaar onmiddellijk meegedeeld aan de verzoekende partij, blijkt dat werd geoordeeld dat de verzoekende partij “[haar] eigen algemene verkoopsvoorwaarden [toevoegde] aan [haar] prijsopgave, waaronder afwijkende betalingsvoorwaarden”. De verzoekende partij toont niet concreet aan waarom dit haar niet zou hebben toegelaten die beslissing op dit punt in rechte te betwisten.

Het tegendeel blijkt veeleer uit het derde en vierde middel zodat in ieder geval voldaan lijkt aan de *ratio legis* van de formelemotiveringswet.

8. Anders dan de verzoekende partij aanvoert in het derde middel, blijkt evenmin *prima facie* dat de meegedeelde gemotiveerde beslissing met de hiervoor aangehaalde overweging, niet voldoet aan de formelemotiveringswet, omdat volgens de verzoekende partij niet wordt aangetoond welk artikel van die eigen algemene verkoopsvoorwaarden afwijken van een besteksbeplating.

Het lijkt voldoende duidelijk dat hiermee werd gewezen op de volgens de aanbestedende overheid afwijkende betalingsvoorwaarden waaronder zeker de betalingstermijn. Uit de formulering van het derde middel blijkt trouwens dat de verzoekende partij dit ook heeft begrepen nu ze daarin schrijft: “Het is derhalve aan de verwerende partij om aan te tonen welk artikel op welke manier met welke voorwaarde uit het lastenboek conflicteert en waarom dit voorrang zou hebben op de in de gedagtekende “samenvatting van de prijs” precies geformuleerde betalingsvoorwaarde (‘100% vorderingsstaat’). Zulks staat inderdaad in de “Samenvatting van de prijs” in haar offerte bij “Betalingsvoorwaarden”.

9. Het tweede en het derde middel zijn dan ook niet ernstig in de mate dat deze steunen op de schending van de formelemotiveringswet.

10. In zoverre in het derde middel de artikelen 4 en 5 van de voormelde wet van 17 juni 2013 geschonden worden geacht, verzuimt de verzoekende partij concreet te verduidelijken op welke wijze deze artikelen dan wel toepasselijk zouden zijn en zouden zijn geschonden. In dat opzicht lijkt het derde middel niet ontvankelijk.

De andere grieven

11.1. Ter terechtzitting handhaaft de verzoekende partij de grief in het tweede middel niet, waarbij zij betoogt dat zij haar algemene verkoopsvoorwaarden niet bij haar offerte zou hebben gevoegd. Terwijl zij in haar verzoekschrift deze toevoeging niet onmogelijk achtte, maar stelde daarop geen

zicht te hebben, herhaalt zij nu, maar ditmaal affirmatief, dat die toevoeging onbedoeld was.

11.2. Deze laatste bewering wordt niet bijgevalen om de volgende redenen.

Stuk 8 van het administratief dossier bevat de offerte van de verzoekende partij.

Deze “offerte 15/017: bouwen van nieuwe burelen en magazijn tuighuis, perceel 4: lift” met offertenummer 34N15594 bestaat uit 20 doorlopende genummerde bladzijden met:

- een voorblad;
- een begeleidende brief van 21 maart 2016 dat Otis “hierbij [haar] offerte [voegt]” die de volgende rubrieken omvat: “[e]en technische omschrijving van de voorgestelde leveringen”, “[e]en samenvatting van de prijs”, “[d]e grenzen van onze aanneming” en “[d]e algemene voorwaarden van OTIS” (blz. 3/20);
- een reeks technische gegevens (blz. 4/20 – 11/20);
- “Aanvullende informatie” (blz. 12/20);
- “Wat door U dient uitgevoerd te worden” (blz. 13/20);
- de “Termijn” met een prijsherzieningsformule (blz. 14/20);
- een “Samenvatting van de prijs” met, daaronder “Betalingvoorwaarden”, de “Geldigheid van de offerte”, de “Garantie” en het “Onderhoud” (blz. 15/20);
- de “Algemene voorwaarden voor de verkoop en het monteren of de hernieuwing van liften voor personen en lasten of goederenliften” (blz. 16-19/20) en
- een checklist “Voldoet uw project aan de 10 gouden regels ? Dan kunnen onze monteurs aan de slag” (blz. 20/20).

De voormelde weliswaar op zichzelf niet ondertekende begeleidende brief van 21 maart 2016, dit is daags voor de uiterste indieningsdatum, genummerd 3/20, vermeldt aldus dat “hierbij onze offerte” wordt gevoegd en dat deze “[d]e algemene voorwaarden van OTIS” omvat. Deze zijn ook gevoegd als de bladzijden 16/20 tot 19/20 en de eerste bladzijde daarvan 16/20 is de verso kant van bladzijde 15/20 omschreven als “Samenvatting van de prijs” en

deze bladzijde 15/20 blijkt dezelfde ondertekening te dragen namens de verzoekende partij als op het offerteformulier en op de samenvattende meetstaat. De verzoekende partij lijkt ook niet te ontkennen dat die “Samenvatting van de prijs” steeds deel uitmaakte van de ingediende offerte nu zij deze ook voorlegt als haar stuk 9 en zij in dit middel zelf schrijft: “Uit de stukken 8 tot 16 blijkt waaruit de offerte van verzoekende partij bestond”.

Voorts bestaat deze offerte uit 20 doorlopend genummerde bladzijden, is in de koptekst bovenaan ook steeds gedateerd “21/03/2016” – de datum van de dag voor de dag van de opening der offertes – en blijkt ze op elke bladzijde door twee personen te zijn geparafeerd. Dit lijken ook de parafen te zijn die telkens voorkomen op de andere offertes en dus parafen te zijn van vertegenwoordigers van de overheid bij de openingszitting.

Aldus lijkt niet te mogen worden aangenomen dat de betrokken verkoopsvoorwaarden “per ongeluk” bij de officiële stukken zaten zoals de verzoekende partij in haar verzoekschrift als veronderstelling aanbrengt. De tweede grief in het tweede middel wordt niet aanvaard want deze lijkt geen aangetoonde feitelijke grondslag te hebben.

11.3. De grief in het tweede middel, dat de verwerende partij in haar motivering geen melding maakt van een controle of de gecontesteerde documenten wel degelijk bij de opening in het dossier zaten noch of deze correct getekend zijn hetgeen de verzoekende partij onzorgvuldig acht, is dan evenmin ernstig. In zoverre deze grief immers nog dienstig zou zijn gelet op de ter terechtzitting niet gehandhaafde stelling dat de voorwaarden niet bij de offerte waren gevoegd, lijken de voormelde parafen aan te geven dat de inhoud van de offerte wel degelijk op dat punt aan controle werd onderworpen.

11.4. Aldus wordt het tweede middel in zijn geheel niet aanvaard.

12.1. In het derde middel betoogt de verzoekende partij nog dat er “op zijn minst” een schijn van belangenconflict “kan zijn” omdat één van de aanbieders – bedoeld is de gekozen inschrijver – zijn maatschappelijke zetel en een fabriek heeft op het grondgebied van de verwerende partij:

“De firma Coopman Orona betaalt taxes en belastingen aan de stad Waregem, stelt een wezenlijk aantal inwoners van de stad Waregem te werk en heeft andere zakelijke banden met de stad Waregem. Het college van burgemeester en schepenen dient transparant melding te maken van dit belangenconflict en dient via een zorgvuldige en gedocumenteerde gunningsbeslissing aan te tonen dat dit geen invloed heeft gehad op haar beslissing. Verwerende partij verzaakt dit te doen en versterkt in tegendeel nog het vermoeden door het niet reglementair verklaren van de offerte met de laagste prijs op basis van een bijzonder vage motivering ten voordele van de kandidatuur waarmee zij een persoonlijk belang heeft. Dergelijke handelswijze houdt een shockerende inbreuk in tegen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, nu hiermee andermaal wordt aangetoond dat verweerder onzorgvuldig te werk is gegaan bij de toewijzing van de opdracht aan de firma Coopman Orona.”

12.2. De voormelde elementen tonen geenszins *prima facie* en afdoende concreet een belangenconflict aan, dat er volgens de verzoekende partij trouwens ook enkel “kan zijn”. Deze vaststelling volstaat om deze grief te verwerpen, nog daargelaten de vraag of anders voldoende het verband werd toegelicht met de in dit middel ingeroepen rechtsregels en -beginselen.

De verwerende partij merkt daarbij in de nota, zo lijkt, niet ten onrechte op dat, indien de loutere aanwezigheid op het grondgebied van de verwerende partij en het feit dat daaruit een aantal fiscale en sociaal-economische gevolgen voortvloeien, zou vallen onder het verbod op belangenvermenging, dit “tot het absurde gevolg [zou] leiden dat bijvoorbeeld een onderneming op het Belgisch grondgebied niet langer aan een overheidsopdracht van een federale aanbestedende overheid zou kunnen deelnemen”.

Aldus wordt evenmin aangetoond dat de verwerende partij “transparant melding [diende] te maken van dit belangenconflict” en “via een zorgvuldige en gedocumenteerde gunningsbeslissing [diende] aan te tonen dat dit geen invloed heeft gehad op haar beslissing” noch dat zij door dit niet te doen en te gunnen aan de nv Coopman Orona het zorgvuldigheidsbeginsel of gelijkheidsbeginsel geschonden heeft.

12.3 De grief wordt niet aanvaard zodat het derde middel in zijn geheel niet ernstig is.

13.1. Wat het vierde middel betreft, lijkt de verzoekende partij in essentie te betogen dat de door haar bij haar offerte gevoegde voorwaarden niet tegenstrijdig waren met besteksvoorschriften, minstens dat de betrokken voorwaarden als niet-geschreven hadden moeten worden beschouwd of dat de tegenstrijdigheden niet tot substantiële onregelmatigheid hadden mogen leiden.

13.2. De verzoekende partij schrijft in haar offerte in de “Samenvatting van de prijs” bij “Betalingsvoorwaarden”:

“De betaling gebeurt binnen een termijn van 30 dagen, te rekenen vanaf ontvangst van de factuur, volgens de volgende voorwaarden :

- 100 % vorderingsstaat
- Geen korting voor contant, geen pro rata.”

Er moet aldus worden vastgesteld dat de bladzijde 15/20, die namens de verzoekende partij op 21 maart 2016 werd ondertekend, een betalingsvoorwaarde bevat die volgens het verslag van nazicht afwijkt van het bestek , wat de betalingstermijn betreft.

Deze voorwaarden lijken, althans *prima facie*, inderdaad af te wijken van artikel 95 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, zoals aangevuld onder rubriek 1.3 van het bestek in deel 1. Daarin wordt immers in een dubbele termijn voorzien: verificatietermijn van 30 dagen vanaf de datum van ontvangst van de schuld-vordering en de gedetailleerde staat en een betalingstermijn van 30 dagen na het beëindigen van de verificatietermijn op voorwaarde dat de verwerende partij over de factuur beschikt. De eigen algemene voorwaarden bij die offerte lijken van die voorwaarden ook af te wijken door in artikel 6.1 in een automatische aanvaarding te voorzien indien een factuur niet binnen 8 kalenderdagen geprotesteerd wordt.

Ter terechtzitting geeft de verzoekende partij een nadere, hoofdzakelijk boekhoudkundige, uitleg bij haar voormelde voorwaarden waarbij zij concludeert dat deze wel inpasbaar zijn in de besteksvoorwaarden. Bij het onderzoek van de offerte beschikte de verwerende partij echter enkel over de voorwaarden van de verzoekende partij zoals ze in de offerte waren verwoord.

Alvast op het vlak van de betalingsvoorwaarden leken deze voorwaarden op het eerste gezicht inderdaad af te wijken van de besteksvoorwaarden. Het lijkt dat aan de verwerende partij aldus niet mag worden verweten te hebben aangenomen dat niet vaststond dat de verzoekende partij met alle voorwaarden van het bestek instemde en zich ertoe verbond om de opdracht in overeenstemming met die besteksregels uit te voeren. Aangezien de voormelde afwijking inzake betalingstermijn de prijs lijkt te betreffen, volstaat deze vaststelling op zich reeds om aan te nemen dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij terecht overeenkomstig artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing als substantieel onregelmatig mocht aanmerken, aangezien die offerte blijkbaar afweek van het besluit en de opdrachtdocumenten inzake de prijzen.

13.3. De verzoekende partij merkt in het vierde middel nog op dat de verwerende partij de bijgevoegde algemene voorwaarden buiten beschouwing had moeten laten in het licht van het bepaalde in besteksrubriek 1.2.4: “Iedere vermelding die strijdig is met het door de aanbestedende overheid en/of ontwerper vastgestelde formulier moet als niet geschreven worden beschouwd, met uitzondering van de posten waarvan de hoeveelheden werden gewijzigd overeenkomstig art. 96, par. 2 van het KB van 8 januari 1996 en die, samen met de eventuele aangevulde leemten, in een nota bij de offerte worden verantwoord”.

13.4. *Prima facie* leidt dit niet tot een andere conclusie, nu de verzoekende partij, door het toevoegen van de eigen betalingstermijn op de voormelde bladzijde “Samenvatting van de prijs”, die ook werd ondertekend, juist de eigen termijn lijkt op te leggen. Minstens is haar verbintenis op dat punt onduidelijk en stond bijgevolg niet vast dat zij de betalingstermijn in het bestek aanvaardde.

13.5. Aldus is het vierde middel evenmin ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 57 *juncto* 104 van het koninklijk besluit Plaatsing, van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

In essentie betoogt de verzoekende partij daartoe dat de “gestanddoeningstermijn” te dezen verstreek op 18 september 2016 en dat artikel 57 *juncto* 104 van het koninklijk besluit Plaatsing werd geschonden, mocht blijken dat de gekozen inschrijver niet werd aangezocht om zijn offerte na 18 oktober 2016 “gestand te houden” of dat de gekozen inschrijver hiermee niet voorbehoudsloos instemde, “hetgeen wellicht het geval zal zijn zoniet zou zulks in de gunningsbeslissing zijn aangegeven”.

Beoordeling

15. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

De offerte van de verzoekende partij werd als onregelmatig geweerd.

Deze lijkt dan ook geen voordeel te kunnen halen uit het eerste middel alleen tenzij zij tegelijk kan aantonen dat haar eigen offerte onterecht onregelmatig is verklaard, hetgeen de grief is waarop in essentie de andere middelen zijn gesteund.

Uit hetgeen hiervoor bij de beoordeling van die middelen is gebleken, lijkt de verzoekende partij zulks niet aan te tonen.

De vordering van de verzoekende partij lijkt dus niet ontvankelijk in zoverre deze op het eerste middel steunt. Dat middel kan haar als onregelmatige inschrijver geen baat bijbrengen. Het zou anders kunnen zijn indien het ernstig bevinden van dit eerste middel inhoudt dat de opdracht aan geen enkele inschrijver kan worden gegund, maar dit lijkt te dezen niet het geval.

VI. Besluit en kosten

16.1. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

16.2. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State *juncto* 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’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding 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 verworpt 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 13 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest