

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.077 van 23 juni 2022
in de zaak A. 233.735/XII-9090**

In zake: de NV IDEMASPORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HEERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Guy Schiepers
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Henisstraat 15
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. Het beroep, ingesteld op 9 juli 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de gemeente Heers van 10 mei 2021 waarbij de opdracht ‘Renovatie/bijbouw sporthal en buitenterreinen: deel 2 – sportvloeren en toestellen sporthal Heers’ wordt gegund aan de nv Janssen-Fritsen en waarbij de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig wordt geweerd.

De verzoekende partij vraagt tevens een schadevergoeding tot herstel.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 251.067 van 25 juni 2021 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Elisabeth Widmaier, die *loco* advocaat Guy Schiepers verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de renovatie en bijbouw van de sporthal te Heers. Dit project is opgedeeld in verscheidene delen. Te dezen is deel 2 in het geding, met als voorwerp ‘sportvloeren en toestellen sporthal Heers’.

Er wordt gekozen voor een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. In het toepasselijk administratief bestek worden de volgende betalingsvoorwaarden bepaald – relevant in huidig geding:

“II.7. Betalingstermijn

De aanbestedende overheid beschikt over een verificatietermijn van 30 kalenderdagen vanaf de datum van ontvangst van de schuldvordering en de gedetailleerde staat van de gerealiseerde werken.

De betaling van de aan de aannemer verschuldigde sommen vindt plaats binnen de 30 kalenderdagen vanaf de datum van beëindiging van de hierboven vermelde verificatie, voor zover de aanbestedende overheid tegelijk over de regelmatig opgestelde factuur beschikt, alsook over de andere, eventueel vereiste documenten.”

Het technisch bestek ‘deel 2: sportvloer & toestellen renovatie sporthal’ wordt opgesteld door DFM Architecten.

3.3. Twee ondernemingen, de verzoekende partij en de nv Janssen-Fritsen, dienen een offerte in.

3.4. In het gunningsverslag van 23 april 2021 wordt de technische conformiteit van de twee offertes onderzocht.

In fine wordt voorgesteld een onderhandeling te voeren met de meest conforme inschrijver, de nv Janssen-Fritsen.

Na onderhandeling wordt de nv Janssen-Fritsen verzocht een “best and final offer” in te dienen, wat zij doet op 28 april 2021.

Blijkens het “vervolg aanbestedingsverslag na onderhandeling” van 3 mei 2021 wordt voorgesteld de opdracht aan de nv Janssen-Fritsen te gunnen.

3.5. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Heers beslist op 10 mei 2021 om de opdracht te gunnen aan de nv Janssen-Fritsen.

Blijkens de “[a]rgumentatie” werden de offertes gecontroleerd door DFM Architecten en werd de offerte van de verzoekende partij “niet volledig [conform] bevonden aan de technische vereisten van het bestek” en “aangezien er niet volledig conform het bestek werd ingeschreven is er hier sprake van een substantiële onregelmatigheid en wordt de offerte dus geweerd”.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het tweede (nieuw) middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert in haar memorie van wederantwoord een nieuw middel aan, afgeleid uit de schending van het bestek, het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna: koninklijk besluit uitvoering), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel.

Zij betoogt in een eerste onderdeel:

“6. Nieuw middel.

Verzoekster is gerechtigd een nieuw middel op te werpen in haar memorie van wederantwoord [dat] zij pas heeft kunnen inroepen na kennisname van het (in het kader van de vernietigingsprocedure uitgebreide)

administratief dossier, in casu de niet-vertrouwelijk medegedeelde offerte Janssen-Fritsen.

Dit middel komt erop neer dat de offerte van Janssen-Fritsen substantieel afwijkt van het bestek dat nochtans op haar maat is geschreven. Dat deze offerte 100% conform het bestek is, zoals te lezen in het stuk 16 van verwerende partij, is alles behalve waar.

7. De algemene voorwaarden/betalingsvoorwaarden van Janssen-Fritsen strijden met het bestek en met [het koninklijk besluit uitvoering].

De offerte van Janssen-Fritsen is opmerkelijk opgemaakt, zijnde als 2 privaatrechtelijke offertes, één voor infrastructuur (Q542989) en één voor de levering van sportmateriaal (Q539173).

Bij elk van de offertegedeelten worden andere gedetailleerde algemene voorwaarden opgegeven dewelke kennelijk onverenigbaar zijn met het bestek en met de algemene uitvoeringsregels.

[...]

Uw Raad heeft eerder geoordeeld dat een offerte dewelke slechts wordt gedaan mits toepasselijkheid van de eigen, van het bestek afwijkende algemene voorwaarden van de inschrijver, onwettig is.

In casu is er niet de minste twijfel dat Janssen-Fritsen uitdrukkelijk de bedoeling had haar algemene voorwaarden toepasselijk te verklaren.

De voorwaarden zijn op maat geschreven, verschillend voor wat betreft het gedeelte 'infrastructuur' en 'leveringen' én er wordt geëxpliciteerd dat de voorwaarden primeren op alle 'andere geschriften', en dus ook het bestek.

Verder is het duidelijk dat de algemene voorwaarden afwijken én van het bestek én van [het koninklijk besluit uitvoering]. Verzoekster licht het voorbeeld van de betalingsvoorwaarden toe:

[...]

Ten eerste voorziet het bestek in een eenmalige betaling na uitvoering van alle prestaties, terwijl Janssen-Fritsen zichzelf een wel zeer voordelige voorschotregeling toekent in het offertegedeelte 'infrastructuur'.

Ten tweede is er geen sprake van welkdanige schuldvorderingen en verificatietermijnen in de algemene voorwaarden van Janssen-Fritsen. Ook dit gaat lijnrecht in tegen het bestek en artikel 95 [van het koninklijk besluit uitvoering]. Deze afwijking maakt de offerte Janssen-Fritsen substantieel onregelmatig.

Ten derde behoudt Janssen-Fritsen zich het recht voor om de betalingsvoorwaarden voor het gedeelte leveringen nog kenbaar te maken na bestelling/toewijzing van de opdracht. Dergelijk voorbehoud put deze inschrijver geenszins uit de overheidsopdrachten-reglementering en het bestek, wel integendeel!

Al deze afwijkingen op de betalingsmodaliteiten maken de offerte Janssen-Fritsen substantieel onregelmatig. Verwerende partij kon de offerte van Janssen-Fritsen dus niet goedkeuren, temeer nu de andere inschrijver, [de verzoekende partij], zich wél heeft gehouden aan de betalingsvoorwaarden in het bestek.

8. De offerte Janssen-Fritsen wijkt ook op andere punten substantieel af van het bestek.

De voorbeelden zijn legio. [...]"

5. Na een voor haar ongunstig auditoraatsverslag betwist de verwerende partij in haar laatste memorie dat de offerte van de gekozen inschrijver in betalingsvoorwaarden heeft voorzien die afwijken van het bestek. Zij verwijst in dit verband naar de volgende bepalingen van het administratief bestek, onder punt 'I. Administratieve bepalingen':

"I.1. Beschrijving van de opdracht

[...]

Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle tegenstrijdige voorwaarden, zoals zijn eigen verkoopsvoorwaarden, zelfs wanneer deze op een of andere bijlage van zijn offerte voorkomen.

[...]

I.13. Keuze van offerte

[...]

Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen."

Het staat volgens de verwerende partij aldus buiten kijf dat de voorwaarden en bepalingen zoals opgenomen in het administratief bestek, waaronder de betalingsvoorwaarden, van toepassing zijn. De aanbestedende overheid heeft de mogelijkheid om bij twijfel bijkomende informatie op te vragen, maar te dezen is er voor de verwerende partij geen onduidelijkheid, omdat het bestek bijzonder duidelijk is en geen ruimte laat voor twijfel. Ook bij de ondertekening van de offerte wordt steeds uitdrukkelijk voor akkoord ondertekend dat de overeenkomst zal worden uitgevoerd overeenkomstig de voorwaarden en de bepalingen van het bestek. Er is met andere woorden geen discussie over de toepasselijke betalingsvoorwaarden. Dat de algemene voorwaarden van de gekozen inschrijver standaard onder elke offerte worden vermeld, is zonder juridische waarde. De bepalingen van het bestek hebben

voorrang op alle andere bepalingen, hetgeen ook op diverse plaatsen in het bestek en in de offerte wordt bevestigd.

Aangezien er geen twijfel of discussie mogelijk is, was er ook geen reden om hierover een motivering op te nemen in de gunningsbeslissing. Ten overvloede werd in artikel 2 ervan opgenomen dat de uitvoering moet gebeuren “overeenkomstig de lastvoorwaarden vastgelegd in het bestek dat opgesteld werd door DMF architecten”.

Beoordeling

6. Een middel dat voor het eerst wordt aangevoerd in de memorie van wederantwoord is in beginsel niet-ontvankelijk. Een dergelijk middel mag echter nog wel worden aangevoerd indien het, zoals te dezen, is gesteund op gegevens waarvan de verzoekende partij pas na inzage van het neergelegd administratief dossier kennis kon krijgen.

7. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de bestekbepalingen, en om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel worden aangemerkt. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

8. In de offerte van de gekozen inschrijver, waarvan de vertrouwelijkheid door de verwerende partij is gelicht bij neerlegging van het administratief dossier, is te lezen:

Wat het “plaatsen nieuwe sportvloer 1310 m² - gelijkvloers” betreft:

“Betalingscondities
Binnen 30 dagen na factuurdatum netto
[...]
Uitgangsvoorwaarden

Janssen-Fritsen wil U een zo correct mogelijke offerte aanbieden. We geven U dan ook graag mee wat de uitgangspunten zijn geweest bij de opmaak van onze offerte.

Op deze offerte zijn onze algemene leverings- en verkoopsvoorwaarden van toepassing (www.janssen-fritsen.be). Hiervan kan slechts afgeweken worden mits uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van Janssen-Fritsen. Elk ander geschrift zal als niet-bestaande worden beschouwd.

[...]

Betaling

Facturatie gebeurt op basis van deelfacturen: 30% bij bestelling, 50% bij start der werken, 20% bij voorlopige oplevering.

5% borg via de borgstellingskas van de bouwunie: de helft wordt vrijgegeven bij de voorlopige oplevering en de tweede helft bij de definitieve oplevering, één jaar later.”

Wat de sportmaterialen betreft:

“Betalingscondities

Binnen 30 dagen na factuurdatum netto

[...]

Uitgangspunten

Janssen-Fritsen wil U een zo correct mogelijke offerte aanbieden. We geven U dan ook graag mee wat de uitgangspunten zijn geweest bij de opmaak van onze offerte.

Op deze offerte zijn onze algemene leverings- en verkoopsvoorwaarden van toepassing (www.janssen-fritsen.be). Hiervan kan slechts afgeweken worden mits uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van Janssen-Fritsen. Elk ander geschrift zal als niet-bestaande worden beschouwd.

[...]

Betaling

Wij geven u onze betalingsvoorwaarden door bij bestelling.

5% borg via de borgstellingskas van de bouwunie: de helft wordt vrijgegeven bij de voorlopige oplevering en de tweede helft bij de definitieve oplevering, één jaar later.”

9. De verwerende partij betwist niet dat de eigen betalingsvoorwaarden van de gekozen inschrijver verschillen van de voorwaarden bepaald in het bestek, maar stelt dat het overduidelijk is dat de voorwaarden en bepalingen zoals opgenomen in het administratief bestek, waaronder de betalingsvoorwaarden, op grond van de punten I.1 en I.3 van het bestek van toepassing zijn.

De verwerende partij kan daarin niet worden bijgevalen.

Uit zijn offerte blijkt dat de gekozen inschrijver andersluidende betalingsvoorwaarden heeft opgenomen en aldus op bewuste wijze zijn eigen betalingsvoorwaarden van toepassing heeft gemaakt, voorwaarden die bovendien verschillend zijn per onderdeel van de offerte – sportvloer en sportmaterialen. De offerte wijkt aldus af van de in het bestek gestelde betalingsvoorwaarden, aangehaald *sub* 3.2, die een toepassing vormen van artikel 95 van het koninklijk besluit uitvoering. Hiermee komt een essentiële bestekbepaling, namelijk de prijs, in het gedrang.

Anders dan de verwerende partij het ziet, leiden de standaardclausules opgenomen in de artikelen I.1 en I.13 van het administratief bestek – met name dat de inschrijver door de indiening van zijn offerte al de clausules van het bestek aanvaardt en aan alle tegenstrijdige voorwaarden verzaakt – er niet toe dat de inschrijver door de indiening van zijn offerte meteen en automatisch zou verzaken aan alle mogelijke afwijkingen van het bestek in zijn offerte, waar die ook voorkomen. Door de uitdrukkelijke vermelding van eigen betalingsvoorwaarden doet de gekozen inschrijver op dit punt juist het omgekeerde dan verzaken aan zijn eigen voorwaarden.

Minstens is de verbintenis van de gekozen inschrijver op dit punt onzeker, en staat het bijgevolg niet vast dat hij de betalingsvoorwaarden vastgesteld in het bestek heeft aanvaard. Bij gebrek aan enige motivering ter zake in de bestreden beslissing wordt die onzekerheid niet weggenomen.

In artikel I.13 van het bestek wordt overigens vervolgd dat “voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, [...] de aanbestedende overheid zich het recht [voorbehoudt] om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen”. Een

dergelijke bepaling zou overbodig zijn indien elke met het bestek strijdige voorwaarde automatisch als niet-geschreven zou moeten worden beschouwd.

10. Het eerste onderdeel van het tweede middel is gegrond. De gegrondheid van dat onderdeel volstaat om tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing te leiden.

V. Verzoek tot schadevergoeding

11. De verzoekende partij formuleert in het verzoekschrift tot nietigverklaring eveneens een verzoek tot schadevergoeding, ten bedrage van 11.413,76 euro.

Overeenkomstig artikel 25/3, § 1, tweede lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ (algemeen procedurereglement) heeft het aangewezen lid van het auditoraat het onderzoek hierover uitgesteld tot aan het arrest waarbij definitief uitspraak wordt gedaan over het beroep tot nietigverklaring, omdat hij van mening is dat hij nog niet beschikt over alle nuttige gegevens om te oordelen over dat verzoek. De verwerende partij acht immers in haar memorie van antwoord een herstel in natura alsnog behorende tot de mogelijkheden.

Ter zitting bevestigt de raadsman van de verwerende partij dat het gedeelte van de opdracht dat thans in het geding is, met name ‘deel 2 – sportvloeren en toestellen sporthal Heers’, nog steeds niet is uitgevoerd zodat herstel in natura nog mogelijk is.

12. Er zijn slechts twee offertes ingediend. Bij het onderzoek van het tweede middel is komen vast te staan dat de offerte van de gekozen inschrijver niet wettig als regelmatig werd beschouwd. Blijkens het gunningsverslag werd de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig beschouwd, onder meer wat de posten 53.21, 54.04, 54.05, 54.06 en 55.41.10 betreft, beoordelingen waartegen zij niet in rechte is opgekomen.

Hieruit leidt de Raad van State af dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund, zodat een herstel in natura van de vastgestelde onwettigheid impliceert dat een nieuwe gunningsprocedure zal moeten worden georganiseerd.

13. Nu een onwettigheid thans definitief is vastgesteld, past het te handelen overeenkomstig artikel 25/3, § 4, van het algemeen procedurereglement en de partijen en het aangewezen lid van het auditoraat de gelegenheid te geven om, weliswaar rekening houdend met voornoemde mogelijkheid tot herstel in natura, standpunt in te nemen betreffende het verzoek tot schadevergoeding.

Daartoe wordt het debat heropend.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeente Heers van 10 mei 2021 waarbij de opdracht ‘Renovatie/bijbouw sporthal en buitenterreinen: deel 2 – sportvloeren en toestellen sporthal Heers’ wordt gegund aan de nv Janssen-Fritsen.

2. De Raad van State heropent het debat wat het verzoek tot schadevergoeding betreft.

3. Het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig juni tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

| | |
|---------------------|------------------|
| Paul Lemmens, | kamervoorzitter, |
| Peter Sourbron, | staatsraad, |
| Patricia De Somere, | staatsraad, |
| bijgestaan door | |
| Silja Doms, | griffier. |

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens