

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 253.802 van 18 mei 2022  
in de zaak A. 236.190/XII-9205**

In zake: de BV TEMP-RITE INTERNATIONAL HOLDING  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Roland Pockelé-Dilles en Frederik Emmerechts  
kantoor houdend te 2000 Antwerpen  
Stoopstraat 1  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

ZORG LEUVEN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Bob Martens en Andi Zrza  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Wolstraat 70  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 15 april 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van Zorg Leuven van 31 maart 2022 tot
  - gunning van de opdracht tot levering van perceel 1 (levering en indienststelling van transportkarren), onderdeel van de opdracht tot levering van regeneratiewagens en transportkarren bestemd voor maaltijddistributie (bestek ZL-FCD-2021-083), aan de nv Metos, en
  - nietigverklaring van de offerte van de bv Temp-Rite International Holding.

De vordering strekt er eveneens toe om, in afwachting van een beoordeling ten gronde van het beroep tot nietigverklaring van de bestreden beslissing, aan de verwerende partij verbod op te leggen om de opdracht te sluiten

met de nv Metos of enige andere aanbieder of, voor zover een overeenkomst al gesloten zou zijn, de niet-tegenstelbaarheid ervan te bevelen.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 mei 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederik Emmerechts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bob Martens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

## *III. Feiten*

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp ‘Regeneratiewagens en transportkarren bestemd voor maaltijddistributie’. Zij kiest voor een openbare procedure. De opdracht bestaat uit twee percelen. Het voorliggend geding heeft enkel betrekking op perceel 1, de ‘levering en indienststelling van transportkarren’.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 september 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 4 oktober 2021.

3.3. Het bestek bepaalt het volgende aangaande de verbintenistermijn van de offertes:

“De termijn gedurende dewelke de inschrijver door zijn offerte gebonden blijft, bedraagt 180 kalenderdagen, te rekenen vanaf de limietdatum voor ontvangst van de offertes.”

De uiterste indieningsdatum voor de offertes wordt gesteld op 14 oktober 2021 om 23u30.

3.4. Voor het perceel 1 worden zes offertes ingediend, onder meer door de nv Temp-Rite International Holding, dit is de verzoekende partij, en de nv Metos.

3.5. Op 24 maart 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin worden vier offertes substantieel onregelmatig verklaard, waaronder de offerte van de verzoekende partij. Bij twee inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, is dit omdat hun offerte van het bestek afwijkende voorwaarden bevat. Bij de verzoekende partij luidt de motivering voor het onregelmatig verklaren:

“In de offerte wordt een verbintenistermijn van 80 kalenderdagen aangeboden. Dit is in strijd met de verbintenistermijn van 180 dagen die wordt [opgelegd door het bestek] (zie I.10).

In de begeleidende brief bij de offerte staat vermeld dat ‘indien er in de aanbidding afwijkende voorwaarden zijn, anders dan deze die het product voorstellen, dan mogen deze als ongeschreven worden beschouwd’.

Deze vermelding is niet voldoende, gezien de algemene, vage en onduidelijke aard van de vermelding. De betreffende zin bevat ook geen concrete toelichting over de aard van de afwijkingen en hoe (ten opzichte van wat) de afwijkingen moeten vastgesteld worden.

Het verhindert bijgevolg de aanbestedende overheid om deze offerte te vergelijken met de andere offertes, en leidt dan ook tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte in overeenstemming met art. 76, §1, 3de lid van het KB Plaatsing.

Gelet op de gekozen plaatsingsprocedure, zijnde de openbare procedure, wordt de offerte nietig verklaard, zoals bepaald in art. 76, §3 van het KB Plaatsing.”

Er wordt vervolgens voorgesteld om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de nv Metos.

3.6. Op 31 maart 2022 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig te verklaren en om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de nv Metos.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 1 april 2022 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de bestreden beslissing.

#### *IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden*

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

#### *V. Onderzoek van het enig middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

5. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 58 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017

‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen I.10 en I.15 van het bestek, van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij licht toe dat haar offerte om twee redenen substantieel onregelmatig en dus nietig werd verklaard: enerzijds, omwille van de verbintenistermijn van 80 kalenderdagen in de offerte in plaats van de 180 kalenderdagen in het bestek, anderzijds, omwille van de vermelding in de begeleidende brief bij de offerte dat afwijkende voorwaarden in de offerte als ongeschreven mogen worden beschouwd.

Zij voert hiertegen drie grieven aan.

Het eerste onderdeel van het middel betreft de verbintenistermijn. De verzoekende partij doet in essentie gelden dat zij, door haar offerte in te dienen, zich ertoe heeft verbonden om de opdracht uit te voeren aan de in het bestek bepaalde voorwaarden, zodat zij in werkelijkheid verbonden is voor 180 kalenderdagen, en niet voor slechts 80 kalenderdagen zoals in haar offerte is vermeld. Het gaat hoogstens om een niet-substantiële onregelmatigheid. In feite gaat het om een louter materiële vergissing waarover de verwerende partij verduidelijking had moeten vragen.

Het tweede onderdeel van het middel betreft de voornoemde vermelding in de begeleidende brief bij de offerte. De verzoekende partij wijst erop dat deze vermelding geen betrekking heeft op de technische eigenschappen van de producten. De vermelding is inhoudelijk identiek aan de vermelding op het offerteformulier en de bepaling in het bestek dat door de offerte in te dienen, de inschrijvers alle voorwaarden van het bestek aanvaarden. De vermelding is niet onduidelijk en verhindert niet dat de offerte van de verzoekende partij wordt vergeleken met andere offertes.

Het derde onderdeel van het middel betreft de wijze waarop de offertes werden onderzocht. De verzoekende partij doet gelden dat de bestreden beslissing onduidelijk en dus niet afdoende gemotiveerd is. Zo is volgens haar niet duidelijk of er sprake is van één of twee gronden van substantiële onregelmatigheid (enkel inzake de verbindingstermijn in de offerte, of ook inzake de vermelding in de begeleidende brief in verband met afwijkende voorwaarden), of de onregelmatigheid inzake de verbintenistermijn als substantieel of niet-substantieel wordt beschouwd, en waarom deze onregelmatigheid en die inzake de vermelding in de begeleidende brief een substantiële onregelmatigheid zouden zijn, nu zij de vergelijking niet verhinderen.

### *Beoordeling*

6. Het is passend om, vooraleer in te gaan op de drie concrete onderdelen van het middel, stil te staan bij de draagwijdte van de motivering van de bestreden beslissing.

De verzoekende partij meent dat haar offerte substantieel onregelmatig en dus nietig werd verklaard om twee redenen. Die veronderstelling lijkt op het eerste gezicht echter onjuist. Uit de motieven zoals uitgedrukt in het gunningsverslag en zoals ter kennis gebracht aan de verzoekende partij, blijkt *prima facie* dat slechts één gebrek werd vastgesteld in de offerte van de verzoekende partij, namelijk de van het bestek afwijkende verbintenistermijn. In het gunningsverslag wordt weliswaar ook verwezen naar de vermelding in de begeleidende brief bij de offerte dat afwijkende voorwaarden in de offerte als ongeschreven mogen worden beschouwd. Op het eerste gezicht gaat het hier echter om de weerlegging van een potentieel argument tegen het onregelmatig verklaren van de offerte, in de zin dat de vermelding in de begeleidende brief het gebrek inzake de afwijkende verbintenistermijn niet kan goedmaken. De Raad van State gaat er dan voorshands ook van uit dat die vermelding zelf geen grond voor de substantiële onregelmatigheid uitmaakt. In haar nota gaat de verwerende partij overigens uit van dezelfde interpretatie.

### *Eerste onderdeel*

7. Het eerste onderdeel is gericht tegen de bestreden beslissing in zoverre deze de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaart op grond dat zij een van het bestek afwijkende verbindingstermijn aanbiedt.

Onder punt 22.1, Verbintenistermijn, vermeldt de offerte dat deze termijn “80 kalenderdagen [bedraagt], te rekenen vanaf 14 oktober 2021”. De verzoekende partij betwist niet dat die termijn anders is dan de in punt I.10 van het bestek bepaalde termijn van 180 kalenderdagen “gedurende dewelke de inschrijver door zijn offerte gebonden blijft”.

8. Volgens de verzoekende partij gaat het om een “louter materiële vergissing”. In haar verzoekschrift geeft zij geen concrete argumenten voor die bewering. Ter zitting doet zij gelden dat de ‘1’ per ongeluk uit het cijfer ‘180’ is weggevallen.

Op grond van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verbetert de aanbestedende overheid “rekenfouten en zuiver materiële fouten” in de offertes. Met een “zuiver materiële fout” wordt in principe een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens. Het betreft dus fouten waaromtrent er nauwelijks discussie is.

Te dezen lijkt het niet te gaan om een zodanige “materiële fout”. Er is niets dat erop wijst dat de verzoekende partij de bedoeling had om aan te geven dat zij gedurende een termijn van 180 kalenderdagen verbonden was door haar offerte, en dat zij per vergissing een termijn van 80 dagen heeft vermeld. Het omgekeerde aannemen zou betekenen dat de verzoekende partij de reeds in het bestek bepaalde termijn van 180 kalenderdagen eenvoudig wilde bevestigen. De verzoekende partij legt niet uit waarom zij gewild zou hebben een dergelijke, per hypothese overbodige clausule in haar offerte op te nemen.

De Raad van State gaat er voorshands dan ook van uit dat in de offerte wel degelijk een van het bestek afwijkende verbintenistermijn is opgenomen, en dat het niet gaat om een materiële vergissing.

9. De verzoekende partij voert aan dat zij, niettegenstaande de in haar offerte vermelde termijn van 80 kalenderdagen, hoe dan ook verbonden is voor 180 kalenderdagen. Zij verwijst daarvoor naar artikel I.15 van het bestek, naar het door haar ondertekende standaard offerteformulier (“bijlage A”) en naar de vermelding in de begeleidende brief bij haar offerte.

9.1. Artikel I.15 van het bestek bepaalt dat “door de indiening van zijn offerte [...] de inschrijver al de clauses van het bestek [aanvaardt] en verzaakt [...] aan alle andere voorwaarden”.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, leidt deze standaardclause, die in quasi elk bestek voor een overheidsopdracht voorkomt, 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 een eigen verbintenistermijn, lijkt de verzoekende partij op dit punt juist het omgekeerde te doen dan te verzaken aan haar eigen voorwaarden. Minstens is haar verbintenis op dat punt onduidelijk en stond bijgevolg niet vast dat zij de verbintenistermijn van het bestek aanvaardde.

Artikel I.15 van het bestek vervolgt trouwens met de bepaling 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.

9.2. Het standaard offerteformulier (“bijlage A” bij de offerte) bevat onder meer de volgende verklaring: “[De inschrijver] verbindt zich tot uitvoering van de aanneming overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bestek voor bovengenoemde overheidsopdracht [...]” Datzelfde formulier bevat ook de verklaring dat “door de neerlegging van hun offerte, [...] de inschrijvers automatisch [afzien] van hun algemene of specifieke verkoopsvoorwaarden, zelfs indien deze worden opgenomen in een of andere bijlage van hun offerte”.

Die twee verklaringen lijken geen andere draagwijdte te hebben dan die van het hiervoor genoemde artikel I.15 van het bestek. Evenmin als die besteksbepaling lijken die verklaringen met zich te brengen dat een van het bestek afwijkende voorwaarde automatisch als niet-geschreven moet worden beschouwd.

Uit het door de verzoekende partij ondertekende offerteformulier lijkt aldus niet met een voldoende mate van zekerheid afgeleid te kunnen worden dat, niettegenstaande de vermelding in de offerte van een verbintenistermijn van 80 kalenderdagen, zij zich in werkelijkheid verbonden had tot de in het bestek bepaalde termijn van 180 kalenderdagen.

9.3. Ten slotte bevat het begeleidend schrijven van de verzoekende partij van 8 oktober 2021 de algemene clausule dat, “indien er in de aanbidding afwijkende voorwaarden zijn, anders dan deze die het product voorstellen, [...] deze [dan] als ongeschreven [mogen] worden beschouwd”.

In het gunningsverslag wordt gesteld dat deze vermelding “niet voldoende” is, gezien de algemene, vage en onduidelijk aard ervan. Met name wordt opgemerkt dat de betrokken zin geen concrete toelichting bevat over de aard van de afwijking en evenmin over datgene waarvan afgeweken wordt. De verwerende partij lijkt met die beoordeling niet buiten de grenzen van de redelijkheid te zijn getreden.

In haar nota merkt de verwerende partij bovendien op dat een inschrijver zich ondubbelzinnig moet verbinden en dat dit niet het geval is met

een clause als de voorliggende. Zij voert aan dat van haar niet kan worden verwacht dat zij er maar op moet vertrouwen dat de inschrijver zich in geval van gunning van de opdracht in elk geval zal schikken naar de voorwaarden van het bestek en dus afziet van de in zijn offerte vermelde voorwaarden. De Raad van State valt die zienswijze voorshands bij. In een materie als die van de overheidsopdrachten, die streng gereguleerd is, moet het engagement van de inschrijver duidelijk en zeker zijn, en kan de inschrijver zich er niet mee vergenoegen om alle mogelijke afwijkingen van de voorwaarden van het bestek ongedaan te maken met een eenvoudige clause als die welke in het begeleidend schrijven van de verzoekende partij is opgenomen.

9.4. Gelet op het voorgaande, komt de Raad van State in de huidige stand van het geding tot de conclusie dat de verwerende partij op grond van de door de verzoekende partij vermelde verbintenistermijn van 80 kalenderdagen mocht oordelen dat de offerte van de verzoekende partij afweek van artikel I.10 van het bestek, minstens dat niet duidelijk was of de verzoekende partij zich wél verbond tot de in het bestek bepaalde verbintenistermijn van 180 kalenderdagen.

10. Zoals hiervoor reeds is vermeld, bepaalt artikel I.15 van het bestek dat, als de aanbestedende overheid vaststelt “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”, zij “zich het recht [voorbehoudt] om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen”. De verzoekende partij betwist dat, in zoverre er te dezen sprake zou zijn van een onregelmatigheid, het zou gaan om een “substantiële” onregelmatigheid.

Artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.”

Een inschrijver die zichzelf in zijn offerte een kortere verbintenistermijn toekent, neemt hierdoor minder prijsrisico op zich dan de inschrijvers die zich wel hebben gehouden aan de in het bestek opgelegde verbintenistermijn. Er is daardoor ook geen zekerheid dat die inschrijver zich na afloop van de door hem bepaalde verbintenistermijn nog zal houden aan de door hem aangeboden prijs. De Raad van State neemt voorshands aan dat de verwerende partij in het gunningsverslag in redelijkheid kon oordelen dat de afwijkende verbintenistermijn haar verhinderde om de offerte van de verzoekende partij te vergelijken met de andere offertes.

Gelet op die beoordeling lijkt de verwerende partij voorts wettig te hebben kunnen besluiten dat de afwijking van de in het bestek bepaalde verbintenistermijn een substantiële onregelmatigheid was.

11. Het eerste onderdeel is dan ook niet ernstig.

#### *Tweede onderdeel*

12. In het tweede onderdeel gaat de verzoekende partij ervan uit dat het onregelmatig verklaren van haar offerte mede gesteund is op het feit dat in de begeleidende brief bij haar offerte wordt gesteld dat afwijkende voorwaarden als ongeschreven mogen worden beschouwd. Met name zou de verwerende partij van oordeel geweest zijn dat die vermelding, door het algemeen, vaag en onduidelijk karakter ervan, haar verhinderde om de offerte van de verzoekende partij te vergelijken met de andere offertes.

13. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, lijkt het gunningsverslag niet zo begrepen te moeten worden dat de bedoelde clause daarin aangehaald wordt als een op zich staande reden om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren. Als die clause in het verslag besproken wordt, dan lijkt dit te gebeuren omdat ze wordt beschouwd als een potentieel tegenargument tegen het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte op grond van een andere reden, met name de afwijking van de verbintenistermijn. Dat tegenargument wordt in het verslag verworpen (zie overweging 6).

Het tweede onderdeel lijkt bijgevolg te berusten op een verkeerde lezing van het gunningsverslag.

14. Die vaststelling volstaat om dat onderdeel als niet ernstig te beschouwen.

### *Derde onderdeel*

15. In het derde onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat de motivering van de bestreden beslissing onduidelijk is.

16.1. In zoverre wordt aangevoerd dat het niet duidelijk is of de offerte van de verzoekende partij nietig verklaard wordt op grond van twee afzonderlijke onregelmatigheden dan wel op grond van één enkele onregelmatigheid, kan worden verwezen naar wat hiervoor reeds is opgemerkt over de reden voor het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte (overweging 6). De Raad van State gaat voorshands ervan uit dat de substantiële onregelmatigheid en de daaruit voortvloeiende nietigheid het gevolg zijn van de enkele afwijking inzake de verbintenistermijn. De motivering lijkt op dit punt dan ook niet aangetast te zijn door enige onduidelijkheid.

16.2. In zoverre wordt aangevoerd dat niet duidelijk is of de onregelmatigheid inzake de verbintenistermijn wordt beschouwd als een substantiële of een niet-substantiële onregelmatigheid, en niet uitgelegd wordt waarom het een substantiële onregelmatigheid zou zijn, wordt verwezen naar hetgeen de Raad van State in dit verband heeft opgemerkt bij het onderzoek van het eerste onderdeel (overweging 10). Het gaat wel degelijk om een als substantieel beschouwde onregelmatigheid, en in het gunningsverslag wordt daarvoor als reden opgegeven dat de afwijkende verbintenistermijn de verwerende partij verhinderde om de offerte van de verzoekende partij te vergelijken met de andere offertes.

16.3. In zoverre wordt aangevoerd dat niet duidelijk is waarom de clausule in de begeleidende brief, waarbij gesteld wordt dat afwijkende

voorwaarden als ongeschreven worden beschouwd, de vergelijking tussen de offertes zou verhinderen, wordt verwezen naar hetgeen de Raad van State heeft opgemerkt bij het onderzoek van het tweede onderdeel (overweging 13). Het lijkt niet die clausule te zijn die de vergelijking verhindert, maar wel de afwijking in de offerte van de in het bestek bepaalde verbintenistermijn.

17. Gelet op het voorgaande, is het derde onderdeel niet ernstig.

#### *VI. Besluit*

18. Het enig middel is in geen van zijn onderdelen ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

Bijgevolg dient ook de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen te worden verworpen.

### **BESLISSING**

**1. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing en de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen.**

**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, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**

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

Paul Lemmens,  
bijgestaan door

Silja Doms,

**De griffier**

**Silja Doms**

kamervoorzitter,

griffier.

**De voorzitter**

**Paul Lemmens**