

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.616 van 9 december 2010
in de zaak A. 145.945/XII-4017**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Temmerman
kantoor houdend te Gent
Sint-Martensstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OCMW VAN SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Lieven D'Hooghe
kantoor houdend te Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 december 2003, strekt tot de
nietigverklaring van:

- “- de beslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW van de stad Sint-Niklaas van ongekende datum waarbij de inschrijving van de NV Bouwbedrijf VMG-De Cock onregelmatig werd verklaard;
- de beslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW van de stad Sint-Niklaas van 10.9.2003 tot gunning, na algemene offerteaanvraag, van de ‘oprichting dagverzorgingscentrum en inrichting ergo-kinesitherapie, perceel 1 bouw en afwerking’, aan de BVBA Het Hamse Bouwbedrijf”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens 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 19 oktober 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die loco advocaat Jan Temmerman verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jozef Timmermans, die loco advocaat Lieven D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht van werken voor “aanpassingen RVT De Plataan, oprichting dagverzorgingscentrum, inrichting ergo-kinesitherapie, lot 01 [...] bouw en afwerking”.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 juni 2003.

3.2. Het op de opdracht toepasselijke bestek bepaalt dat de offertes zullen worden beoordeeld aan de hand van “beoordelingscriteria onderverdeeld in 2 reeksen”:

“1. Bindende voorwaarden.

Volgende afwijkingen t.o.v. de voorschriften van onderhavig bestek hebben de onaanvaardbaarheid van het ingediende dossier tot gevolg.

- het niet naleven van de indeling van de meetstaat
- het niet respecteren van de opgegeven technische gegevens en waarborgen
- het niet volgen van de opgelegde materialen

- het niet volgen van de opgelegde vormgeving
- het niet voorleggen van technische documentatie, onderaannemers en fabrikanten

2. Gunningscriteria

De technische beoordeling van de offertes wordt opgemaakt aan de hand van volgende criteria:

1 - De aannemingsprijs van de werken [...]	40 punten
2 - Technische kwaliteit van het aangeboden materiaal [...]	30 punten
3 - Uitvoeringstermijn van de werken De referentiebasis zal ofwel de kleinste uitvoeringstermijn in kalenderdagen zijn, ofwel, indien deze hoger ligt dan de maximum uitvoeringstermijn de opgelegde termijn zelf. Het aantal punten dat verrekend wordt, zal evenredig zijn met het verschil tussen het voorstel en de referentiebasis. De berekening zal procentueel gebeuren.	20 punten
4- referenties van gelijkaardige werken	10 punten
totaal aantal punten	100 punten”.

Voorts bepaalt het bestek nog dat de “uitvoeringstermijn van de werken [...] maximum 200 kalenderdagen [is]”. Dit gegeven wordt eveneens op de voorpagina van het bestek vermeld: “uitvoeringstermijn maximum: 200 kalenderdagen”.

3.3. De inschrijvingen worden geopend op 14 augustus 2003. Drie ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend. Naast verzoekende partij gaat het om de bvba Het Hamse Bouwbedrijf en de nv RIVO.

3.4. Verzoekende partij voegt bij haar offerte een nota betreffende de uitvoeringstermijn. Deze luidt als volgt:

“Inzake uitvoeringstermijn maakt het bestek melding van maximum 200 kalenderdagen. De aannemer wordt verder niet ingelicht omtrent de mogelijke startdatum. Dit is nochtans van essentieel belang.

Volgens art. 28 AAV dient normaal de uitvoeringstermijn in werkdagen uitgedrukt te worden en dient het vaststellen van een termijn in kalenderdagen uitzonderlijk te blijven.

Rekening houdend met het feit dat de collectieve sluitingsdagen voor het jaar 2004 nog niet werden vastgelegd is de vooropgestelde termijn in kalenderdagen voor geen enkele aannemer juist inschatbaar. Dit werd uit het oog verloren.

Daar de kennisgeving der startdatum van cruciaal belang is kan in de gegeven omstandigheden de vooropgestelde termijn in kalenderdagen derhalve niet correct geëvalueerd worden. Wij houden het daarom op een uitvoeringstermijn uitgedrukt in werkdagen: 142 werkdagen”.

3.5. Met een faxbericht van 14 augustus 2003 vraagt verwerende partij advies aan de juridische dienst van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap over de voorgaande nota bij de offerte van verzoekende partij. Verwerende partij vraagt of zij “op een juridisch correcte manier deze firma eventueel [mag] uitsluiten van deelname”.

3.6. Op 20 augustus 2003 wordt door een jurist van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap onder meer het volgende geantwoord:

“[I]k [ben] van mening dat de inhoud van deze nota van aard is en tot gevolg heeft dat het opdrachtgevend bestuur de offerte van de NV VMG-De Cock als onregelmatig zou moeten weren.

Immers, in eerste instantie is het niet aan de inschrijvers om zich in de plaats van het opdrachtgevend bestuur te stellen voor de beoordeling van de motieven die aan de grondslag liggen voor de bepaling van de uitvoeringstermijn in kalenderdagen in plaats van in werkdagen voor deze specifieke opdracht.

Ten tweede is de door de aannemer bedongen omzetting van kalenderdagen naar werkdagen een substantiële aantasting van een essentiële besteksbeplanning, die er in casu toe leidt dat dit een voordeel voor de NV VMG-De Cock inhoudt dat niet geldt voor de andere inschrijvers. [...]

In de praktijk immers impliceert een uitvoeringstermijn van 142 werkdagen dat de werken zelf zullen worden beëindigd in een termijn die langer is dan 200 kalenderdagen.

De verlofdagen, weersverletdagen en dergelijke worden immers niet meegerekend in een termijn uitgedrukt in werkdagen.

De reële einddag van de uitvoering in 142 werkdagen ligt dus een heel pak voorbij de einddag voorzien op de 200ste kalenderdag na aanvang.

De offerte van de NV VMG-De Cock is m.i. dus onmiskenbaar onregelmatig”.

3.7. Op 22 augustus 2003 vraagt verwerende partij aan de betrokken jurist om zijn advies te bevestigen, rekening houdend met het “administratief gedeelte van het lastenboek”, waarin zich mogelijkerwijze “hiaten bevinden die onze uitsluiting op de helling kunnen brengen”.

3.8. Met een faxbericht van 27 augustus 2003 nuanceert voormelde jurist zijn eerder uitgebracht advies als volgt:

“Zonder in detail te willen treden, kan vastgesteld worden dat het bestek enerzijds, op verschillende plaatsen, melding maakt van de uitvoeringstermijn

van maximaal 200 kalenderdagen, als een door het bestuur opgelegde uitvoeringsvoorwaarde.

Anderzijds is één van de gunnings- of beoordelingscriteria de uitvoeringstermijn van de werken, m.a.w. waarbij de inschrijvers eigen uitvoeringstermijnen kunnen voorstellen die volgens een bepaalde vergelijking zullen beoordeeld en gequoteerd worden.

Dit lijkt dus al tegenstrijdig met de vermeldingen in het bestek waarbij de uitvoeringstermijn wordt gelegd van maximaal 200 kalenderdagen.

De vraag is dus of de uitvoeringstermijn een dwingende bepaling is waarvan niet mag worden afgeweken, ofwel dat dit een facultatieve bepaling is waarvan de voorstellen zullen geëvalueerd worden.

Ik meen dat het tweede aan de orde is. Maar dit betekent niet dat de mogelijkheid voor inschrijvers om eigen voorstellen van uitvoeringstermijn te doen onbeperkt zou zijn, wel integendeel: het recht om een eigen voorstel in te dienen is beperkt tot de randvoorwaarden die in het bestek staan, met name: de uitvoeringstermijn moet uitgedrukt blijven in kalenderdagen”.

3.9. Nog diezelfde 27 augustus 2003 richt verwerende partij een schrijven aan verzoekende partij waarin het volgende wordt meegedeeld:

“Betreffende uw inschrijving op de algemene offerteaanvraag ‘oprichting dagverzorgingscentrum, inrichting ergo-kinesithérapie’ perceel 1 bouw en afwerking [...], delen wij u mede dat uw inschrijving als onregelmatig wordt beschouwd wegens afwijkende bepalingen omtrent de uitvoeringstermijn”.

3.10. Op 28 augustus 2003 wordt een gunningsverslag opgesteld door de architect-ontwerper. Wat de “ontvankelijkheid van de inschrijvingen” betreft worden ten aanzien van de offerte van verzoekende partij de volgende vaststellingen gedaan:

“In de beschrijving [bedoeld wordt: het bestek] is een uitvoeringstermijn van 200 kalenderdagen opgegeven.

De inschrijver VMG-De Cock geeft in een verklarende nota een uitvoeringstermijn in werkdagen ipv kalenderdagen.

Bij de juridische dienst van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap is navraag gedaan ivm deze wijziging.

Volgens deze dienst is het een inschrijver niet toegelaten de uitvoeringstermijn te wijzigen en/of om te zetten in werkdagen.

Ten gevolge van de wijziging is de bieding van de inschrijver VMG-De Cock onregelmatig.

In het aanbestedingsverslag wordt de offerte van de inschrijver VMG-De Cock niet verder behandeld”.

De twee overblijvende offertes worden vervolgens aan de gunningscriteria getoetst.

Wat het gunningscriterium “uitvoeringstermijn van de werken” betreft wordt voor beide offertes de volgende gelijklopende vaststelling gedaan:

“De inschrijver [...] geeft geen melding van aanpassing van de uitvoeringstermijn en gaat dus akkoord met de gestelde 200 kalenderdagen”.

Het Hamse Bouwbedrijf bvba behaalt uiteindelijk 77/100 en wordt als eerste gerangschikt. RIVO nv behaalt 63/100 en wordt tweede. Er wordt dienvolgens voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan Het Hamse Bouwbedrijf bvba voor een bedrag van 479.113,10 euro, btw niet inbegrepen.

3.11. Op 10 september 2003 neemt de raad voor maatschappelijk welzijn van het OCMW van Sint-Niklaas de thans bestreden beslissing. Er wordt verwezen naar het advies van de juridische dienst van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en het gunningsverslag. Wat de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij betreft wordt de beslissing als volgt gemotiveerd:

“Overwegende dat de inschrijver VMG De Cock een uitvoeringsdatum opgeeft van 142 werkdagen, daar waar het bestuur een uitvoeringstermijn opgeeft van maximum 200 kalenderdagen;

Overwegende dat de uitvoeringstermijn tevens een gunningscriterium is en hier dus geen vergelijking tussen de verschillende inschrijvers mogelijk is;

Overwegende dat de inschrijving van VMG De Cock dus als onregelmatig wordt beschouwd”.

Er wordt ten slotte beslist om de opdracht toe te wijzen aan Het Hamse Bouwbedrijf bvba.

3.12. Met een brief van 22 oktober 2003 reageert verzoekende partij op het schrijven van verwerende partij van 27 augustus 2003. Zij stelt dat verwerende partij de offertes niet “op een zorgvuldige, deskundige en objectieve wijze” heeft geëvalueerd en “zondermeer” het redelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

3.13. Verwerende partij antwoordt met een schrijven van 27 oktober 2003 dat “in toepassing van art. 89 en 110 van het KB van 8/1/1996 offertes waarin afgeweken wordt van de termijnen zoals vermeld in het bestek (o.a. uitvoeringstermijn), als volstrekt nietig worden beschouwd”.

3.14. Verzoekende partij vraagt met een brief van 29 oktober 2003 “welk gevolg zal gegeven worden aan onze inschrijving” en om mededeling van “het nazichtsverslag der biedingen”.

3.15. Met een schrijven van 5 november 2003 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat de opdracht werd toegewezen aan Het Hamse Bouwbedrijf bvba. Een afschrift van de toewijzingsbeslissing van 10 september 2003 wordt bijgevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt in de memorie van antwoord excepties op betreffende de ontvankelijkheid van het beroep ten aanzien van de eerste bestreden beslissing.

In het auditorsverslag worden deze excepties op beredeneerde wijze verworpen.

In haar laatste memorie verklaart verwerende partij uitdrukkelijk dat zij “zich aansluit bij het advies van de auditeur die terecht van oordeel is dat geen van de ingeroepen middelen gegrond zijn”. Zij gaat vervolgens nog in op de gegrondheid van het beroep, doch zij komt op generlei wijze terug op de ontvankelijkheid ervan. Verwerende partij mag dan ook worden geacht niet langer op de excepties aan te dringen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Het eerste middel is gesteund op de schending van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en van artikel 110 §2 iuncto artikel 89 van het K.B. van 8 januari 1996”. Het middel bestaat uit twee onderdelen.

5.1. In een eerste onderdeel betoogt verzoekende partij dat haar offerte “geen afwijking van een essentiële besteksbepalings” bevat.

Zij stelt dat het onmogelijk was voor een “correcte en te goeder trouw handelende” inschrijver om een uitvoeringstermijn in kalenderdagen op te geven, vermits er geen aanvangsdatum werd gegeven, waardoor niet geweten was welke wettelijke verlofdagen er binnen de uitvoeringstermijn vallen. Wat de verlofdagen betreft verwijst verzoekende partij naar artikel 28, § 1, 2/ en 3/ van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken. Gelet op de onmogelijkheid om een termijn in kalenderdagen op te geven was verzoekende partij naar eigen zeggen “genooddaakt om een uitvoeringstermijn in werkdagen op te geven”. “Het invullen van een voorwaarde op een manier dat deze tegemoetkomt aan de bedoeling van het opdrachtgevend bestuur en inhoudelijk correct is, eerder dan een onvolkomenheid in het bestek te onderschrijven terwijl men weet of behoort te weten dat men deze onderschrijving niet kan realiseren, kan een offerte bezwaarlijk onregelmatig maken”, zo stelt verzoekende partij nog.

Uit artikel 28, § 1, 3/ van het koninklijk besluit van 26 september 1996, dient volgens verzoekende partij te worden afgeleid dat de uitvoeringstermijn enkel in kalenderdagen mag worden uitgedrukt “om economische redenen”, waarvan te dezen geen melding wordt gemaakt. Ook uit “ministeriële omzendbrieven” blijkt dat een uitvoeringstermijn in kalenderdagen uitzonderlijk moet blijven.

5.2. In het tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat haar offerte “geen substantiële onregelmatigheid” bevat.

Zij doet daartoe onder meer het volgende gelden:

“2.2.1. Voor zover toch mocht geoordeeld worden dat de offerte van de verzoekster door een onregelmatigheid aangaande de uitvoeringstermijn aangetast was (quod non), dan betrof deze onregelmatigheid geenszins een essentiële bestekbepaling, die zou toelaten te besluiten tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Immers:

- het opdrachtgevend bestuur heeft in het bestek expliciet en op exhaustieve wijze de voorwaarden opgenomen die, bij miskennis ervan, aanleiding zouden geven tot de onaanvaardbaarheid van de offerte [...]; de uitvoeringstermijn werd hieronder niet vermeld;
- de uitvoeringstermijn vormde één der gunningscriteria; als toelichting bij dit criterium werd vermeld [...];

‘De referentiebasis zal ofwel de kleinste uit voeringstermijn in kalenderdagen zijn, ofwel, indien deze hoger ligt dan de maximum uitvoeringstermijn de opgelegde termijn zelf.’ [...]

m.a.w., zelfs een overschrijding van de vooropgestelde termijn wordt uitdrukkelijk toelaatbaar gesteld en brengt geenszins de onregelmatigheid van de offerte met zich mee;

[...]

Hieruit blijkt onbetwistbaar dat de uitvoeringstermijn geen essentieel element vormde van het bestek, hetgeen meteen impliceert dat van een substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekster geen sprake kan zijn.

2.2.2. De voorschriften inzake prijzen, termijnen en technische voorwaarden mogen in principe dan wel essentieel zijn, doch hieruit mag niet afgeleid worden dat alle afwijkingen van bepalingen die de prijzen, de termijnen en de technische voorwaarden kunnen beïnvloeden, de substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg hebben. Steeds moet in concreto nagegaan worden of de bepaling waarvan in het concrete geval is afgeweken, in het licht van de totaliteit van de bestekbepalingen wel essentieel is. [...]

Des te minder kan/mag een afwijking als een substantiële onregelmatigheid beschouwd worden, wanneer het bestek zelf de afwijkingen opsomt die hiervoor in aanmerking komen, en de afwijking in kwestie hierbij niet genoemd wordt.

[...]

Zoals hoger aangetoond werd, heeft het opdrachtgevend bestuur op expliciete zowel als op impliciete wijze aangegeven dat zij de uitvoeringstermijn niet als een essentiële besteksbepaling aanziet”.

Verzoekende partij verwijst vervolgens naar het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en erkent dat “indien de afwijking van het bestek van aard is om hetzij de betrokken inschrijver te bevoordelen, hetzij de andere inschrijvers te benadelen, [...] de offerte in kwestie als substantieel onregelmatig afgewezen [dient] te worden”. Te dezen is van een dergelijke aantasting van de gelijkheid tussen de verschillende inschrijvers evenwel geen sprake:

“De verzoekster heeft geheel correct en te goeder trouw gesignaleerd dat, zonder opgave van de begindatum van de werken, onmogelijk een termijn uitgedrukt in kalenderdagen kan opgegeven worden. Kennelijk zagen de andere inschrijvers zich door deze feitelijke onmogelijkheid niet gehinderd zich toch tot een welbepaalde termijn in kalenderdagen te verbinden, hetgeen blijkt uit het feit dat hun offertes wel in aanmerking genomen werden”.

Verzoekende partij vervolgt:

“Vermits het opdrachtgevend bestuur de inschrijvers noodzaakte uit te gaan van een theoretische benadering bij opgave van de uitvoeringstermijn (door enerzijds het niet vermelden van een aanvangsdatum, en anderzijds een termijn in kalenderdagen te vereisen), dient zij - geheel consequent met deze theoretische benadering - de evaluatie en vergelijking van de termijnen eveneens uit te voeren vanuit een strikt theoretisch oogpunt”.

Zij wijst op de mogelijkheid om een termijn in kalenderdagen om te zetten naar een termijn in werkdagen en vice versa, hoewel zij meteen erkent dat “het de facto onmogelijk [is] om een uitvoeringstermijn in werkdagen om te zetten in een uitvoeringstermijn in kalenderdagen die in de praktijk overeind zou blijven”. Niettemin stelt zij dat het aldus “wel degelijk mogelijk geweest [zou] zijn om de diverse inschrijvingen aangaande het aspect uitvoeringstermijn met elkaar te vergelijken en te kwoteren, althans voor zover het opdrachtgevend bestuur daartoe een minimale bereidheid had getoond (hetgeen overeenkomstig het beginsel van behoorlijk bestuur van haar mocht verwacht worden)”. Het is volgens verzoekende partij dan ook “fundamenteel onjuist” om te stellen, zoals verwerende partij doet, “dat een evaluatie en kwotering onmogelijk is”.

Verzoekende partij besluit dat verwerende partij haar offerte “ten onrechte als onregelmatig [heeft] beoordeeld, terwijl zij in plaats daarvan deze offerte inhoudelijk, met inbegrip van de uitvoeringstermijn als één der gunningscriteria, had dienen te beoordelen”.

6. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij dat haar offerte “geen afwijking van de vooropgestelde termijn” bevat. Zij herhaalt dat “de termijnverbintenis welke de verweerster van de inschrijvers verwachtte [...] onrealistisch [was] en kon als zodanig door geen enkele inschrijver te goeder trouw onderschreven worden”.

Na inzage van het administratief dossier betoogt de verzoekende partij voorts het volgende:

“2.2. Het feit dat de beide andere inschrijvers geen opmerkingen maakten aangaande de door de verweerster vooropgestelde termijn, toont geenszins aan dat de termijn van 200 kalenderdagen uitvoerbaar zou zijn.

Bij nader onderzoek blijkt trouwens dat de andere inschrijvers geen termijn hebben opgegeven, doch dat de verweerster uit het stilzwijgen van deze inschrijvers afgeleid heeft dat zij zich akkoord verklaarden met de termijn van 200 kalenderdagen.

Evengoed kon dit stilzwijgen echter een weldoordachte zet geweest zijn van deze inschrijvers, zodat zij, zonder zich nadrukkelijk tot een termijn te verbinden, de mogelijkheid openlieten om naderhand de uitvoeringstermijn alsnog in twijfel te trekken, stellende dat één en ander op een vergissing berustte, veroorzaakt door het feit dat evident slechts een termijn in werkdagen kon onderschreven worden, hetgeen de ‘vergissing’ zou moeten vergoelijken.

2.3. Evengoed als de verzoekster konden de andere inschrijvers zelfs niet bij benadering weten hoeveel effectieve werkdagen de periode van 200 kalenderdagen met ongeken­de aanvangsdatum hen zou bieden, nu het exact aantal vakantiedagen en weerverletdagen dat in deze periode van bijna 7 maanden zou vallen, op moment van inschrijving een ongeken­de factor vormde.

[...]

Voor zover het stilzwijgen van de andere inschrijvers effectief kan aanzien worden als een daadwerkelijk opgenomen engagement om de werken binnen de 200 kalenderdagen uit te voeren, dan is dit engagement volstrekt irrealistisch en slechts gedaan om formeel tegemoet te komen aan de termen van het bestek.

Merkwaardig is dat de verweerster, hoewel hierop gewezen door de verzoekster, dit onrealistisch engagement vanwege de andere inschrijvers zonder meer heeft aanvaard”.

Voorts herneemt verzoekende partij haar argumentatie dat haar offerte niet afwijkt van een essentiële besteks­bepaling en, ondergeschikt, dat haar offerte geen substantiële onregelmatigheid bevat.

7. In haar laatste memorie betoogt verzoekende partij onder meer dat “de andere inschrijvers de vooropgestelde termijn van 200 kalenderdagen kennelijk stilzwijgend aanvaard hebben”. Voorts stelt zij dat het duidelijk is dat de andere inschrijvers een onrealistische offerte hebben ingediend daar “de uitvoering in werkelijkheid 320 kalenderdagen heeft gekost”.

Beoordeling

8. Voor zoveel als de verwerende partij de ontvankelijkheid van het middel betwist, wordt vastgesteld dat de exceptie de grond van de zaak raakt.

9.1. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt als volgt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteks­bepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel,

enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Luidens artikel 89, derde lid, van ditzelfde koninklijk besluit omvatten de essentiële voorwaarden van de opdracht onder meer “prijzen, termijnen, technische specificaties”.

9.2. Artikel 110, § 2, maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer degene die betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid- waarin het bestuur het recht heeft om de inschrijvingen als onregelmatig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Indien een offerte door het bestuur substantieel onregelmatig wordt bevonden, moet het bestuur die offerte buiten beschouwing laten. Terzake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid.

Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, leidt in beginsel steeds tot de substantiële onregelmatigheid van de betrokken offerte.

9.3. Wat de uitvoeringstermijn van de opdracht betreft, schrijft het bestek te dezen een maximale uitvoeringstermijn voor van 200 kalenderdagen. Zoals verzoekende partij terecht aanwijst wordt bij de omschrijving van het gunnings-criterium “uitvoeringstermijn van de werken” evenwel de mogelijkheid opengelaten om een langere uitvoeringstermijn voor te stellen, zodat het essentieel karakter van de opgelegde maximumduur van de uitvoeringstermijn voor betwisting vatbaar lijkt. Tegelijkertijd moet echter worden vastgesteld dat het bestek geenszins voorziet in de mogelijkheid voor de inschrijvers om een uitvoeringstermijn uitgedrukt in werkdagen voor te stellen.

Verzoekende partij heeft desondanks toch een offerte ingediend waarin een uitvoeringstermijn van 142 werkdagen wordt voorgesteld. Aldus wijkt deze offerte af van de bepalingen van het bestek met betrekking tot de

uitvoeringstermijn, die, zoals rechtstreeks voortvloeit uit artikel 110, § 2, en artikel 89, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, tot de voornaamste bepalingen van het bestek behoren, en die te dezen een uitvoeringstermijn in kalenderdagen vereisen.

Voorts kan, zoals verzoekende partij overigens zelf uitdrukkelijk erkent, een uitvoeringstermijn in werkdagen niet zonder meer worden omgezet naar een uitvoeringstermijn in kalenderdagen. De door verzoekende partij voorgestelde en van het bestek afwijkende uitvoeringstermijn in werkdagen maakt het aldus onmogelijk om deze offerte op een objectieve wijze te vergelijken met offertes die conform het bestek een uitvoeringstermijn in kalenderdagen opgeven.

De verwijzing naar artikel 28, § 1, 3/, van het koninklijk besluit van 26 september 1996, waarvan de eerste volzin luidt: “Indien de uitvoeringstermijn van de opdracht evenwel om economische redenen niet in werkdagen is uitgedrukt maar in kalenderdagen [...] worden alle dagen zonder onderscheid in deze termijn gerekend”, doet aan deze vaststelling met betrekking tot de vergelijkbaarheid van de offertes geen afbreuk. Bovendien kan niet worden ingezien hoe deze bepaling, die enkel betrekking heeft op de wijze waarop de uitvoeringstermijn wordt berekend, verwerende partij te dezen zou beletten om de voorkeur te geven aan een uitvoeringstermijn in kalenderdagen boven een termijn uitgedrukt in werkdagen.

9.4. Verwerende partij mocht aldus terecht besluiten dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig was aangezien deze niet kon worden vergeleken met besteksconforme offertes en daarom uitgesloten diende te worden.

10. Voorzover verzoekende partij aanvoert dat de twee andere inschrijvers een onrealistische uitvoeringstermijn in hun offertes hebben opgegeven, toont zij niet aan dat deze termijn materieel onmogelijk is; de uitvoeringstermijn hangt van verscheidene factoren af; zo is het denkbaar dat er factoren zijn die de inschrijver in de hand heeft zoals de middelen die hijzelf inzet en factoren die de inschrijver meer moet ondergaan zoals werkverlet; verzoekende partij geeft niet aan dat de opdracht uitvoeren binnen een termijn van 200 kalenderdagen materieel onuitvoerbaar is.

11. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid schending van het redelijkheidsbeginsel”.

Zij verwijt verwerende partij een “foutieve uitoefening van de discretionaire bevoegdheid”. Het bestuur heeft te dezen het redelijkheidsbeginsel geschonden nu zij bij de uitoefening van haar beoordelingsvrijheid om een relatieve onregelmatigheid aan te nemen, geen gegronde motieven had.

Voorts merkt ze op dat verwerende partij bij haar beslissing zich heeft laten leiden door het feit dat er tussen haar en verzoekende partij reeds een geding aanhangig is.

Beoordeling

13. Zoals bij de beoordeling van het eerste middel werd vastgesteld heeft de verwerende partij terecht aangenomen dat een substantiële onregelmatigheid in de offerte van verzoekende partij voorhanden was; het middel gaat dan ook ten onrechte uit van een relatieve onregelmatigheid en wordt dienvolgens verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een derde middel voert verzoekende partij de schending aan van de “formele en/of materiële motiveringsplicht”.

Daar het om een relatieve onregelmatigheid gaat diende verwerende partij afdoende te motiveren waarom ze de offerte van verzoekende partij als onregelmatig afgewezen heeft. Dit heeft ze te dezen nagelaten.

15. Verzoekende partij voert in haar memorie van wederantwoord aan dat zij de beslissing aangaande haar onregelmatigverklaring niet ontvangen heeft en

er dus, wat deze beslissing betreft, een schending is van de materiële en formele motiveringsplicht. Wat de toewijzingsbeslissing betreft is er een schending van de materiële motiveringsplicht.

Beoordeling

16. Voorzover verzoekende partij in dit middel ervan uitgaat dat het om een relatieve onregelmatigheid gaat, is dit uitgangspunt, zoals uit de beoordeling van het eerste middel blijkt, onjuist.

17. Voorts wordt vastgesteld dat de formele beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij door verwerende partij genomen werd op 10 september 2003 in één akte samen met de toewijzingsbeslissing.

In deze beslissing overweegt verwerende partij uitdrukkelijk als volgt:

“Overwegende dat de inschrijver VMG De Cock een uitvoeringsdatum opgeeft van 142 werkdagen, daar waar het bestuur een uitvoeringstermijn opgeeft van maximum 200 kalenderdagen;

Overwegende dat de uitvoeringstermijn tevens een gunningscriterium is en hier dus geen vergelijking tussen de verschillende inschrijvers mogelijk is;

Overwegende dat de inschrijving van VMG De Cock dus als onregelmatig wordt beschouwd”.

Deze redengeving volstaat voor de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. Het beroep wordt verworpen.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 december 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest