RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 203.217 van 22 april 2010
in de zaak A. 113.548/XII-3363.

In zake : 1. Piet VAN BESIEN,
2. Erik VERSTRAETE,
die woonplaats kiezen bij
advocaat R. De Jaeger,
kantoor houdende te Maldegem,
Westeindestraat 145

tegen :

de UNIVERSITEIT GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Piet Van Besien en Erik Verstraete, op 29 november 2001 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing van 24 augustus 2001 van de rector van de Universiteit Gent houdende de gunning - in het kader van de algemene offerteaanvraag inzake de opdracht voor aanneming van diensten betreffende de Aërodynamische toren e.a., bijzonder bestek gekend onder het referentienummer R2001/016 - van :

- het perceel 6 'Nieuw restaurant en voetgangersbrug Heymans' aan Nero bvba Multiprofessionele architectenvennootschap
- het perceel 7 'Kantoorgebouw Elintec' aan Nero bvba Multiprofessionele architectenvennootschap
- het perceel 8 'Pluimvee en bijzondere dieren' aan Claeys Marc G.E., architect";

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 1 september 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 7 oktober 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 oktober 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat R. Heijse, die verschijnt voor verzoekende partijen, en van advocaat L. Schellekens, die verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht van diensten, meer bepaald een architectuuropdracht. Deze opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 20 februari 2001 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 februari 2001. In de aankondiging wordt bepaald dat de opdracht uit elf percelen bestaat. Het voorliggende beroep heeft betrekking op perceel 6 (nieuw restaurant en voetgangersbrug Heymans), perceel 7 (kantoorgebouw Elintec) en perceel 8 (pluimvee en bijzondere dieren).

Het bestek bepaalt het volgende inzake de gunningscriteria :

> "De gunning van de opdracht zal gebeuren op basis van de voordeligste regelmatige offerte, rekening houdend met de volgende gunningscriteria :
>
> - een in werkdagen uitgedrukte planning voor het opstellen van het ontwerpdossier;
> - tijdstip vanaf wanneer de dienstverlener beschikbaar is voor de uitvoering van de opdracht. Dit dient te worden uitgedrukt in kalenderdagen vanaf de toewijzing van het dossier;

- voor de percelen 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 en 11 : een beknopte schematische weergave (maximum 1 blad van A4 formaat) van de visie van de architecten. Indien de schematische weergave meer beslaat dan 1 blad van A4 formaat heeft dit de nietigheid van de offerte tot gevolg".

2. Op 16 maart 2001 vindt een informatievergadering plaats. Naar aanleiding van deze vergadering richt verwerende partij op 5 april 2001 een schrijven aan verzoekende partijen waarin ondermeer wordt meegedeeld dat "Het eerste gunningscriterium [...] dient gelezen te worden als volgt : 'een in werkdagen uitgedrukte planning voor het opstellen van het *schetsontwerp*'".

3. De inschrijvingen worden geopend op 18 april 2001. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen blijkt dat 34 ondernemingen een offerte hebben ingediend voor één of meer van de elf percelen. Verzoekende partijen hebben onder de naam "Aiko Architecten- en ingenieursbureau" een offerte ingediend voor de percelen 3, 5, 6, 7 en 8.

4. Op 24 augustus 2001 neemt verwerende partij de thans bestreden beslissing. In een uitgebreid "proces-verbaal van de gunning van de algemene offerteaanvraag inzake de opdracht voor aanneming van diensten betreffende de Aerodynamische toren e.a.", wordt in de eerste plaats besloten om af te zien van de gunning van perceel 5. Bij de controle van de "materiële regelmatigheid" van de offertes wordt het volgende vastgesteld met betrekking tot de offerte van verzoekende partijen voor perceel 3 (containerpark Sterre) :

> "Overwegende dat de offerte van Aiko architecten en ingenieursbureau voor perceel 3 slechts geldt indien minstens één ander perceel aan deze inschrijver wordt toegekend;
>
> dat deze inschrijver aldus een voorwaarde toevoegt aan deze offerte waardoor zij substantieel onregelmatig wordt".

Vervolgens worden de overblijvende offertes van verzoekende partijen, namelijk voor de percelen 6, 7 en 8, beoordeeld aan de hand van de in het bestek opgenomen gunningscriteria.

5. De wijze waarop de offertes aan het eerste gunningscriterium worden getoetst wordt als volgt toegelicht in het voormelde proces-verbaal van de gunning :

"Overwegende dat, om de evaluatie van de in werkdagen uitgedrukte planning zo objectief mogelijk te maken, rekening werd gehouden met de mediaan van de werkdagen opgegeven door alle geselecteerde en regelmatige inschrijvers;

Dat de inschrijvers waarvan het opgegeven aantal werkdagen hetzij overeenstemt met de mediaan hetzij een maximale afwijking vertoont naar beneden of naar boven toe van 2 dagen of 2,5 dagen (inden de mediaan geen even getal is) beoordeeld werden als zeer goed;

Dat de inschrijvers waarvan het opgegeven aantal werkdagen een maximale afwijking vertoont naar beneden of naar boven toe van 5 dagen of 5,5 dagen (indien de mediaan geen even getal is) beoordeeld werden als goed;

Dat de overige inschrijvers voor dit criterium een voldoende scoren tenzij de afwijking werkelijk zo groot is dat het opgegeven aantal hetzij niet realistisch is (grote afwijking naar beneden toe), hetzij voor het bestuur onaanvaardbaar is (grote afwijking naar boven toe)".

Wat betreft de offertes voor perceel 6 bedraagt de mediaan 30 dagen, "een afwijking van 2 naar boven en onder werd getolereerd om de score zeer goed te bekomen en een afwijking van 5 naar boven en naar onder om een score goed te bekomen". Verzoekende partijen hadden in hun offerte voor perceel 6 een termijn van 11 dagen opgegeven. Deze termijn wordt als "niet realistisch" beoordeeld.

De offertes voor perceel 7 hebben een mediaan van 24,5 dagen, "een afwijking van 2,5 naar boven en onder werd getolereerd om de score zeer goed te bekomen en een afwijking van 5,5 naar boven en onder om een score goed te bekomen". Voor perceel 7 hadden verzoekende partijen in hun offerte eveneens in een termijn van 11 dagen voorzien. Deze termijn wordt eveneens "niet realistisch" bevonden.

Voor de offertes voor perceel 8 tenslotte ligt de mediaan op 20 dagen, "een afwijking van 2 naar boven en onder werd getolereerd om de score zeer goed te bekomen en een afwijking van 5 naar boven en naar onder om een score goed te bekomen". Ook voor perceel 8 hadden verzoekende partijen 11 dagen opgegeven als termijn. Deze termijn wordt door verwerende partij "voldoende" geacht.

6. De evaluatie van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium wordt als volgt omschreven :

"Overwegende dat de evaluatie van de beschikbaarheid gebeurd is als volgt :

> 0 (=onmiddellijk) kalenderdagen of 1 kalenderdag werd beoordeeld als zeer goed, een beschikbaarheid binnen 10 kalenderdagen als goed en hogere waarden als niet aanvaardbaar".

Betreffende perceel 6, 7 en 8 krijgen verzoekende partijen een score van "zeer goed" voor dit criterium.

7. De beoordeling met het derde gunningscriterium wordt als volgt verduidelijkt :

> "Overwegende dat de evaluatie van de beknopte schematische weergave van de visie van de architecten gebeurd is als volgt: afhankelijk van de aandacht voor de context van de opdracht en voor het architecturale aspect, wordt de score minder goed, goed of zeer goed toegekend".

De offerte voor perceel 6 wordt als "zeer goed" beoordeeld, de offerte voor perceel 7 als "minder goed" en de offerte voor perceel 8 als "zeer goed".

8. Er wordt besloten om perceel 6 en 7 toe te wijzen aan de bvba Nero Multiprofessionele Architectenvennootschap en perceel 8 aan architect Claeys Marc G.E.

9. Verwerende partij deelt bij schrijven van 28 september 2001 aan verzoekende partijen mee dat hun offerte "niet werd gekozen".

Met een brief van 1 oktober 2001 vragen verzoekende partijen de gemotiveerde beslissing van gunning van de opdracht.

Bij brief van 5 oktober 2001 wordt verzoekende partijen het voormelde proces-verbaal van de gunning van de opdracht toegezonden.

Gegrondheid van het beroep

Standpunt van de partijen

10. In een *enig middel* voeren verzoekende partijen de schending aan van "artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken,

leveringen en diensten, artikel 101 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken, artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het algemeen beginsel 'patere legem quem ipse fecisti', en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel inzake de vereiste gelijke behandeling van de inschrijvers, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel inzake de vereiste dat de overheidsbeslissingen moeten berusten op in feite juiste en in rechte pertinente motieven".

Zij onderbouwen dit middel als volgt :

"Doordat de bestreden beslissing het eerste gunningscriterium omschrijft als 'een in werkdagen uitgedrukte planning voor het opstellen van het ontwerpdossier'; uit de beschrijving van de beoordelingsmethode blijkt dat om de evaluatie van het eerste gunningscriterium zo objectief mogelijk te maken, rekening werd gehouden met de mediaan van de werkdagen opgegeven door alle geselecteerde en regelmatige inschrijvers; de toekenning van de beoordeling 'zeer goed' en 'goed' gebeurt in functie van de in de bestreden beslissing vastgelegde maximale afwijkingen ten aanzien van de mediaan; de offertes die zich buiten de maximale afwijkingen voor de score 'zeer goed' en 'goed' situeren de beoordeling 'voldoende' krijgen, tenzij het opgegeven aantal hetzij niet realistisch is wegens een grote afwijking naar beneden toe, hetzij voor het bestuur onaanvaardbaar is wegens een grote afwijking naar boven toe; verzoekers voor perceel 6, 7 en 8 het aantal planningswerkdagen op 11 heeft vastgesteld, de bestreden beslissing deze 11 werkdagen nu eens als 'niet realistisch' beoordeeld en dan eens als 'niet voldoende';

Terwijl, overeenkomstig de in het middel aangehaalde bepalingen de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver, die rekening houdend met de gunningscriteria vermeld in het bestek, de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend; bij schrijven van 5 april 2001 werd meegedeeld dat het eerste gunningscriterium dient gelezen te worden als 'een in werkdagen uitgedrukte planning voor het opstellen van het schetsontwerp'; de bestreden beslissing het eerste gunningscriterium evenwel omschrijft als een 'evaluatie van de in werkdagen uitgedrukte planning van het ontwerpdossier';

En terwijl, overeenkomstig de in het middel aangehaalde bepalingen voor de toekenning van een score voor een welbepaald gunningscriterium, niet alleen de gekozen beoordelingsmethode maar ook de vastgelegde toekenbare scores, de gelijkheid onder de inschrijvers niet mogen verstoren; daarenboven de gekozen beoordelingsmethode moet steunen op in feite juiste en in rechte pertinente en afdoende motieven; meer in het bijzonder wanneer men een score koppelt aan een welbepaalde afwijking van een mathematisch gemiddelde, deze koppeling de gelijkheid onder de inschrijvers niet mag aantasten en moet gesteund zijn op in feite juiste en in rechte pertinente en afdoende motieven;

En terwijl, overeenkomstig de in het middel aangehaalde bepalingen de in concreto aan een welbepaalde offerte toegekende score moet gesteund zijn op in feite juiste en in rechte pertinente en afdoende motieven".

In de nadere uiteenzetting van het middel delen verzoekende partijen het middel op in vier onderdelen.

Aangaande een *tweede onderdeel* "betreffende de gehanteerde beoordelingsmethode en quoteringsschaal" betogen verzoekende partijen dat de door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethode bij het eerste gunningscriterium - die volgens verzoekende partijen "gesteund is op een mathematisch gemiddelde van alle geselecteerde regelmatige offertes" - "alles behalve objectief" is en daarentegen "arbitrair [is] en in het voordeel van die inschrijvers die een lange(re) planningstermijn hebben opgegeven".

Volgens verzoekende partijen "is niet in te zien waarom men voor de beoordeling van dit criterium een gemiddelde heeft berekend" en "motiveert de bestreden beslissing niet waarom de voorkeur moet worden verleend aan deze methode". Zij werpen op dat het "logisch en evident [is] dat een bouwheer het geplande bouwwerk zo snel mogelijk wenst gerealiseerd te zien" en bijgevolg is de meest gunstige offerte "de offerte die zich ertoe engageert binnen de kortste termijn het schetsontwerp te zullen hebben voltooid". Hierbij wijzen verzoekende partijen op het feit dat "de bepaling van de planningstermijn een puur aannemingsrisico betreft dat integraal door de inschrijver moet gedragen worden" en dat, "indien tijdens de uitvoering van de opdracht zou blijken dat [de inschrijver] zijn vooropgestelde termijn niet zal halen", de daaruit voortvloeiende "lasten en kosten" "integraal en exclusief ten laste van de inschrijver [vallen] en niet van het bestuur". Voorts stellen zij dat de planningstermijn afhankelijk is van diverse factoren die eigen zijn aan de inschrijver zelf.

Verzoekende partijen verwijten de bestreden beslissing tegenstrijdig te zijn wat betreft toegepaste beoordelingsmethode omdat "de beoordeling van het tweede gunningscriterium 'tijdstip van beschikbaarheid' wel in functie van het door de inschrijver opgegeven aantal kalenderdagen kon gebeuren (en dus niet aan de hand van een mathematisch gemiddelde)". Zij benadrukken dat "de bestreden beslissing geen formele en materiële motieven aan[reikt] ter verantwoording van het gebruik van een gemiddeldensysteem voor de beoordeling van het eerste gunningscriterium".

In een *derde onderdeel* "betreffende de vastlegging van de toekenbare scores" stellen verzoekende partijen dat de door verwerende partij bij de

beoordeling van het eerste gunningscriterium vastgelegde afwijkingsmarges “in strijd [zijn] met de gelijkheid onder de inschrijvers” en met “de formele en materiële motiveringsplicht” omdat deze marges worden vastgelegd “zonder rekening te houden met de concrete waarde van het bekomen gemiddelde”. Volgens verzoekende partijen is het gelijkheidsbeginsel geschonden “wanneer igv een gemiddelde van 30 eenzelfde ‘beperkte’ afwijkingsmarge wordt benut als bij een gemiddelde van 20”. Wat de schending van de motiveringsplicht betreft “worden er geen criteria aangereikt om te bepalen vanaf wanneer welke precieze afwijkingsmarge een planningstermijn ‘niet realistisch’ of ‘onaanvaardbaar’ is”.

In een *vierde onderdeel* “betreffende de concrete beoordeling van de offerte van verzoekers” werpen verzoekende partijen in de eerste plaats op dat de bestreden beslissing niet motiveert waarom de door hen bij de percelen 6, 7 en 8 voorgestelde planningstermijn van 11 werkdagen als “niet realistisch” wordt beoordeeld. Zij wijzen hierbij op het feit dat zij “een dergelijke korte termijn [konden] voorstellen, omdat de beschikbare mankracht, de logistieke uitrusting, het werkvolume en de ervaring inzake het voorwerp van de percelen dit toeliet”.

11. Verwerende partij antwoordt daarop dat verzoekende partijen ten onrechte stellen dat hoe dan ook de “snelste uitvoeringstermijn” als meest voordelige moest worden beschouwd. Een bouwheer zal immers veeleer de voorkeur geven aan een goed doordacht schetsontwerp dat zonder al te veel wijzigingen kan worden gebruikt in het verdere bouwproces: de snelheid waarmee het bouwwerk uiteindelijk kan worden gerealiseerd houdt niet noodzakelijk verband met de snelheid van het opmaken van het schetsontwerp.

Verwerende partij betoogt voorts dat het precies is om zo objectief mogelijk de “realiteitswaarde” van de termijnen te beoordelen dat van de mediaan werd uitgegaan en zij de maatstaf aldus door de “relevante markt” liet bepalen.

Betreffende het verschil in beoordelingsmethode met het gunningscriterium “tijdstip van beschikbaarheid” doet verwerende partij gelden dat de beide criteria “een andere functie en betekenis” hebben: ieder uitstel van beschikbaarheid betekent voor de opdrachtgever “louter” tijdverlies en zulks is anders voor de termijn van uitvoering van een schetsontwerp.

Wat ten slotte de toegepaste afwijkingsmarges betreft, stelt verwerende partij dat zij niet verplicht is de motieven van de motieven in haar beslissing op te nemen, dat verzoekende partijen niet aantonen dat de toegepaste marges “kennelijk onredelijk of arbitrair [zijn] en aldus op in rechte niet pertinente gegevens zouden steunen”. Zij merkt nog op dat op alle inschrijvers dezelfde criteria zijn toegepast.

Beoordeling

12. Centraal staat de betwisting van de wijze waarop verwerende partij het eerste gunningscriterium heeft getoetst. Door haar beoordelingswijze heeft verwerende partij beweerdelijk onder meer artikel 16 van de wet van 24 december 1993, de formele- en de materiële-motiveringsplicht, en de vereiste gelijke behandeling van de inschrijvers geschonden.

Luidens genoemd artikel 16 dient bij algemene of beperkte offerteaanvraag “de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht”.

De gunningscriteria laten de mogelijke inschrijvers toe om te weten op welke elementen de beoordeling door de aanbestedende overheid zal steunen.

13. Het in het geding zijnde eerste gunningscriterium is de “in werkdagen uitgedrukte planning voor het opstellen van het ontwerpdossier [lees: schetsontwerp]”.

Bij de concrete beoordeling van de offertes aan de hand van dit criterium is niet de kortste termijn door verwerende partij als de meest voordelige beschouwd, maar de termijn die het meest “de mediaan van de werkdagen opgegeven door alle geselecteerde en regelmatige inschrijvers” benadert.

Wanneer alle aantallen werkdagen die de geselecteerde en regelmatige inschrijvers voor een perceel hebben opgegeven van laag naar hoog worden gerangschikt, is de middelste waarde de mediaan. De inschrijver waarvan

het opgegeven aantal werkdagen met de mediaan overeenstemt of er maximaal 2 of 2,5 dagen van afwijkt, wordt als “zeer goed” beoordeeld. De inschrijver die er hooguit 5 of 5,5 dagen van afwijkt wordt als “goed” beschouwd. De anderen scoren “voldoende”, tenzij wanneer de afwijking van die aard is dat ze niet realistisch (te korte periode) of onaanvaardbaar is (te lange periode).

14. Deze mediaanmethode ter beoordeling van het eerste gunningscriterium is te dezen niet de meest voor de hand liggende. Ook blijkt niet dat de toepassing ervan in het bestek is aangekondigd, zodat de kandidaat-inschrijvers er zich desgewenst konden op instellen en er bij het opstellen van hun offerte rekening mee houden.

Met verzoekende partijen kan worden aangenomen dat het eerder in de rede ligt “dat een bouwheer het geplande bouwwerk zo snel mogelijk wenst gerealiseerd te zien” dan dat hij per definitie net niét die kortste termijn verkiest, maar integendeel het meest de middelste uitkomst verkiest na rangschikking van de opgegeven aantallen van laag tot hoog. Niet onterecht werpen verzoekende partijen op: “Snelheid is immers het logische correlatief van het ‘tijdscriterium’”. In de formulering van het criterium is voorts sprake van “werkdagen” waarin de planning moet worden aangegeven, wat de indruk kan wekken dat het geringste aantal werkdagen het meest positief zal worden beoordeeld.

In dit verband moet overigens worden vastgesteld dat, amper korte tijd na de bestreden beslissing, verwerende partij in het kader van een algemene offerteaanvraag inzake de opdracht voor het opmaken van aanbestedingsdossiers en controle op de uitvoering der werken voor het project Coupure (nieuw auditorium met studentenrestaurant), voor het gunningscriterium van een in werkdagen uitgedrukte planning voor het opstellen van het aanbestedingsdossier dan blijkbaar wel de kortste uitvoeringstermijn als de beste beschouwt.

15. Als hoe dan ook verwerende partij in voorliggend geval voor de mediaanmethode heeft gekozen, dan is het om -aldus de bestreden beslissing- de evaluatie “zo objectief mogelijk” te maken en om daartoe -aldus de memorie van antwoord- de beoordeling van de realiteitswaarde van de termijnen “in feite over te laten aan de ‘markt van de inschrijvers’ zelf”.

Hieruit volgt kennelijk dat, naar het oordeel van verwerende partij, voor de beoordeling van de termijnen van de in werkdagen uitgedrukte

planning alleen hun realiteitswaarde terzake doet en dat, voorts, *a priori* de middelste uitkomst, na rangschikking van alle termijnen van laag naar hoog, als meest realistisch wordt beschouwd.

Noch het een, noch het ander laat zich voldoende begrijpen.

16. Zoals het eerste gunningscriterium door verwerende partij uiteindelijk is beoordeeld, houdt het blijkbaar alleen in dat een realistische planningstermijn moet worden opgegeven.

Vreemd genoeg speelt die realiteitswaarde geen enkele rol meer bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium: de termijn tussen de toewijzing van het dossier en de beschikbaarheid voor de uitvoering van de opdracht. Wat die termijn betreft, geldt uitsluitend: hoe korter hoe beter.

Volgens verwerende partij is dat te verklaren doordat beide criteria een andere functie en betekenis hebben: het eerste criterium houdt verband met het opstellen van een schetsontwerp en dat kan maar beter “goed doordacht” zijn, zodat het zonder al te veel wijzigingen in het verdere bouwproces kan worden gebruikt; het tweede criterium betreft de beschikbaarheid en ieder uitstel van beschikbaarheid betekent loúter tijdverlies.

Die uitleg voor de door verzoekers aangeklaagde “tegenstrijdigheid” in de beoordeling van het eerste en het tweede gunningscriterium kan niet overtuigen. Een korte beschikbaarheidstermijn is hoe dan ook alleen maar interessant als hij ook realistisch is. En als het dan toch zaak is om niet onnodig tijd te verliezen, is het niet begrijpelijk waarom met het eerste gunningscriterium dan louter en uitsluitend realiteitsgehalte wordt getoetst.

Er blijkt geen deugdelijke verantwoording voor te bestaan om met betrekking tot het eerste gunningscriterium slechts na te gaan of de opgegeven termijnen realistisch zijn.

17. Ook de deugdelijkheid van de mediaanmethode om de voormelde meest realistische planningstermijn te bepalen, staat niet genoegzaam vast.

- Ervan uitgaan dat de middelste planningstermijn het meest realistisch is, houdt in dat het per definitie uitgesloten is dat de kortste termijn dat

kan zijn. Nochtans betwist verwerende partij terecht niet dat, zoals verzoekende partijen doen gelden, de planningstermijn “afhankelijk [is] van diverse factoren die eigen zijn aan de inschrijver zelf”, zoals bijvoorbeeld zijn logistieke infrastructuur en ervaring.

Het is in dit licht dat de Raad van State de kritiek van verzoekende partijen begrijpt en bijvalt, namelijk dat de toegepaste beoordelings-methode eerder in het voordeel is van “die inschrijvers die een lange(re) planningstermijn hebben opgegeven”, vermits hun langere planningstermijn -doordat zij in het licht van hun werkvolume meer tijd nodig hebben, of doordat zij over minder logistieke steun of minder ervaring beschikken- “het gemiddelde [lees: de mediaan] omhoog drijft”.

- Dat zij bij de beoordeling van de planningstermijn aan die reële en relevante aspecten voorbijgaat, verantwoordt verwerende partij hierdoor dat zij zich anders “a priori een idee” moet vormen “van wat in het licht van deze verschillende factoren ‘realistische’ termijnen zijn”, welke inschatting “bijzonder complex” heet te zijn, zo al niet “onmogelijk objectief door het bestuur te maken”. Om die reden neemt zij voor de appreciatie van wat realistisch is haar toevlucht tot de “markt van inschrijvers”.

  Maar het belet verwerende partij dan weer niet om, zonder kennis van wat die “markt van inschrijvers” laat zien, *in abstracto*, op voorhand in absolute cijfers de maximale afwijkingen van de mediaan vast te leggen (2/2,5 dagen of 5/5,5 dagen of meer) die toegelaten zijn om nog als “zeer goed”, “goed” of “voldoende” te kunnen worden beschouwd.

  Dit leidt er finaal toe dat om op het eerste gunningscriterium voor perceel 6 “zeer goed” gewaardeerd te worden, tot maximaal 6,66 % van de mediaan mag worden afgeweken en tot maximaal 16,66 % voor een beoordeling “goed”. Voor perceel 8 daarentegen blijkt op die manier tot 10 % en 25 % van de mediane waarde te mogen worden afgeweken voor een beoordeling “zeer goed”, respectievelijk “goed”. Voor perceel 7 mag tot 8,16 % van de mediaan worden afgeweken om de kwalificatie “zeer goed” te krijgen en tot 20,4 % voor het verkrijgen van de kwalificatie “goed”.

Terecht klagen verzoekende partijen aan dat niet wordt veruitwendigd waarom de verwerende partij de maximale afwijkingsmarges heeft bepaald zoals zij heeft gedaan, met de verschillen die dat bij de beoordeling van eenzelfde gunningscriterium teweegbrengt al naargelang de inschrijvers kandidaat zijn voor het ene of het andere perceel.

- Overigens gaat de ongerijmdheid nog verder. Verwerende partij laat eerst ter wille van de objectiviteit, de beoordeling van de realiteitswaarde van de planningstermijn aan de "markt van de inschrijvers" over. Niettemin gaat zij vervolgens zelf en -zoals verzoekende partijen schrijven- "zonder rekening te houden met de concrete waarde van het bekomen gemiddelde"- *a priori* "in absolute cijfers gestelde afwijkingsmarges" vastleggen voor de beoordeling "zeer goed", "goed" en "voldoende".

  Bovendien gaat verwerende partij daarna, om een opgegeven planningstermijn in plaats van als "voldoende" eventueel als "niet realistisch" te kwalificeren, alsnog "een relatieve afwijkingsmarge" hanteren. Wegens dit laatste overkomt het verzoekende partijen aldus dat hun planningstermijn voor percelen 6 en 7, ofschoon op grond van de "in absolute cijfers gestelde afwijkingsmarges" in principe als "voldoende" te beschouwen, toch als "niet realistisch" wordt bestempeld vanwege de te grote afwijking naar beneden ten opzichte van de mediaan.

  Op goede grond merken verzoekende partijen op dat er geen criteria worden aangereikt om te bepalen vanaf welke precieze afwijkingsmarge een planningstermijn "niet realistisch" is. Er wordt zelfs zonder meer geen enkele verantwoording gegeven voor de beoordeling van de planningstermijn van verzoekende partijen voor percelen 6 en 7 als "niet realistisch".

18. De conclusie uit al het voorgaande is dat de verwerende partij het eerste gunningscriterium niet op een adequate en verantwoorde wijze heeft gehanteerd. De toegepaste beoordelingsmethode is dienvolgens, zoals in het middel aangevoerd, arbitrair en leidde niet tot het kiezen van hetgeen volgens meer vermeld artikel 16 de "voordeligste" offerte moet zijn.

Het staat derhalve in de gegeven omstandigheden niet vast dat de in het geding zijnde opdracht overeenkomstig artikel 16 van de wet van 24 december 1993 is toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend.

Het middel is in de besproken mate gegrond.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 24 augustus 2001 van de rector van de Universiteit Gent houdende de gunning - in het kader van de algemene offerteaanvraag inzake de opdracht voor aanneming van diensten, bijzonder bestek gekend onder het referentienummer R2001/016 - van :

- het perceel 6 ‘Nieuw restaurant en voetgangersbrug Heymans’ aan Nero bvba Multiprofessionele architectenvennootschap
- het perceel 7 ‘Kantoorgebouw Elintec’ aan Nero bvba Multiprofessionele architectenvennootschap
- het perceel 8 ‘Pluimvee en bijzondere dieren’ aan Claeys Marc G.E., architect”.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig april 2010, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**