

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 203.722 van 6 mei 2010
in de zaak A. 119.469/XII-3519.**

In zake : 1. Hilde DE RUYSSCHER,
2. Geert BUELENS,
3. Veerle VANDERLINDEN,
die woonplaats kiezen bij
advocaat A. Lust,
kantoor houdende te Sint-Andries-Brugge,
Baron Ruzettelaan 27

tegen :

de GEMEENTE BONHEIDEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan van Rijswijcklaan 16.

tussenkommende partijen :

1. de BVBA VAN BROECK & MEUWISSEN,
2. de CVBA INGENIEURS-, ONTWERP-, EN COÖRDINATIE-
BUREAU STABO,
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Van Broeck &
Meuwissen - STABO,
die woonplaats kiezen bij
advocaat G. Blockx,
kantoor houdende te Leuven,
Ambachtenlaan 6.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Hilde De Ruyscher, Geert Buelens en Veerle Vanderlinden op 17 mei 2002 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van Bonheiden dd. 9 januari 2002 dat beslist de opdracht voor het ontwerp van een administratief centrum te Bonheiden toe te wijzen aan de BVBA Van Broeck en Meuwissen”;

Gelet op het arrest nr. 105.813 van 23 april 2002 waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing wordt verworpen.

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 24 juni 2002;

Gelet op de beschikking van 27 juni 2002 die de tussenkomst van de bvba Van Broeck & Meuwissen en de cvba Ingenieurs-, ontwerp-, en coördinatiebureau STABO, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Van Broeck & Meuwissen-STABO, toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 7 november 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 29 oktober 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 november 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. Lust, die loco advocaat J. Goethals verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat M. Valckeniers, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat G. Blockx, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend 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. Op 27 juni 2001 beslist de gemeenteraad om een overheidsopdracht uit te schrijven voor de aanstelling van een ontwerper voor de bouw van een “administratief centrum Bonheiden, wijkbureau PZ BODUKAP en Plaatselijke openbare bibliotheek”. De gekozen gunningswijze is de beperkte offerteaanvraag. De keuze voor deze gunningswijze wordt onder meer als volgt gemotiveerd :

“Overwegende dat de beperkte offerte-aanvraag volgende voordelen heeft:
[...]
- er wordt voor een ontwerpteam gekozen en niet voor een ontwerp”.

Met diezelfde beslissing wordt het bestek goedgekeurd en wordt een besluit van de gemeenteraad van 25 november 1999 “houdende goedkeuring van het bestek voor de prijsvraag voor ontwerpen voor het opmaken van een ontwerp voor een administratief centrum” ingetrokken.

2. Het bestek bevat een synopsis die het voorwerp van de opdracht als volgt omschrijft :

“Het aanstellen van een ontwerper voor het opmaken van een ontwerp voor het uitvoeren van de bouw van het administratief centrum, wijkbureau PZ BODUKAP en Plaatselijke Openbare Bibliotheek”.

De gunningscriteria worden als volgt bepaald:

“Gunningscriteria:

Architecturale kwaliteiten:

De wijze waarop de ontwerper de uitgangspunten en principes vervat in de projectdefinitie, door de bouwheer opgesteld, verwerkt en vertaalt in een eigen visie met betrekking tot de nieuwbouw van een administratief centrum inclusief wijkbureau van de lokale politie en bibliotheek met aandacht voor volgende aspecten:

- | | |
|---------------------------------|-----------|
| 1. Gebruiks- en belevingswaarde | 25 punten |
| [...] | |
| 2. Omgevingswaarde | 15 punten |

Milieutechnische aspecten:

- | | |
|--------------------------------------|-----------|
| 3. Algemene visie op het gebruik van | 10 punten |
|--------------------------------------|-----------|

duurzame materialen	
4. Vervoeren en gebruik van technieken en/of materialen welke het milieu ten goede komen [...]	10 punten
5. Eenvoud van technische installaties	10 punten
6. Prijs/kwaliteit verhouding	10 punten
7. Ramingsprijs	10 punten
8. Systeem van budgetbewaking	10 punten”.

Daarnaast bevat het bestek onder “Hoofdstuk II Administratieve en technische contractuele bepalingen” nog het volgende:

“Art. 2. Verplichtingen van de ontwerper;

De ontwerper verplicht zich tot het leveren van volgende documenten en diensten:

2.1. Studie van het voorontwerp

2.1.1. De projectdefinitie wordt door het opdrachtgevend bestuur opgesteld.

2.1.2. In deze projectdefinitie zit ook het bouwprogramma. Door middel van besprekingen met de opdrachtgever, onderzoeken, verkenningen ter plaatse, inventarisatie van de basisgegevens wordt dit bouwprogramma kritisch bekeken, waarna het eventueel kan bijgestuurd worden.

[...]

2.1.4. Na goedkeuring van het bouwprogramma wordt het voorontwerp opgemaakt. [...]”.

3. Bij besluit van de gemeenteraad van 22 augustus 2001 wordt het voornoemde bouwprogramma vastgesteld. Dit bouwprogramma bepaalt onder “1. Algemeen” onder meer: “de voorwaarden opgenomen in het BPA in opmaak dienen stipt te worden nageleefd”.

4. Eveneens op 22 augustus 2001 beslist het college van burgemeester en schepenen om in het kader van deze opdracht een selectiecommissie op te richten “om een kwaliteitsvolle beoordeling van de kandidaturen te maken”.

5. Het college van burgemeester en schepenen neemt op 12 september 2001 kennis van het proces-verbaal van 4 september 2001 met betrekking tot de ingediende kandidaturen. Blijkens dit proces-verbaal werden er 37 kandidaturen ontvangen, waaronder deze van verzoekende partijen en deze van tussenkomende partijen.

6. Op 19 september 2001 draagt de selectiecommissie vijf kandidaten, waaronder verzoekende partijen en tussenkomende partijen, voor om deel te nemen aan de beperkte offerteaanvraag. In de lijn van dit voorstel worden op diezelfde datum door het college van burgemeester en schepenen de vijf voorgestelde kandidaten geselecteerd.

7. Met een schrijven van 25 september 2001 worden de geselecteerde kandidaten op de hoogte gebracht van dit feit en worden zij uitgenodigd op een vergadering op 5 oktober 2001 en 12 oktober 2001.

8. Op 3 oktober 2001 wordt door het college van burgemeester en schepenen de projectdefinitie van de opdracht goedgekeurd.

9. Op 17 oktober 2001 bepaalt het college van burgemeester en schepenen, in antwoord op vragen gesteld op de vergadering van 12 oktober 2001, onder meer : “dat de voorschriften van het Bijzonder Plan van Aanleg, op het vlak van het bouwvolume, voor de Plaatselijke Openbare Bibliotheek niet mogen overschreden worden. Het bouwprogramma dient aangepast te worden aan een realistische visie”.

10. De selectiecommissie evalueert de ontwerpen voorgesteld door de geselecteerde kandidaten op 12 december 2001. Het voorstel van tussenkomende partijen wordt als eerste gequoteerd met een score van 85/100. Het ontwerp van verzoekende partijen komt op de derde plaats met 57/100. De selectiecommissie draagt het voorstel van tussenkomende partijen voor als “ontwerp dat het best beantwoordt aan de projectdefinitie en de criteria van het bestek”.

11. Het college van burgemeester en schepenen, in navolging van het voorstel van de selectiecommissie, “selecteert” op 19 december 2001 tussenkomende partijen “als bureau waarvan de offerte het best beantwoordt aan de criteria zoals vermeld in het bestek en de projectdefinitie vastgesteld door de gemeenteraad”. Het college besluit daarnaast : “het concrete gunningsbesluit zal worden genomen op 9 januari 2002 aangezien de kredieten voor het ereloon van de ontwerper werden ingeschreven in de begroting 2002”.

12. Op 9 januari 2002 neemt het college van burgemeester en schepenen de thans bestreden beslissing waarbij de opdracht aan tussenkomende partijen wordt toegewezen.

Bij schrijven van 22 januari 2002 worden tussenkomende partijen op de hoogte gebracht van deze beslissing.

13. Eveneens met een schrijven van 22 januari 2002 wordt aan verzoekende partijen meegedeeld dat hun offerte “niet werd uitgekozen”.

14. Eerste verzoekende partij dient op 13 februari 2002 een bezwaar in tegen de bestreden beslissing bij de gouverneur van de provincie Antwerpen. Deze verwerpt het bezwaar met een brief van 5 april 2002.

Gegrontheid van het beroep

Eerste middel

Standpunt van de partijen

15. Verzoekende partijen steunen een eerste middel op de schending van “artikel 21 van de overheidsopdrachtenwet dd. 24 december 1993 en artikel 75, §2 van het koninklijk besluit dd. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”.

Verzoekende partijen wijzen er op dat de in het middel bedoelde bepalingen voorschrijven dat “bij een prijsvraag voor ontwerpen de beoordeling door de jury anoniem moet gebeuren” en dat het bestek “eveneens een anonieme inzending van de ontwerpen [voorschreef]”. Zij betogen dat “het anonymaat [...] tot het wezen [behoort] van de procedure van een prijsaanvraag voor een ontwerp via een jury of een selectiecomité” en dat “die regel [...] zich [verzet] tegen elke dialoog tussen de leden van de jury en de mededingers”.

Verzoekende partijen werpen vervolgens op dat verwerende partij te dezen is afgestapt “van dit procédé”, “ofschoon de inzendingen anoniem moesten gebeuren”. Volgens verzoekende partijen heeft verwerende partij “niet alleen [...] gevraagd aan de op 10 december 2001 ingediende maquettes een naambord te

bevestigen, maar [heeft zij] vooral [...] op 12 december 2001 een soort hoorzitting georganiseerd, die toeliet dat de mededingers met het selectiecomité in contact kwamen en de mogelijkheid hadden om, in afwezigheid van hun concurrenten, hun ontwerp nader toe te lichten”.

Zij besluiten dat het advies van de selectiecommissie “om die reden onwettig [is]” en dat de bestreden beslissing, die op dit advies is gesteund, “mitsdien door diezelfde nietigheid [is] aangetast”.

16. Verwerende partij en tussenkomende partijen brengen tegen het eerste middel in dat de voorliggende overheidsopdracht werd gegund bij wijze van een beperkte offerteaanvraag en dat de door verzoekende partijen geschonden geachte bepalingen - die betrekking hebben op de prijsvraag voor ontwerpen - te dezen dan ook niet van toepassing zijn.

17. Verzoekende partijen repliceren dat “de houding van de verwerende partij ter zake bijzonder dubbelzinnig [was]”:

“In aanvang werd immers eerst een bestek voor ‘prijsvraag voor ontwerpen’ goedgekeurd (zitting 25 november 1999). Doch op de zitting van 27 juni 2001 werd geopteerd voor een ‘beperkte offerte-aanvraag’.

[...]

Als evenwel het concrete dossier onder de loep wordt genomen blijkt dat in wezen de procedure in niets afwijkt van een ‘prijsvraag voor ontwerpen’. [...] [B]lijkens de beslissing van 27 juni 2001 [werd] wel degelijk een ontwerp geselecteerd en niet een team. Naar luid van art. 2 wordt naar een ontwerp voor de bouw van een administratief centrum gezocht. Dit wordt overigens ook bevestigd bij lezing van de gunningscriteria waaruit blijkt dat vooral de kenmerken van het ontwerp worden beoordeeld. Tot slot lijkt het zgn. ‘selectiecomité’ aan alle voorwaarden van de ‘jury’ te voldoen. Uit dit alles blijkt dus dat, ongeacht de ‘naam’ die aan de gunningsprocedure werd gegeven in wezen een prijsvraag werd uitgeschreven”.

Vervolgens werpen verzoekende partijen op dat “het niet zo [is] dat de prijsvraag en de beperkte offerte-aanvraag volledig incompatibel zijn, zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij voorhouden”. Zij verwijzen naar artikel 13 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en stellen dat “er [...] maar drie gunningswijzen [bestaan], de aanbesteding, de offerteaanvraag en de onderhandelingsprocedure. De ‘prijsaanvraag voor ontwerpen’ is geen aparte gunningsprocedure”. Volgens verzoekende partijen kan een prijsvraag voor

ontwerpen “gebeuren via een gunningsprocedure voor een overheidsopdracht voor aanneming van diensten, met inachtneming van de terzake geldende regels” en heeft verwerende partij “in casu [...] geopteerd voor ‘beperkte offerte-aanvraag’”. Zij benadrukken nog dat er “geen incompatibiliteit [bestaat] tussen de ‘prijsvraag’ en de ‘beperkte offerte-aanvraag’” en dat de “prijsvraag voor ontwerpen [...] geen vierde gunningswijze [is]”.

Beoordeling

18. Het eerste middel is gesteund op de schending van bepalingen die betrekking hebben op de prijsvraag voor ontwerpen. Verzoekende partijen werpen op dat deze bepalingen op de onderhavige opdracht van toepassing zijn omdat verwerende partij te dezen in wezen zou hebben geopteerd voor een prijsvraag voor ontwerpen die door middel van een beperkte offerteaanvraag wordt gegund. Verzoekende partijen betogen daarbij dat de gunning van een overheidsopdracht door middel van een prijsvraag voor ontwerpen enkel kan geschieden volgens één van de in artikel 13 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, opgesomde gunningswijzen.

Deze stelling wordt niet bijgevalen. De prijsvraag voor ontwerpen is een onderscheiden gunningswijze onderworpen aan eigen regelgeving. De voormelde wet van 24 december 1993 bevat in hoofdstuk II van titel I, Boek I, immers een afzonderlijke afdeling V - de “regels van toepassing op de prijsvraag voor ontwerpen” met daarin de artikelen 20 en 21. Daarnaast zijn de drie gunningswijzen waar verzoekende partijen gewag van maken - de aanbesteding, de offerteaanvraag en de onderhandelingsprocedure, in andere afdelingen van hoofdstuk II opgenomen. Overeenkomstig het voormelde artikel 21 bepaalt de Koning de regels die bij een prijsvraag voor ontwerpen moeten worden geëerbiedigd, hetgeen is gebeurd onder andere bij het in het middel geschonden geacht artikel 75 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Te dezen is in het toepasselijke bestek niet gekozen voor een prijsvraag voor ontwerpen maar voor een beperkte offerteaanvraag waarop artikel 16 van de wet van 24 december 1993 toepasselijk is. De eerst gekozen wijze van gunnen, bij de gemeenteraadsbeslissing van 25 november 1999, was overigens

de prijsvraag maar deze beslissing is met de beslissing van 27 juni 2001 expliciet ingetrokken.

Het middel is niet gegrond nu het is gesteund op schending van bepalingen die niet van toepassing zijn op de voorliggende opdracht.

Tweede middel

Standpunt van de partijen

19. In een tweede middel voeren verzoekende partijen de schending aan van “het motiveringsbeginsel, zo materieel als formeel, alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij betogen daartoe dat “zowel het advies van de jury als de beslissing van het bestuur [...] formeel gemotiveerd [moeten] zijn” en dat “in het proces-verbaal van de jury en in de akte houdende beslissing van het bestuur, [...] mitsdien de juridische en feitelijke overwegingen [moeten] te vinden zijn die de beslissing afdoende schragen en naar recht kunnen verantwoorden”.

Verzoekende partijen stellen vervolgens:

“Het beslissingsorgaan is geenszins gebonden door het advies van de jury, des te meer wanneer de beoordeling van de jury, zoals te dezen, beperkt is gebleven tot de toetsing van de ontwerpen aan de kwalitatieve gunningscriteria. De overheid moet zich derhalve ook zelf een eigen opinie vormen omtrent het voordelig karakter van de ontwerpen en hun bestaanbaarheid met alle (andere) in het lastenboek opgenomen voorwaarden en vereisten. Zo mag aangenomen worden dat het bestuur van het kwalitatief advies van de jury slechts op gemotiveerde wijze zou kunnen afwijken, moet het in elk geval ook nog de ontwerpen toetsen aan alle andere voorschriften van de aanbestedingsdocumenten, te dezen o.m. het voorschrift dat de ontwerpen zich strikt dienen te houden aan de voorschriften van het ontwerp- BPA De Krekel, de welke in extenso aan alle mededingers waren ter hand gesteld, vereiste waaraan het CBS nog eens uitdrukkelijk had herinnerd in een schrijven van 23 oktober 2001.

Nochtans staat vast dat noch de jury, noch het college van burgemeester en schepenen de ontwerpen ook heeft onderzocht vanuit hun bestaanbaarheid met het ontwerp-BPA. Die toets is eerst gebeurd eind maart 2002, meer dan twee maanden nadat de beslissing reeds gevallen was, en nadat de gouverneur in zijn brief van 22 maart 2002 uitdrukkelijk om zulke toets had gevraagd. De neerslag ervan is te vinden in het rapport van de gemeentelijke administratie van 28 maart 2002, rapport dat niet alleen onvolledig is - een toetsing van het

ontwerp van het winnende team vindt men er niet in -, maar vooral vijgen na Pasen”.

Zij besluiten dat “daaruit volgt dat de beoordeling van de ontwerpen niet zorgvuldig is gebeurd, en m.n. niet is getoetst aan alle vereisten van het lastenboek en mitsdien ook niet afdoende is gemotiveerd, zoals voorgeschreven door artikel 3 van de wet van 29 juni 1991, terwijl het evenmin materieel is gemotiveerd”.

20. Verwerende partij, hierin bijgevallen door tussenkomende partijen, werpt op dat de gunningscriteria - “het enige wettelijke toetsingskader voor voormelde opdracht” - “nergens expliciet of impliciet [vermelden] dat de ontwerper in zijn rudimentaire ontwerp rekening diende te houden met de bepalingen van het ‘ontwerp BPA’ de Krekel” en dat bijgevolg “de selectiecommissie en het college van burgemeester en schepenen niet eens gerechtigd waren om te oordelen of het rudimentaire ontwerp van de deelnemers al dan niet beantwoordde aan de bepalingen van het ontwerp BPA de Krekel”.

21. In hun memorie van wederantwoord repliceren verzoekende partijen als volgt:

“De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben het verkeer voor wanneer zij de gunningscriteria loskoppelen van het stedenbouwkundige kader, te dezen het BPA ‘De Krekel’ dat ofschoon het nog in ontwerp was en nog geen verordenende kracht had door de verwerende als verplicht toetsingskader was opgericht.

Immers in het hoofdstuk II van de Lastvoorwaarden [...] is bepaald dat ‘de projectdefinitie’ moet verwerkt worden in een visie met aandacht voor een aantal ‘architecturale kwaliteiten’ die in 8 aspecten worden opgesplitst. Maar de projectdefinitie, uitgewerkt in het ‘bouwprogramma’, bepaalt dat de voorwaarden van het (ontwerp) BPA stipt dienen nageleefd te worden. Toen sommige geselecteerden daar opmerkingen op maakten, zou de verwerende partij er in een brief van 23/10/01 uitdrukkelijk op wijzen dat de bepalingen van het BPA moeten gevolgd worden. [...] Het spreekt dan ook voor zich dat de beslissing moest genomen worden met inachtnaam van deze voorwaarde. Dit moet blijken uit de motivering van de genomen beslissing, zoniet uit het besluit van de jury, dan toch in elk geval uit het eindbesluit van de verwerende partij. Anders is ze niet ‘afdoende’ gemotiveerd.

In casu wordt er in de bestreden beslissing, noch in het administratief dossier dat deze beslissing voorafgaat, met een woord gerept over de verenigbaarheid met het BPA. De motiveringsplicht is in deze dan ook duidelijk geschonden vermits deze toets een essentieel element vormt van het project”.

22. Verzoekende partijen volharden in hun laatste memorie in het tweede middel. Zij benadrukken nog dat “de gunningscriteria moesten getoetst worden in het licht van de conformiteit met het ontwerp-BPA” en stellen dat de toetsing aan het ontwerp BPA “primordiaal” was, “nu daarmee duidelijk de grenzen van het project werden afgebakend”.

Beoordeling

23. Wat de motivering van de bestreden beslissing betreft, betwisten verzoekende partijen niet dat de selectiecommissie aan de hand van de acht in het bestek bepaalde gunningscriteria de offerte van de vijf geselecteerde inschrijvers heeft geëvalueerd, aan elke offerte punten heeft toegekend en aldus tot een rangschikking is gekomen met verzoekende partijen op de derde plaats met 57/100 tegenover 85/100 voor de tussenkomende partijen. Het college van burgemeester en schepenen heeft deze beoordeling tot de hare gemaakt en tussenkomende partijen gekozen.

Aldus beantwoordt de bestreden beslissing aan de verplichting tot formele motivering want zij vermeldt de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen en de motivering is afdoende. De deugdelijkheid van de betrokken motieven wordt niet betwist.

Blijft de vraag of uit de motivering expliciet moest blijken dat de offertes aan het ontwerp van bijzonder plan van aanleg waren getoetst, en of het beweerd gebrek aan die toetsing het bestuur als een onzorgvuldigheid dient te worden aangewreven.

In het “bouwprogramma” waarop verzoekende partijen zich in dit verband steunen, staat te lezen dat de voorwaarden opgenomen in het BPA in opmaak stipt dienen te worden nageleefd. Nochtans stelt het gunningscriterium van de architecturale kwaliteiten dat het criterium de wijze behelst waarop de ontwerper de “uitgangspunten en principes” vervat in de projectdefinitie -waarin volgens hoofdstuk II, 2.1.2., van het bestek het bouwprogramma zit- verwerkt en vertaalt in een eigen visie.

Uit deze omschrijving mag te dezen niet worden afgeleid dat de overeenstemming met het BPA in opmaak -één zin uit negen bladzijden

bouwprogramma- dwingend het voorwerp diende uit te maken van een geëxpliciteerd afzonderlijk onderzoek en dito beoordeling, temeer omdat met de in het geding zijnde gunningsprocedure geen vergunningsklaar ontwerp maar een ontwerper werd gezocht met een concept dat aan bepaalde algemene randvoorwaarden voldeed. De latere stedenbouwkundige vergunning die is verleend stond enkele afwijkingen toe van het Bijzonder Plan van Aanleg. Aldus blijkt dat het gekozen concept in elk geval niet op essentiële punten afweek van dat plan. Ingeval de toetsing aan dat plan al tegenstrijdigheden zou hebben opgeleverd blijkt uit de voornoemde vergunning dat deze dan hoogstens als relatieve onregelmatigheden mochten worden beschouwd, hetgeen de vermeende onzorgvuldigheid in voorkomend geval niet decisief maakt om de bestreden beslissing te kunnen vitiëren. De aangevoerde onzorgvuldigheid is niet aangetoond.

Het tweede middel is niet gegrond.

Derde middel

Uiteenzetting van het middel

24. Verzoekende partijen voeren in een derde middel de schending aan van “de art. 1 en 2.2 van het KB dd. 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, alsmede het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, alsook het gelijkheidsbeginsel”.

Zij lichten dit middel als volgt toe:

“[D]e mededingers [moesten] zich stipt [...] houden aan de voorschriften van het ontwerp-BPA De Krekel, waarvan aan allen een exemplaar was overhandigd.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat niet alleen het ontwerp van het winnend team, maar ook van alle andere concurrenten - behoudens dit van de verzoekers - aan die voorwaarden niet voldoen. Zelfs na aanpassingen aan het ontwerp van het winnende team zullen nog meerdere verzoeken tot afwijking op het nog in ontwerp zijnde BPA De Krekel overeenkomstig art. 49 van het coördinatiedecreet van 22 oktober 1996 noodzakelijk zijn. Dit alles moet voor gevolg hebben dat het uiteindelijk ontwerp aanzienlijk zal verschillen van het bekroonde”.

Verzoekende partijen betogen dat de besteksvoorwaarden enkel toelieten “de keuze te laten vallen op een kandidaat wiens ontwerp geheel beantwoordde aan de voorschriften van het ontwerp BPA De Krekel”.

Vervolgens betwisten verzoekende partijen het besluit van de gouverneur van de provincie Antwerpen om niet op te treden tegen de bestreden beslissing omdat “alle vijf de ontwerpen niet conform het BPA zouden geweest zijn, zodat alle mededingers wat dat betreft... gelijk werden behandeld”. Zij betogen daartoe dat hun ontwerp wel aan het BPA voldeed en dat de verwerende partij, “indien het zo mocht zijn dat alle ontwerpen, ook dit van de verzoekende partijen, niet conform waren met de voorschriften van het ontwerp-BPA”, alle voorstellen diende af te wijzen en diende te beslissen tot “een nieuwe gunningsronde”.

25. Verzoekende partijen benadrukken nog in hun memorie van wederantwoord dat de toets van de ingediende ontwerpen aan het BPA wel degelijk in het bestek werd opgelegd en dat het BPA aldus stipt diende te worden nageleefd vermits het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* de aanbestedende overheid verbiedt om af te wijken van een norm die zij zichzelf heeft opgelegd.

26. In hun laatste memorie vatten verzoekende partijen hun grief als volgt samen: “De essentie van verzoekers’ derde middel komt hierop neer dat verwerende partij haar eigen besteksbepalingen niet gerespecteerd heeft waardoor zij de gelijkheid tussen de inschrijvers niet heeft gerespecteerd”. Voorts beperken verzoekende partijen het middel tot de schending van “het principe ‘patere legem’ en het gelijkheidsbeginsel” en dringen zij niet langer aan op de miskenning van “de bepalingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996”, zulks in de lijn van de conclusies van het auditorsverslag waarin dit besluit niet van toepassing wordt geacht.

Beoordeling

27. Het derde middel is gesteund op de veronderstelling dat de verwerende partij verplicht was om de door de kandidaten ingediende ontwerpen te toetsen aan het ontwerp-BPA, als ware die toetsing opgelegd door een gunningscriterium. Bij de beoordeling van het tweede middel is reeds gebleken dat dit niet het geval was en dat het bestek geenszins een dergelijke expliciete toetsing voorschrijft.

Voorts wordt niet ingezien op welke wijze de bestreden beslissing het principe van de gelijkheid zou schenden op het vlak van deze toetsing: verzoekende partijen tonen niet -concreet- aan waar zij hier anders zouden zijn behandeld dan de overige inschrijvers.

Het derde middel is niet gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 525 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zes mei 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.