

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.352 van 8 december 2021

in de zaak A. 234.995/XII-9151

In zake: de NV LIVING IN FUNKY ENVIRONMENTS (L.I.F.E.)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kristof Uytterhoeven en Jochen Ooms
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Potvlietlaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
STADSONTWIKKELING GENT (SOGENT)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Knaepen en Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij:

de VZW ARTEVELDEHOGESCHOOL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Paul Aerts
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 november 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Stadsontwikkeling Gent (Sogent) van 27 oktober 2021 waarbij de offerte van de nv L.I.F.E. voor de overheidsopdracht voor werken met omschrijving 2020/13 'Project Oude Dokken,

Dok Zuid – Realisatie van een samengesteld project met een onderwijscampus en collectieve studentenhuisvesting’ als onregelmatig wordt geweerd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 november 2021 heeft de vzw Arteveldehogeschool gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn overeenkomstig artikel 16, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ door de waarnemend voorzitter van de XIIe kamer bijeengeroepen voor een virtuele terechtzitting via Teams, op dinsdag 30 november 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kristof Uytterhoeven en Jochen Ooms, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Stijn Knaepen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Paul Aerts, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 werken uit met als voorwerp ‘Project Oude Dokken, Dok Zuid – Realisatie van een

samengesteld project met een onderwijscampus en collectieve studentenhuisvesting’. Het gaat om een gezamenlijke opdracht met de vzw Arteveldehogeschool, waarbij de verwerende partij als formele aanbestedende overheid optreedt.

Het voorwerp van de opdracht wordt in punt 1.4 van het bestek als volgt omschreven:

“Het doel van onderhavige procedure is de keuze van een private partner, i.c. een multidisciplinair team, om uiteindelijk te komen tot een contractuele publiek-private samenwerking (PPS) tussen Sogent en Arteveldehogeschool als publieke partner enerzijds en een private partner anderzijds, met als doelstelling de realisatie van een gemengd stedelijk project op de site van het project Dok Zuid.

De private partner zal instaan voor:

- het ontwerp, de financiering, de realisatie en de uitgifte van de private ontwikkeling (verhuur/beheer studentenhuisvesting en commercialisatie commerciële functies) onder de publieke last van het uitvoeren van publieke omgevingswerken aan het (toekomstig) openbaar domein en de bouw van de jeugd ontmoetingsruimte.
- het ontwerp en de realisatie van de campus en buurtgerichte functies voor Arteveldehogeschool.”

3.2. De aankondiging wordt op 29 augustus 2019 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 september 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie bekendgemaakt.

3.3. De plaatsingsprocedure is de mededingingsprocedure met onderhandeling op grond van artikel 38 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

3.4. Bij beslissingen van de raden van bestuur van Sogent en van de Arteveldehogeschool van 22 en 25 juni 2020 worden vier kandidaten geselecteerd voor de opdracht, waaronder de verzoekende partij.

3.5. De opdracht is onderworpen aan het bestek “2020/13 – Project Oude Dokken, Dok Zuid – Realisatie van een samengesteld project met een onderwijscampus en collectieve studentenhuisvesting”.

De vier geselecteerde kandidaten dienen een initiële offerte in die op 6 september 2021 wordt geopend.

De offertes worden onderzocht op hun regelmatigheid. Op 27 oktober 2021 beslist de verwerende partij tot wering van de offerte van de verzoekende partij. Dit is de bestreden beslissing die als volgt is gemotiveerd:

“Regelmatigheid van de offerte van Inschrijver Living in Funky Environments

Zoals bepaald in het Bestek, gebeurt het onderzoek naar de regelmatigheid van de Offertes, zowel inhoudelijk als naar de vorm, alsook de beoordeling van het Prijsvoorstel van de offertes (het algemeen prijs- en kostenonderzoek, het onderzoek naar het abnormaal karakter van de prijzen en de prijs- en kostenbevraging) door sogent.

In artikel 1.10 van Bestek 2020/13 staat opgenomen:

(1) Indien de Inschrijvers handelen in strijd met de eisen gesteld in onderhavig Bestek, kan dit leiden tot de onregelmatigheid van de door de inschrijver ingediende Offerte en bijgevolg tot uitsluiting van de desbetreffende Inschrijver van (verdere) deelname aan de procedure.

[...]

Sogent zal de volledigheid en regelmatigheid van de ingediende Initiële Offertes onderzoeken. Ze zal, meer bepaald, nagaan of de Offertes alle documenten bevatten die krachtens dit Bestek verplicht moeten worden toegevoegd en of deze Offertes aan de substantiële vormvoorwaarden en inhoudelijke voorwaarden van het Bestek voldoen. Het bestek stipuleert daartoe op p.16 het volgende (artikel 2.3.2):

(2) Er wordt hierbij getoetst of deze Offertes niet afwijken van het Bestek op een wijze die de vergelijkbaarheid van de Offertes in het gedrang brengen en/of waarbij de aanvaarding van deze afwijkingen zou vereisen dat het Bestek op substantiële punten wordt of moet worden gewijzigd.

[...]

In het kader van het regelmatigheidsonderzoek werden aangaande de offerte van inschrijver Living in Funky Environments de volgende vaststellingen gedaan:

➔ De bouwzone Z1K is aan de Dampoortrotonde smaller, ter hoogte van de Stukwerkersstraat versmalt de bouwzone naar 18m. Het voorgestelde ontwerp is over de volledige lengte evenwel breder dan 21m. Het maaiveld niveau is op de kop niet volledig toegebouwd maar er staan wel steunen buiten de bouwzone Z1K en vanaf 4,9m boven het maaiveld is het ontwerp meer dan 21m breed. De breedte van het ontwerp wordt aldus over de volledige zone gelijk getrokken. Dit is geen vertaling van de knik in bouwzone Z1K en de zone voor

kaaïen Z5. Het overbouwen van Z5 buiten Z1K betekent een afwijking op de bestemming van het RUP, wat juridisch gezien niet mogelijk is.

➔ Het ontwerp voorziet een dok op de woongroenzone Z2 en op het bouwveld Z1L.

De omvorming van een woongroenzone (Z2) naar een dok (in het RUP zone voor water Z3) is eveneens een afwijking op de bestemming van het RUP, wat juridisch niet mogelijk is. Volgens de voorschriften van zone Z2 is de aanleg van kanalen dwars op de bestaande dokken toegelaten; dit is echter van een andere orde dan een volledig dok. Water is niet gelijk te stellen met een publieke groenzone. Bestemmingsmatig is dit niet mogelijk. Bovendien legt het een zeer grote hypotheek op de potentiële ontwikkeling van zone Z1L en zou dit ook in deze zone een afwijking op de bestemming van het RUP betekenen.

Uit voorgaande blijkt dat het voorstel van deze inschrijver tweemaal niet voldoet aan de dwingende bestemmingsvoorschriften van het RUP. Een afwijking van de bestemmingsvoorschriften van een RUP kan juridisch niet worden verantwoord/toegestaan in het kader van een omgevingsvergunningsaanvraag.

Daarbij dient vastgesteld te worden dat dergelijke afwijking, in de context van deze plaatsingsprocedure, in hoofde van deze inschrijver, beduidend andere bebouwingsmogelijkheden heeft gegenereerd dan deze die de inschrijvers hebben die zich wel strikt gehouden hebben aan de bestemmingsvoorschriften van het geldende RUP.

Met andere woorden zowel het concept, het bouwprogramma als de bijhorende prijszetting van de inschrijver Living in Funky Environments is in feite niet meer objectief vergelijkbaar met het concept, het bouwprogramma en de bijhorende prijszetting van de inschrijvers die zich wél gehouden hebben aan de duidelijk[e] bestemmingsvoorschriften van het geldende RUP.

De offerte van Living in Funky Environments is om voormelde redenen substantieel onregelmatig.

Artikel 2.3.2. van de administratieve bepalingen van het bestek luidt als volgt [...]

Wanneer in de Initiële Offerte van een Inschrijver niet-substantiële onregelmatigheden worden vastgesteld, kan de aanbestedende overheid, steeds met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, de betrokken Inschrijver verzoeken om een geregulariseerde Offerte in te dienen.

De aanbestedende overheid zal een Inschrijver in dezelfde zin toelaten zijn Initiële Offerte te regulariseren indien deze Offerte substantiële onregelmatigheden bevat, of meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die door hun cumulatie of combinatie tot een substantiële onregelmatigheid aanleiding geven.

Bedoelde bepaling om een inschrijver de kans te geven een substantieel onregelmatige offerte te regulariseren is aldus een mogelijkheid en geen

verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid, die steeds in concreto door haar dient beoordeeld en gemotiveerd te worden.

Het aanpassen van de offerte van de inschrijver van Living in Funky Environments aan de dwingende bestemmingsvoorschriften van het RUP, is ontegensprekelijk een erg ingrijpende oefening.

Zowel het concept, het mogelijke bouwprogramma, de technische studies, de stabiliteitsstudies en de prijszetting dienen op een ingrijpende wijze herbekeken te worden. Zelfs in die mate dat de aanpassing van de offerte in deze context in feite wijst in de richting van de opmaak van een quasi nieuwe offerte.

Het toestaan van dergelijke mogelijkheid aan één inschrijver, ingevolge de vaststelling van een tweevoudige substantiële onregelmatigheid in diens offerte, zou een zware hypotheek leggen op de gelijke behandeling van de inschrijvers en het normale tijdsverloop in functie van de verdere afhandeling van deze plaatsingsprocedure.

Dit geldt des te meer in de wetenschap dat de actuele, substantieel onregelmatige offerte niet vergelijkbaar is met de overige regelmatige offertes die wel binnen de gestelde termijn met naleving van de bestemmingsvoorschriften en het bestek werden ingediend. Waardoor de objectieve beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria op dit ogenblik niet mogelijk is.

Met andere woorden de regularisatie zou in een ‘voorafgaand tijdsblok’ dienen te gebeuren, waarna de geregulariseerde offerte mogelijks wél vergelijkbaar zou kunnen worden.

Het toekennen van dergelijke voorafgaande mogelijkheid tot de opmaak van een fundamenteel aangepaste/nieuwe offerte in een afzonderlijk extra tijdsblok dat nu niet voorzien is, zou de gelijke behandeling van alle inschrijvers in zeer ernstige mate miskennen.

Alle inschrijvers stonden onder aanzienlijke tijdsdruk om een offerte op te maken.

Het toekennen van een exclusieve bijkomende termijn aan één inschrijver ten einde zijn offerte fundamenteel te herwerken tot een nieuwe offerte die wél integraal voldoet aan de bindende bepalingen van het RUP is aldus niet te verantwoorden in functie van de gelijke behandeling van de inschrijvers doorheen de gehele doorlooptijd van de plaatsingsprocedure.

Dit zou mogelijks anders kunnen zijn indien de substantiële onregelmatigheid corrigeerbaar zou zijn door het stellen van één ‘geïsoleerde’ (lees zonder een impact of invloed te hebben op het concept, het programma, de studies of de prijszetting) handeling in hoofde van de inschrijver die bovendien op korte termijn zou kunnen worden uitgevoerd, hetgeen met de offerte van de inschrijver Living in Funky Environments onmogelijk is.

Om voormelde redenen wordt besloten dat aan de inschrijver Living in Funky Environments niet de mogelijkheid kan worden gegeven om diens substantieel onregelmatige offerte te regulariseren.

Er wordt dan ook voorgesteld om deze inschrijver definitief uit te sluiten van verdere deelname aan de plaatsingsprocedure wegens een substantieel onregelmatige offerte.”

IV. Tussenkoms

4. De vzw Arteveldehogeschool blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 “en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel”, van artikel 81, §§ 2 en 3, tweede en derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het materiële motiveringsbeginsel en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij brengt vier middelonderdelen bij. Zij geeft telkens kritiek op onderscheiden elementen die de motivering van de bestreden beslissing volgens haar bevat.

In een eerste middelonderdeel merkt zij op dat het bestek de inschrijvers toelaat in hun ontwerp af te wijken van de stedenbouwkundige voorschriften. Immers is in het bestek zelf uitdrukkelijk opgenomen dat de ontwikkeling moet plaatsvinden in het Vlaamse decretale kader, en de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna: VCRO) voorziet in afwijkingen inzake de bestemming. Voorts, zo vervolgt zij, voorziet het bestek zelf in mogelijke afwijkingen van de stedenbouwkundige voorschriften inzake bestemming met toepassing van de afwijkingsmogelijkheden van de VCRO. Ook beklemtoont zij dat haar niet kan worden verweten dat zij in haar offerte geen uitdrukkelijke verwijzing heeft opgenomen naar de decretale afwijkingsmogelijkheden of naar een concrete verantwoording hiervoor. Dit was immers volgens haar nog niet aan de orde bij het indienen van de offerte. De verzoekende partij concludeert dat er dan ook geen absoluut verbod is op het voorstellen van afwijkingen op de voorschriften van het gemeentelijk RUP 135 'Oude Dokken' (hierna: het RUP).

In een tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat het de inschrijvers was toegestaan andere bebouwingsmogelijkheden te genereren op grond van de volgens haar toegelaten afwijkingen op het RUP. Overigens, zo vervolgt zij, wordt een offerte bij het tweede subcriterium 'Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit' van het tweede gunningscriterium 'Kwaliteit van de Offerte' beoordeeld op het aspect "authenticiteit en creativiteit van het projectvoorstel" zodat de verzoekende partij mocht verwachten dat zij creativiteit in haar projectvoorstel mocht leggen.

In een derde middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat haar offerte wel degelijk vergelijkbaar is met de offertes van de andere inschrijvers. In de bestreden beslissing wordt vermeld dat het concept van de verzoekende partij niet meer objectief vergelijkbaar is met de andere offertes, waarin geen afwijkingen zijn opgenomen, doch hiervoor wordt geen concrete motivering gegeven. Nochtans, zo merkt de verzoekende partij op, schrijft het bestek geen enkele minimale eis of eis voorgeschreven op straffe van nietigheid voor op grond waarvan de inschrijver geen afwijking op het RUP mocht voorstellen. Overigens, zo vervolgt zij, komen verschillen tussen de offertes, inzonderheid afwijkingen op het RUP, aan bod bij de beoordeling van de offertes aan de hand van het tweede subcriterium van het tweede gunningscriterium,

namelijk bij de aspecten “conformiteit met de regelgeving” en “authenticiteit en creativiteit van het projectvoorstel”.

Ten slotte, in een vierde middelonderdeel, merkt de verzoekende partij op dat er te dezen geen sprake is van een substantiële onregelmatigheid. Zij verwijst hiervoor naar haar uiteenzetting bij de vorige middelonderdelen. Het was volgens haar wel degelijk toegestaan om in haar voorstel afwijkingen van het RUP op te nemen. Dit impliceerde geen schending van de gelijkheid onder de inschrijvers en had niet de onvergelykbaarheid van de offertes tot gevolg.

7. De verwerende partij voert in haar nota op de eerste plaats aan dat het de verzoekende partij mangelt aan belang bij het eerste middelonderdeel. Immers, de verzoekende partij heeft in haar offerte geen gewag gemaakt van het toepassen van een afwijkingsmogelijkheid op de bestemmingsvoorschriften van het RUP en mag zich dan ook thans niet beroepen op dergelijke mogelijkheid na kennisname van de bestreden beslissing. Zij merkt op dat de inschrijver moet aantonen en motiveren dat een afwijkingsmogelijkheid aanvaardbaar is en het project aan de voorwaarden daartoe voldoet. Dit is niet de opdracht van de aanbestedende overheid. Deze zienswijze vindt volgens haar bevestiging in het bestek waarbij zij opmerkt: “Meer bepaald zal de Opdrachtgever in het tweede subgunningscriterium van het tweede gunningscriterium beoordelen of de offerte conform het toepasselijk wettelijk kader is, waarbij dus onderzocht zou kunnen worden op welke wijze de motieven voor een afwijking van de stedenbouwkundige bestemmingsvoorschriften van het RUP die wordt voorgesteld door deze inschrijver al dan niet in overeenstemming met de regelgeving zouden kunnen zijn”.

Wat de ernst van het eerste middelonderdeel betreft, betoogt de verwerende partij dat de bestemmingsvoorschriften van het RUP, die sowieso al bindend zijn, nog eens in het bestek worden aangewezen als bindende randvoorwaarden. Weliswaar wordt er in het bestek opgemerkt dat voor de zone Z1k een mogelijke afwijking op de bestemmingsvoorschriften van het RUP nodig kan zijn, doch voor de hier relevante zones Z5 en Z2 wordt geen mogelijke afwijking beschreven. De aanbestedende overheid heeft het recht in het bestek te bepalen welke afwijkingen toegelaten zijn, wat hier het geval is. Andere

afwijkingen dan die in het bestek zelf voorzien, zijn derhalve niet toegelaten. Voorts beklemtoont de verwerende partij dat, zelfs in de veronderstelling dat het toch zou zijn toegestaan dat andere afwijkingen worden voorgesteld, de verzoekende partij in haar ontwerp heeft nagelaten een aanvaardbare grondslag of verantwoording te geven voor de door haar voorgestelde afwijkingen. Dit is volgens de verwerende partij een probleem voor de beoordeling van het ontwerp aan het gunningscriterium inzake stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit omdat zij op grond van de informatie in de offerte moet kunnen oordelen of de afwijking van de geldende bestemmingsvoorschriften van het RUP voor de zones Z5 en Z2 al dan niet wettelijk toegelaten zijn.

Wat de ernst van het tweede middelonderdeel betreft, merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij andere bebouwingsmogelijkheden heeft geschapen dan de overige inschrijvers door niet in het bestek toegelaten afwijkingen voor te stellen. Indien zou blijken, zo vervolgt zij, dat het ontwerp van de verzoekende partij zou worden gewaardeerd omwille van die voorgestelde afwijkingen, dan zal deze vaststelling volstaan om de ongelijke behandeling van de inschrijvers aan de kaak te stellen. Ter terechtzitting licht de raadsman van de verwerende partij nog nader toe dat de andere bebouwingsmogelijkheden die de verzoekende partij zich heeft toegeëigend, niet zozeer het te realiseren volume betreffen doch eerder aanleiding geven tot een andere benadering inzake de architecturale opvatting over de compositie van, enerzijds, het onderwijsgedeelte, anderzijds, het gedeelte studentenvoorzieningen van het project.

Wat de ernst van het derde middelonderdeel betreft, antwoordt de verwerende partij dat uit het feit dat twee beoordelingscriteria, namelijk de “conformiteit met de regelgeving” en “authenticiteit en creativiteit van het projectvoorstel”, bepaalde afwijkingen van het RUP in theorie beoordeelbaar maken, niet zomaar volgt dat de inschrijver gerechtigd zou zijn om manifest af te wijken van de dwingende bestemmingsvoorschriften van het RUP.

Wat, ten slotte, de ernst van het vierde middelonderdeel betreft, merkt de verwerende partij op dat niet mocht worden afgeweken van de bestemmingsvoorschriften voor de zones Z5 en Z2 zodat de verzoekende partij, door dit wel te doen, de gelijkheid van de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van

de offertes heeft gehypothekeerd. De grondslag om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren, is dan ook voldoende aanwezig.

8. De tussenkomende partij merkt op, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat de verzoekende partij in haar voorstel nergens melding maakt dat zij wenst gebruik te maken van decretale afwijkingsmogelijkheden terwijl een afwijking uiteraard geen automatisme is. Hierdoor is de offerte onregelmatig omdat de verzoekende partij zich daarop thans niet meer mag beroepen.

Ten gronde merkt ook zij op dat, wat de zones Z2 en Z5 betreft, het bestek geen ruimte laat voor andere afwijkingen dan die voorzien in het bestek zelf. Wat de verzoekende partij voorstelt als afwijkingen is volgens haar dan ook onaanvaardbaar. Alsdan verstrekt de tussenkomende partij een uiteenzetting over de juridische mogelijkheden en modaliteiten om af te wijken van de bestemmingsvoorschriften. Zij beklemtoont hier opnieuw dat aangezien de offerte nergens uitdrukkelijk melding maakt van het zich beroepen op een afwijking van de bestemmingsvoorschriften en het ook niet de taak is van een aanbestedende overheid om dit in de plaats van de inschrijver te doen, dergelijke offerte moet worden geweerd. Zij wenst immers later niet te worden geconfronteerd met een stedenbouwkundig onvergunbaar project.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, betoogt de tussenkomende partij dat de “ongeoorloofde afwijkingen van de verordenende en bindende bepalingen van het RUP [ook] zouden [...] leiden tot andere bebouwingsmogelijkheden welke geenszins zijn toegestaan”. De andere inschrijvers hebben dergelijke afwijkingen terecht niet overwogen.

Wat het derde middelonderdeel betreft, beklemtoont de tussenkomende partij dat het niet is omdat bij het tweede subcriterium van het tweede gunningscriterium de toetsingsaspecten “conformiteit met de regelgeving” en “authenticiteit en creativiteit van het projectvoorstel” zijn vermeld en deze “beoordelingscriteria bepaalde afwijkingen van het RUP in theorie beoordeelbaar zouden kunnen maken, dat hieruit volgt dat een inschrijver zomaar gerechtigd zou

zijn om manifest af te wijken van de verordenende en bindende bestemmingsvoorschriften van het RUP”.

Ten slotte, wat het vierde middelonderdeel betreft, leidt volgens de tussenkomen partij de “ongegrondheid van de vorige middelonderdelen ook tot de ongegrondheid van het vierde onderdeel”.

Beoordeling

9. In de bestreden beslissing is de motivering om de offerte van de verzoekende partij te weren in essentie de volgende.

In een eerste beweging merkt de verwerende partij op dat het door de verzoekende partij voorgestelde project afwijkt van de bestemmingsvoorschriften van het RUP op twee punten, namelijk er wordt overbouwd in zone Z5 die een zone voor kaaien is en er wordt voorzien in een dok in zone Z2 die een woongroenzone is. De bestemmingsvoorschriften van het RUP zijn dwingend en een afwijking van deze voorschriften kan juridisch niet worden verantwoord of toegestaan in het kader van een omgevingsvergunningsaanvraag. Vervolgens stelt de verwerende partij in een tweede beweging dat deze afwijkingen beduidend andere bebouwingsmogelijkheden hebben gegenereerd dan deze van de inschrijvers die zich wel strikt hebben gehouden aan deze voorschriften en dat wegens onvergelykbaarheid de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is. In een derde beweging argumenteert de verwerende partij dat de substantiële onregelmatigheid niet regulariseerbaar is omdat een regularisatie niets anders zou inhouden dan een nieuwe offerte. Een nieuwe offerte laten indienen is echter onverenigbaar met de gelijkheid onder de inschrijvers.

De Raad van State merkt hier alvast op dat de verwerende partij, zo lijkt, hierbij geen opmerking heeft gemaakt over het feit dat in de offerte niet uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van deze afwijkingen noch daarvoor een verantwoording wordt gegeven.

10.1. Uit diverse besteksbepalingen – onder andere onder hoofdstuk ‘4. Projectverloop’, punt ‘4.2. Vergunning(en)’ en hoofdstuk ‘5. Het Project’ – lijkt te kunnen worden afgeleid dat het project dient te voldoen aan de dwingende randvoorwaarde van inachtneming van de stedenbouwkundige voorwaarden van de VCRO en van het RUP.

10.2. De offertes worden volgens het bestek onderworpen aan twee gunningscriteria, namelijk ‘het Financieel voorstel van de Offerte’ (30 van de 100 punten) en ‘Kwaliteit van de Offerte’ (70 van de 100 punten).

Dit laatste gunningscriterium is op zijn beurt onderverdeeld in drie subcriteria, namelijk ‘Integrale duurzaamheid’ (10 punten), ‘Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit’ (25 punten) en ‘Kwaliteit van het (bouw)programma’ (35 punten).

Bij het tweede subcriterium ‘Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit’ wordt in het bestek vermeld:

“Beeldbepalend karakter en inplanting

De architecturale uitstraling op deze zichtlocatie is niet alleen belangrijk als uithangbord voor [de] Arteveldehogeschool maar eveneens als landmark in de stad. In dit onderdeel wordt de architectuur van het volume, de gevel, de interactie met en het ontwerp van het openbaar domein beoordeeld.

Om na te gaan in welke mate de Offerte een antwoord biedt op de uitgeschreven ambitie rond beeldbepalend karakter en inplanting wordt het schetsontwerp getoetst aan de hand van volgende elementen:

- conformiteit met de regelgeving;
- leesbaarheid van het projectvoorstel;
- inpassing in de context;
- identiteit/belevingswaarde van de site/omgeving;
- hoe wordt het landmark als poort tot de stad en tot de Oude Dokken en het Achterdok vorm gegeven?
- de positionering en vormgeving van het hoogteaccent;
- 5^e gevel principe;
- authenticiteit en creativiteit van het projectvoorstel.”

10.3. Onder punt ‘1.8. Interpretatieregels lopende de Plaatsingsprocedure’ wordt in het bestek vermeld:

“Wanneer een vereiste/randvoorwaarde/ambitie ook beschouwd wordt als een minimale eis is dit aangeduid met ‘ME’. [...]

In al de andere gevallen betreft het al naargelang de bewoordingen hetzij een wenselijk kenmerk, waarbij de invulling die de Inschrijver geeft, wordt gewaardeerd in een daartoe toepasselijk gunningscriterium, hetzij een gewone vereiste.

Het niet voldoen van de offerte aan een minimale eis ‘ME’ zal tot de onregelmatigheid van de offerte leiden.”

10.4. Inzake punt ‘2.3. Verloop van de gunningsfase’, inzonderheid ‘2.3.2. Volledigheids- en regelmatigheidsonderzoek van de Initiële Offertes’ wordt er in het bestek onder meer vermeld:

“Er wordt getoetst of deze Offertes niet afwijken van het Bestek op een wijze die de vergelijkbaarheid van de Offertes in het gedrang kan brengen en/of waarbij de aanvaarding van deze afwijkingen zou vereisen dat het Bestek op substantiële punten wordt of moet worden gewijzigd.

Wanneer in de Initiële Offerte van een Inschrijver niet-substantiële onregelmatigheden worden vastgesteld, kan de aanbestedende overheid, steeds met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, de betrokken Inschrijver verzoeken om een geregulariseerde Offerte in te dienen. De aanbestedende overheid zal een Inschrijver in dezelfde zin toelaten zijn Initiële Offerte te regulariseren indien deze Offerte substantiële onregelmatigheden bevat, of meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die door hun cumulatie of combinatie tot een substantiële onregelmatigheid aanleiding geven.”

en

“Indien tijdens de onderhandelingen substantiële onregelmatigheden worden vastgesteld, worden de onderhandelingen met de betrokken Inschrijver opgeschort tot deze onregelmatigheden schriftelijk geregulariseerd zijn. Indien de betrokken Inschrijver niet op eerste verzoek van de aanbestedende overheid de onregelmatigheden regulariseert wordt hij geweerd uit de lopende onderhandelingen.”

11. Met de verwerende partij en de tussenkomen partij lijkt op het eerste gezicht te mogen worden vastgesteld dat in het bestek – zie randnummer 10.1 – de vereiste wordt opgelegd dat de inschrijvers in hun ontwerp de stedenbouwkundige voorschriften van het RUP dienen te eerbiedigen.

Vraag is echter wat de waarde is van die vereiste en of dit betekent dat geen enkele afwijking van deze voorschriften zou zijn toegestaan.

Vooralsnog meent de Raad van State dat deze vereiste op het eerste gezicht niet zo categorisch lijkt als de verwerende partij en de tussenkomende partij willen doen uitschijnen, en dit om de volgende redenen.

In het bestek zelf wordt ermee rekening gehouden dat een afwijking van de bestemmingsvoorschriften nodig zou kunnen zijn en dit op een, zo lijkt, uiterst substantieel punt. In de kwestieuze besteksbeplanning komt namelijk de vraag aan de orde of in zone Z1k, dit is de kwestieuze zone waar de hogeschoolgebouwen en studentenhuisvesting dienen te worden gerealiseerd, dit wel toegelaten is in het licht van de hoofdbestemming van die zone, namelijk stedelijk wonen, meer bepaald enkel appartementen en dit ten belope van minimum 35 % van het toegelaten bouwprogramma, terwijl onderwijs en studentenhuisvesting worden beschouwd als gemeenschapsvoorzieningen. De Raad stelt vast dat in elk geval in appartementen voorzien niet tot de overheidsopdracht lijkt te behoren. Deze problematiek lijkt het project in hoge mate te kunnen bezwaren.

Voorts wordt in het bestek onder het tweede gunningscriterium, tweede subcriterium, het element “conformiteit met de regelgeving” bij de beoordeling van de offertes betrokken – zie randnummer 10.2. De verwerende partij interpreteert in haar nota dit element – zie randnummer 7 – als dienstig in het kader van de beoordeling van een afwijking op de bestemmingsvoorschriften. Zo ook lijkt de tussenkomende partij dit te begrijpen – zie randnummer 8.

Zoals onder randnummer 10.3 is vermeld, worden in het bestek vereisten die een minimale eis zijn, aangeduid als “ME” en leidt het niet voldoen aan een minimale eis tot de onregelmatigheid van de offerte. In al de andere gevallen betreft het volgens deze besteksbeplanning een wenselijk kenmerk dan wel een gewone vereiste. Het lijkt op het eerste gezicht dat bij de randvoorwaarden die betrekking hebben op de stedenbouwkundige voorschriften, geen vermelding “ME” staat. Ter terechtzitting lijkt noch de verwerende partij, noch de tussenkomende partij dit tegen te spreken.

Er is voorts de besteksmogelijkheid tot regularisatie – zie randnummer 10.4 – die doet vermoeden dat, zelfs al mocht er sprake zijn van een niet toegelaten afwijking, een regularisatie van de offerte op dit punt niet uitgesloten lijkt. Ook, eventueel substantiële, onregelmatigheden die tijdens de onderhandelingen aan het licht komen, lijken te mogen worden geregulariseerd.

In de selectieleidraad lijkt er ook een aanwijzing in de geschetste richting te vinden. Ter terechtzitting wees de verzoekende partij op de volgende passage onder punt ‘3.2.1. Stedenbouwkundige voorschriften’:

“Wegens een verschil in afmetingen tussen de onderlegger gebruikt voor het RUP en het opmetingsplan is in samenspraak met de dienst stedenbouw overeengekomen dat overkragingen van 4 meter mogelijk zijn vanaf de eerste verdieping buiten de aangeduide RUP zone indien de toegankelijkheid voor de brandweer gegarandeerd blijft. Zie hieromtrent ook paragraaf 3.2.7.”

Ook deze passage lijkt de mogelijkheid voor een inschrijver te suggereren om een voorstel met een bestemmingsafwijking in te dienen.

Ten slotte lijkt ook in de bestreden beslissing zelf de verwerende partij de zienswijze van een automatische wering af te wijzen aangezien zij een regularisatie van de offerte van de verzoekende partij niet uitsluit. Integendeel, in de tweede beweging in de motivering van de bestreden beslissing onderzoekt de aanbestedende overheid het effect van de door de verzoekende partij voorgestelde afwijking inzake zone 5 op de bebouwingsmogelijkheden en besluit zij dat dit de andere inschrijvers benadeelt. Voorts bouwt zij hierop voort en verwerpt zij in een derde beweging die regularisatiemogelijkheid, doch pas na de vaststelling dat een regularisatie vanwege haar impact het gelijkheidsbeginsel zou schenden.

Uit al deze elementen lijkt op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat een door een inschrijver voorgestelde afwijking van de bestemmingsvoorschriften in elk geval niet *a priori* is uitgesloten en dus niet noodzakelijk moet leiden tot een onafwendbare onregelmatigheid van de offerte. Ook mag worden vastgesteld dat een dergelijke afwijking niet steeds moet leiden

tot een substantiële onregelmatigheid die niet te regulariseren valt. Ten slotte lijkt het bestek zelf enige ruimte te laten om een voorstel met een afwijking te laten beoordelen binnen de gunningscriteria.

In die omstandigheden lijkt, zeker in het licht van de nog aan te vatten onderhandelingen, de vraag te rijzen of het voorstel met de voorgestelde afwijkingen op de bestemmingsvoorschriften van de verzoekende partij in beginsel niet diende te worden beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria.

Tijdens deze beoordeling lijkt een aanbestedende overheid te beschikken over diverse beslissingsmogelijkheden tegenover de voorgestelde afwijkingen op de bestemmingsvoorschriften. Zij lijkt hierbij echter ook rekening te mogen houden met de juridische mogelijkheden om een omgevingsvergunning te verkrijgen. Een aanbestedende overheid beoogt immers uiteraard een (juridisch) realiseerbaar project.

Zo kan zij deze afwijkingen beoordelen in het licht van de gunningscriteria – eventueel negatief waarderen, gelet op de onzekerheid die wordt gecreëerd – en de offerte opnemen in de rangschikking die zal leiden tot de onderhandelingsfase. Ook zou zij na grondig onderzoek van de voorgestelde afwijkingen bijvoorbeeld kunnen beslissen het risico niet te willen lopen dat zij uiteindelijk de opdracht gunt aan een inschrijver die een niet-realiseerbaar project voorstelt omdat de afwijking in haar inschatting, eventueel na deskundig advies, quasi zeker onvergunbaar is, bijvoorbeeld wegens, zoals de verwerende partij en de tussenkommende partij het benoemen, “manifeste” afwijkingen van de stedenbouwkundige regels. Eventueel is het zelfs denkbaar dat de verwerende partij, zo zij zou menen dat het project met de voorgestelde stedenbouwkundige afwijkingen volkomen zou ontsnappen aan een “normale” toetsing aan de relevante gunningscriteria en de vergelijkbaarheid tussen de offertes aldus volstrekt onmogelijk maakt, deze offerte weert.

In de voorliggende zaak echter heeft de verwerende partij het project niet getoetst aan de gunningscriteria, en evenmin heeft zij geoordeeld dat de voorgestelde afwijkingen stedenbouwkundig niet vergunbaar zouden zijn, rekening houdend met de afwijkingsmogelijkheden binnen het VCRO. Zij heeft in wezen geoordeeld dat de voorgestelde afwijkingen zonder meer verboden zijn,

minstens dat ze leiden tot een substantiële onregelmatigheid doordat ze zorgen voor een onvergelijkbaarheid onder de offertes. Weliswaar is het weren van een offerte wegens volstrekte onregelmatigheid of onuitvoerbaarheid, zoals reeds opgemerkt, niet absoluut uit te sluiten, doch dit vereist een duidelijke en concrete motivering die de pijnpunten aanwijst die de aanbestedende overheid noodzakelijkerwijze ertoe nopen niet verder rekening te houden met een offerte met die stedenbouwkundige afwijkingen.

De bestreden beslissing lijkt op het eerste gezicht een dergelijke motivering te missen. Er wordt niet uiteengezet waarom er niet wordt getoetst aan de gunningscriteria niettegenstaande deze ruimte lijken te bieden voor het beoordelen van stedenbouwkundige afwijkingen. Ook lijkt een onderzoek naar de stedenbouwkundige vergunbaarheid van de afwijkingen afwezig, waarbij mag worden bedacht dat de voorgestelde afwijkingen niet onmiddellijk van eenzelfde orde zijn als de op het eerste gezicht vrij substantiële afwijking die zij zelf beoogt. De verwerende partij focust in de bestreden beslissing op de zogenaamde ruimere bebouwingsmogelijkheden die de voorgestelde afwijkingen zouden genereren, echter zonder afdoende concrete toelichting hiervan.

12. De verwerende partij en de tussenkomenende partij werpen in een exceptie bij dit middelonderdeel weliswaar op dat de verzoekende partij heeft nagelaten in haar offerte zelf de afwijkingen aan te wijzen en, in elk geval, de vergunbaarheid ervan toe te lichten, zodat de aanbestedende overheid niet in staat was dit aspect bij haar beoordeling te betrekken. Hun conclusie hierbij is dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij haar middel.

Voorshands kunnen de verwerende partij en de tussenkomenende partij hierin niet worden bijgevalen.

In de bestreden beslissing wordt geen opmerking gemaakt over het feit dat in de offerte de aandacht niet is gevestigd op de vastgestelde afwijkingen die het project impliceren. Blijkbaar was de aanbestedende overheid zonder problemen in staat deze afwijkingen zelf vast te stellen. Evenmin lijkt de aanbestedende overheid in haar bestreden beslissing aan de verzoekende partij te

verwijten dat zij geen motivering heeft gegeven voor deze afwijkingen, die een licht zou kunnen werpen op de vergunbaarheid ervan.

Voorts lijkt het niet ondenkbaar te zijn dat de verzoekende partij een toelichting bij de afwijkingen, met het oog op de inschatting van de vergunbaarheid, zou kunnen geven desnoods in het kader van een regularisatie of zelfs binnen een onderhandelingsfase.

Overigens mag hierbij worden bedacht dat, zeker in een onderhandelingsprocedure, er een zekere mogelijkheid is tot samenspel tussen een inschrijver en een aanbestedende overheid, eventueel met andere stedelijke diensten, met het oog op het nagaan van de stedenbouwkundige vergunbaarheid van het project, zoals de verwerende partij overigens zelf laat uitschijnen bij de door haar aangekaarte afwijking inzake de hoofdbestemming van de zone Z1k.

13. De conclusie is dan ook dat de bestreden beslissing de ingeroepen bepalingen en beginselen in de aangegeven mate lijkt te hebben geschonden en het middel ernstig is.

VII. Kosten

14. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, aan te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de vzw Artveldehogeschool wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het autonoom gemeentebedrijf Stadsontwikkeling Gent van 27 oktober 2021 waarbij de offerte van de nv L.I.F.E. voor de overheidsopdracht voor werken ‘Project Oude Dokken, Dok Zuid – Realisatie van een samengesteld project met een

**onderwijs-campus en collectieve studentenhuysvesting' als onregelmatig wordt
geweerd.**

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra