RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 253.575 van 26 april 2022
in de zaak A. 235.932/XII-9198

In zake: 1. de NV BOUWBEDRIJF FURNIBO
2. de NV PERSYN
samen vormend een tijdelijke maatschap
3. de BV LD-ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Begijnhofstraat 8/0003
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OV TUSSENGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ DER VLAANDEREN VOOR WATERVOORZIENING (TMVW)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en Louis Francois
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 maart 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 4 maart 2022 van TMVW houdende het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van Verzoekende Partijen en het gunnen van de opdracht voor het ‘aanstellen van een partner van het ontwerp en de bouw van een nieuw zwembad, incl. lokalen jeugddienst en omgevingsaanleg, op de site Neptunus te Gent’ aan het Consortium Triton uit Zeebrugge”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 april 2022, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Ian Arnouts en Louis François, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Opdracht voor het aanstellen van een partner voor het ontwerp en de bouw van een nieuw zwembad, incl. lokalen jeugddienst en omgevingsaanleg, op de site Neptunus te Gent”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 november 2020 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 2 december 2020.

3.3. Er wordt gekozen voor een mededingingsprocedure met onderhandeling op grond van artikel 38, §1, 1°, b) en c) van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) omdat het gaat om een opdracht die “ontwerp- of innovatieve oplossingen bevat”, maar

tevens omdat “de opdracht niet kan worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico’s”.

3.4. Het bestek met referte SPORT-061-20-025 is van toepassing.

In ‘deel 1 – algemene en administratieve bepalingen’ van het bestek wordt onder punt 4.2. het verloop van de procedure uiteengezet:

> “De procedure bestaat uit twee fasen:
> Fase 1: Selectie
> De selectiefase is reeds afgerond.
> Fase 2: Gunning
> De geselecteerde kandidaten worden uitgenodigd om een offerte in te dienen op basis van dit bestek, waarin zowel de verdere procedure voor de onderhandelingen, als het voorwerp van en de voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht worden beschreven.
> Het bestek wordt met het oog op deze tweede fase aan de geselecteerde kandidaten overgemaakt.
> Teneinde de inspanningen van de verschillende inschrijvers proportioneel te houden, zal tijdens de gunningsfase voor de beoordeling van de offertes onderstaande methode gehanteerd worden:
> - Van alle inschrijvers wordt verwacht dat zij in hun initiële offerte een eerste voorlopig conceptidee (incl. schetsmatige visualisaties) aanreiken, waarbij onder meer de invulling van het programma van eisen, de prijs, de timing en de integratie in de omgeving worden toegelicht.
> - Alle inschrijvers met een, eventueel na schriftelijke regularisatie, regelmatige offerte, worden uitgenodigd tot de eerste onderhandelingsfase, bestaande uit één of meerdere rondes.
> De onderhandelingen hebben als doel de inschrijvers de kans te bieden om hun voorstel aan te passen, rekening houdend met de inzichten van de opdrachtgever, en om op die manier de prijs-kwaliteitsverhouding te optimaliseren.
> - De ter afsluiting van deze eerste onderhandelingsfase ingediende aangepaste offertes zullen opnieuw worden geëvalueerd (cf. gunningscriteria) met als doel te bepalen welke inschrijvers het best geplaatst zijn om aan de tweede onderhandelingsfase deel te nemen. Het aantal deelnemers dat tot de tweede onderhandelingsfase wordt uitgenodigd, wordt beperkt tot 3 (shortlist).
> De inschrijvers worden geïnformeerd van het feit dat ze (niet) op de shortlist weerhouden zijn en bijgevolg al dan niet worden uitgenodigd om aan de tweede onderhandelingsfase deel te nemen.

Met de 3 voor de shortlist weerhouden inschrijvers worden verdere onderhandelingen (1 of meerdere rondes) opgestart teneinde hun offerte verder uit te werken en gedetailleerd te onderbouwen, met als doel de waarde van hun aanbod en resultaatsverbintenis te maximaliseren.
Indien voor de shortlist weerhouden inschrijvers zich terugtrekken of indien zou blijken dat de onderhandelingen niet tot een gunstig resultaat leiden, kan de aanbesteder de volgende best gerangschikte inschrijver(s) alsnog uitnodigen om aan de tweede onderhandelingsfase deel te nemen.
- Deze tweede onderhandelingsfase wordt afgesloten met een vraag naar een definitieve offerte, op basis waarvan de opdrachtgever kan beslissen de opdracht toe te wijzen aan de inschrijver met de economisch meest voordelige, regelmatige offerte.

[…]
Timing procedure (indicatief)
De eerste onderhandelingsfase wordt gepland in augustus 2021 en de tweede onderhandelingsfase in het najaar van 2021, met het oog op het sluiten van de opdracht begin 2022.
Het doel is om de effectieve bouwwerken te starten in het najaar van 2022.
De opening van het nieuwe gebouw wordt voorzien in februari 2024. Hiertoe dienen alle werken beëindigd te zijn uiterlijk op 15 januari 2024."

Onder punt '13. Onderzoek offerte' wordt bepaald:

"13.1 Regelmatigheid van de offerte
De offertes van de (onder voorbehoud) geselecteerde inschrijvers zullen worden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid.
Conform art. 76, § 4 van het KB van 18 april 2017 zal de aanbesteder aan de inschrijvers, voorafgaand aan de onderhandelingen, de mogelijkheid bieden om de niet-finale offertes die substantieel onregelmatig zijn te regulariseren.
Deze mogelijkheid zal zowel geboden worden in het geval er sprake is van meerdere niet-substantiële onregelmatigheden, als wanneer er sprake is van een substantiële onregelmatigheid. Laattijdig ingediende offertes, offertes welke niet elektronisch werden ingediend en offertes ingediend door niet-geselecteerde kandidaat, kunnen evenwel nooit het voorwerp uitmaken van een regularisatie.

13. 2 Gunningscriteria
De aanbesteder kiest de regelmatige offerte die hem het voordeligst lijkt met inachtneming van de hierna volgende gunningscriteria:
- Criterium 1: Financiële waarde van het voorstel (50%)

[…]
- Criterium 2: Functionele, ruimtelijke en technische waarde van het conceptidee, inclusief ecologische waarde (45%)

[…]
- Criterium 3: Garanties inzake timing (5%)

De inschrijver voegt een duidelijke, visuele planning bij zijn offerte, met gedetailleerde doorlooptijden voor de verschillende projectonderdelen tot aan de voorlopige oplevering en geeft aan welke garanties aan deze bindende planning worden gekoppeld. Een kortere timing en bijkomende garanties (t.a.v. KB AUR) en flexibiliteit (bv. in functie van effectieve sluitingsdatum) ten aanzien van deze planning zullen als een positief element worden beschouwd.

Bij het opmaken van de planning dient de inschrijver er rekening mee te houden dat alle documenten voor het aanvragen van de omgevingsvergunning dienen te worden aangeleverd binnen de 4 maand na de sluiting van de opdracht.

De opening van het nieuwe zwembad wordt voorzien in februari 2024. Hiertoe dienen alle werken beëindigd te zijn uiterlijk op 15 januari 2024.

Methodiek

Voor het beoordelen van dit criterium wordt uitgegaan van een globale startscore (60/100). Hierbij worden opvallende positieve of negatieve elementen in aanmerking genomen. De aldus bekomen quotatie wordt tenslotte gepondereerd naar 5% van de totaalscore."

3.5. Op 11 februari 2021 selecteert de verwerende partij zes ondernemingen, waaronder de verzoekende partijen en het consortium Triton.

3.6. Vijf geselecteerde kandidaten dienen tijdig een offerte in.

Zij worden met een e-mailbericht van 30 juni 2021 uitgenodigd voor de eerste onderhandelingsronde, die is doorgegaan op 11 en 12 augustus 2021.

Met een e-mailbericht van 18 augustus 2021 wordt aan alle inschrijvers de mogelijkheid geboden om hun offerte, rekening houdend met de tijdens de onderhandelingen gegeven opmerkingen, aan te passen en aan te vullen. Alle inschrijvers dienen tijdig een aangepaste offerte in.

Met een e-mailbericht van 11 oktober 2021 wordt opnieuw de mogelijkheid geboden om de aangepaste offerte bijkomend aan te passen en aan te vullen, met specifieke vragen en opmerkingen ten aanzien van elk van de inschrijvers afzonderlijk. Alle inschrijvers dienen tijdig een tweede aangepaste offerte in.

3.7. Drie inschrijvers, waaronder de verzoekende partijen en het consortium Triton, worden met een e-mailbericht van 18 november 2021 uitgenodigd om deel te nemen aan de tweede onderhandelingsfase op 16 december 2021.

Met een afzonderlijk e-mailbericht van 18 november 2021 wordt aan de voornoemde drie inschrijvers gevraagd hun ontwerp ter advies voor te leggen enerzijds aan Inter, Agentschap Toegankelijk Vlaanderen, omdat in het kader van het indienen van een subsidiedossier bij Sport Vlaanderen het reeds in deze fase noodzakelijk is dat de ontwerpen "formeel worden afgecheckt op vlak van toegankelijkheid en Universal Design", en anderzijds aan de Dienst Preventie van de Brandweerzone, Centrum Post Gent, "[t]eneinde de vergunbaarheid van de offertes maximaal af te toetsen".

3.8. Met een e-mailbericht van 7 december 2021 worden de geplande onderhandelingen uitgesteld naar 22 december 2021 en vervolgens met e-mailbericht van 20 december 2021 geannuleerd, omdat "[o]mwille van onvoorzienbare omstandigheden […] de projectgroep nog niet alle ontvangen informatie grondig [heeft] kunnen evalueren".

3.9. Het gunningsverslag dateert van 28 februari 2022.

Met betrekking tot de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partijen wordt gesteld:

> "Ter voorbereiding van het opstarten van de tweede onderhandelingsfase werden de drie ontwerpen van de inschrijvers op de shortlist voorgelegd aan verscheidene stadsdiensten om de vergunbaarheid van de voorliggende ont werpen maximaal af te toetsen.
> Na deze adviesvraag bleek uit de opmerkingen die de aanbesteder van de dienst Stedenbouw en Ruimtelijke Planning mocht ontvangen dat een aantal van de voorliggende ontwerpen een significante inbreuk op de geldende stedenbouwkundige voorwaarden begaan. Meer bepaald voldoen deze voorstellen niet aan de voorwaarden van het geldende RUP (RUP Neptune, d.d. 28/10/2010, waar tevens naar wordt verwezen in de gunningsleidraad, cf Deel 3 – Technische bepalingen, 2.4 Randvoorwaarden). Volgens de voorwaarden van het RUP Neptune (cf punt 11.5.2.3.) wordt in de zone Z2, waarin de projectsite zich bevindt, als

stedenbouwkundig voorschrift voorgeschreven dat ‘ondergrondse constructies met een diepte van meer dan 2 m onder het maaiveld niet zijn toegelaten’.

- De inschrijver S&R Neptunus stelt, zowel in de oorspronkelijke offerte als in al [zijn] aangepaste offertes, een gebouw voor waarbij de kelderverdieping zich op een diepte van 3,05 meter onder het maaiveld bevindt.
- De inschrijver TM LD-architecten - 774 Furnibo-Persyn stelt, zowel in de oorspronkelijke als in al [zijn] aangepaste offertes, een gebouw voor waarbij de kelderverdieping zich op een diepte van 3,10 meter onder het maaiveld bevindt.

Er wordt bijkomend opgemerkt dat geen van deze inschrijvers uitdrukkelijk melding maakt dat zij hiermee voorbij gaan aan de geldende voorschriften van het RUP, noch dat zij daartoe wensen gebruik te maken van afwijkingsmogelijkheden, laat staan van de impact daarvan op het verloop en de doorlooptijd van hun vergunningstraject.
Dit terwijl een afwijking uiteraard geen automatisme is.
Het voldoen aan de stedenbouwkundige voorschriften wordt evenwel in de opdrachtdocumenten als een verplichting meegegeven. Bovendien wordt daarbij expliciet verwezen naar de ‘geldende’ voorschriften, hetgeen uitsluit dat de vergunbaarheid van het project zou afhangen van afwijkingsmogelijkheden:

- ‘De realisatie van het project dient te gebeuren met naleving van de geldende stedenbouwkundige voorschriften. Voor de beoogde percelen is een RUP geldig (zie verder), de voorschriften van het gewestplan zijn van toepassing’ (cf. Deel 3 - Technische bepalingen, 1. Onderdelen van de opdracht, A. Ontwerp)
- ‘Het ontwerp en de uitvoering dient te voldoen aan alle bestaande wettelijke voorschriften en richtlijnen’ (cf Deel 3 - Technische bepalingen, 2.4 Randvoorwaarden).

De reden waarom de aanbesteder er in deze procedure voor heeft gekozen om dit op stringente wijze vast te leggen en daartoe geen vrijheidsgraden open te laten (bv. middels beoordeling cf. de gunningscriteria), heeft te maken met de dwingende timing voor de ingebruikname van het te realiseren zwembad. Al zijn er juridische mogelijkheden voor het bekomen van een omgevingsvergunning voor een ontwerp dat afwijkt van de geldende stedenbouwkundige voorschriften, brengt dit sowieso meer risico’s met zich mee dan in het geval van het vergunningstraject voor een ontwerp dat deze voorschriften wel respecteert.
Het risico bestaat enerzijds uit het niet (meteen) bekomen van de omgevingsvergunning omwille van de noodzakelijke afwijking en anderzijds uit de grotere kans dat tijdens het openbaar onderzoek bezwaren worden ingediend, waardoor het vergunningstraject in beide gevallen zal uitlopen.
De omvang van dit risico is op heden door de aanbesteder zeer moeilijk in te schatten, gezien de betreffende afwijking noopt tot het indienen van een hydrologische studie of een verantwoordingsnota, in te dienen door de aanvrager, en bezwaren tijdens het openbaar onderzoek moeilijker zullen

kunnen worden weerlegd gezien de afwijking t.o.v. het RUP. De vergunbaarheid wordt bijgevolg beïnvloed door externe partijen en op heden ongekende elementen.
Wat echter wel met zekerheid kan worden gesteld is dat het tijdsverloop van de plaatsingsprocedure en de voorziene uitvoeringsperiode, met oog op een oplevering van het project in het voorjaar 2024, geen ruimte laat voor een dergelijke vertraging in het vergunningstraject, zodat de aanbesteder dit risico, ongeacht de grootte, in alle geval wil vermijden.
Gezien de wezenlijke inbreuk op deze eis uit de opdrachtdocumenten en de daaruit volgende risico's op het niet (tijdig) uitvoerbaar zijn van het voorgestelde concept, dienen de offertes van inschrijvers TM LD-architecten - TM Furnibo-Persyn en S&R Neptunus als substantieel onregelmatig [te] worden beschouwd.
Er wordt bovendien geoordeeld dat het laten doorvoeren van de noodzakelijke aanpassingen aan deze offertes, teneinde deze inbreuk op de stedenbouwkundige voorwaarden weg te werken en aldus de onregelmatigheid te regulariseren, van dergelijke aard [zou] zijn dat zij een invloed [zou] hebben op alle essentiële elementen van de offerte, en dus in de praktijk aanleiding [zou] geven tot een volledig nieuwe offerte.
Het supprimeren van de kelderverdieping maakt ingrijpende aanpassingen op de andere bouwlagen immers noodzakelijk. Louter optillen van de kelderverdieping naar het gelijkvloers of het eenvoudig toevoegen van de daarin voorziene functies op het gelijkvloers, zorgt bijvoorbeeld voor een dermate grote inname van de projectgrond, waardoor onvoldoende ruimte zou overblijven voor de voorziene omgevingswerken. Een meer ingrijpende herschikking van de voorziene functies over de bovengrondse bouwlagen is dan ook noodzakelijk om zich te conformeren, hetgeen een wezenlijke impact zou hebben op de bouwkundige en technische aspecten enerzijds (bv. stabiliteit en energiezuinigheid) en op de toegankelijkheid, routing, functionaliteit en exploitatie anderzijds. Kortom op nagenoeg alle elementen die in het licht van de gestelde gunningscriteria zouden worden beoordeeld. Een offerte laten aanpassen op vlak van deze essentiële elementen zou dan ook in realiteit neerkomen op het laten indienen van een volledig nieuwe offerte.
Het aan bepaalde inschrijvers toekennen van de mogelijkheid om, bij wijze van regularisatie, hun offerte fundamenteel te herwerken tot een quasi nieuwe offerte die wel integraal voldoet aan de bindende bepalingen van het RUP zou echter ingaan tegen het gelijkheidsbeginsel, waarbij met name de inschrijver die geen onregelmatige offerte indiende zou worden benadeeld door aan sommige inschrijvers nieuwe kansen en bijkomende termijnen te beiden om een (geschikte) offerte in te dienen.
Gezien deze offertes substantieel onregelmatig zijn en het indienen van een nieuwe offerte, gezien bovenstaande motieven, geen voorwerp kan uitmaken van een regularisatie, zoals voorzien overeenkomstig art. 76, §4 van het KB van 18 april 2017, dienen de offertes nietig verklaard te worden."

Nog blijkens dit verslag voldoet de offerte van het consortium Triton als enige aan de geldende voorschriften van het RUP, gezien het volledige gebouw zich boven het maaiveld bevindt, en kan, gezien er geen andere (niet-)substantiële onregelmatigheid werd vastgesteld, deze offerte als enige in aanmerking worden genomen.

3.10. Op 4 maart 2022 keurt de voorzitter van de TMVW “het dossier”, waarbij de offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig wordt beschouwd en de opdracht wordt gegund aan het consortium Triton uit Zeebrugge, bij hoogdringendheid goed.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

Op 24 maart 2022 worden deze beslissingen door de raad van bestuur van de TMVW bekrachtigd.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

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

V. Vertrouwelijkheid

5. Bij haar verweer inzake het tweede middelonderdeel van het enig middel vraagt de verwerende partij dat de vertrouwelijkheid van het stuk D, neergelegd door de verzoekende partij tijdens de huidige procedure, wordt opgeheven.

Die vraag wordt bij de beoordeling van dat middelonderdeel onderzocht en beantwoord.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen de schending aan van (onder meer) de artikelen 4, eerste lid, en 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, van het transparantiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet).

6.1. Zij lichten toe dat de bestreden beslissingen de gelijke behandeling van de inschrijvers en het transparantiebeginsel schenden nu in het gunningsverslag voor het eerst wordt gesteld dat de bepalingen van het RUP Neptune als verplichtend dienen te worden beschouwd en geen enkele afwijking toelaatbaar is, en dat de verwijzing naar de “geldende” stedenbouwkundige voorschriften zou uitsluiten dat de vergunbaarheid van het project zou afhangen van afwijkingsmogelijkheden. Deze interpretatie van het bestek is volgens de verzoekende partijen niet correct en druist zelfs in tegen de besteksbepalingen zelf. In het bestek wordt nergens op een dergelijke beperkende wijze naar de bepalingen van het RUP verwezen. Een verwijzing in het bestek naar het naleven van de “geldende voorschriften” impliceert integendeel ook de toepassing van de bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) die een afwijking op het RUP wel degelijk mogelijk maken. Dat de thans stringente houding van de aanbestedende overheid met betrekking tot de toepassing van het RUP geenszins voorzienbaar was, blijkt duidelijk uit het feit dat vier van de vijf inschrijvers op exact dezelfde wijze afwijken van het RUP, door een diepte te voorzien die verder gaat dan 2 meter onder het maaiveld. De verzoekende partijen besluiten dat er bijgevolg geen sprake is van een substantiële onregelmatigheid.

6.2. Zelfs indien er sprake zou zijn van een substantiële onregelmatigheid, betogen de verzoekende partijen dat artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het gelijkheids- en transparantiebeginsel vereisen dat een aanbestedende overheid duidelijk is omtrent de vereisten die zij stelt aan een opdracht. Indien een afwijking van het RUP absoluut onaanvaardbaar was op een dergelijke wijze dat niet eens tot regularisatie kon worden overgegaan, dan had de aanbestedende overheid dit uitdrukkelijk in het bestek moeten opnemen, terwijl in het bestek eigenlijk niet meer wordt gesteld dan dat het RUP Neptune van toepassing is, en op meerdere plaatsen zelfs wordt verwezen naar een kelder.

Voor zover in het gunningsverslag wordt gesteld dat de verzoekende partijen geen uitdrukkelijke melding maken van het feit dat zij voorbijgaan aan het RUP, wijzen zij erop dat hun offerte regelmatig werd verklaard nu zij werden toegelaten tot de shortlist, in de aanloop waarvan onderhandelingen werden gevoerd, tal van vragen tot aanpassingen werden gesteld, technische fiches werden gevraagd en zelfs werd gevraagd het ontwerp reeds te bespreken met INTER en de dienst Preventie van de Brandweer. Op geen enkel ogenblik werd om toelichting gevraagd omtrent de conformiteit met het RUP. Door vervolgens zonder enige vraag tot toelichting en zonder verzoek tot regularisatie, na acht maanden onderhandelen, de offerte van de verzoekende partijen te verwerpen als substantieel onregelmatig, zijn niet alleen de bepalingen van het eigen bestek geschonden (zie tweede middelonderdeel), doch tevens het vertrouwensbeginsel en proportionaliteitsbeginsel. De verzoekende partijen benadrukken daarbij dat voor deze opdracht is gekozen voor een mededingingsprocedure met onderhandeling, met de daarbij voor deze procedure kenmerkende mogelijkheid tot regularisatie, zodat de sanctie van het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte in deze disproportioneel is. Daarbij verwijzen zij naar de bepalingen in het bestek onder punt ‘4.2. Verloop van de procedure’, waarin de methode die tijdens de gunningsfase voor de beoordeling van de offertes gehanteerd zal worden, wordt beschreven “[t]eneinde de inspanningen van de verschillende inschrijvers proportioneel te houden”, terwijl hun offerte substantieel onregelmatig werd verklaard, pas na te zijn toegelaten tot de shortlist. Hierdoor heeft de verwerende partij zich in deze al evenmin opgesteld als een zorgvuldig handelend bestuur.

6.3. Tot slot betogen de verzoekende partijen dat het motief om hun offerte onregelmatig verklaren, zijnde een vrees inzake tijdsverloop, niet pertinent is, minstens door de aanbestedende overheid zelf werd veroorzaakt, zodat ook de materiële motiveringsplicht is geschonden. In het gunningsverslag wordt gesteld dat "[d]e reden waarom de aanbesteder er in deze procedure voor heeft gekozen om dit op stringente wijze vast te leggen en daartoe geen vrijheidsgraden op te laten (bv. middels beoordeling cf. de gunningscriteria), heeft te maken met de dwingende timing voor de ingebruikname van het te realiseren zwembad".

Volgens de verzoekende partijen is het niet omdat de conformiteit met de regelgeving geen gunningscriterium uitmaakt, dat een inschrijver daaruit zomaar moet afleiden dat de gebruikelijke afwijkingsmogelijkheden voorzien in het VCRO zijn uitgesloten, dat die in de onderhandeling onbespreekbaar zouden zijn of dat de afwijking, indien niet gewenst, niet zou kunnen worden geregulariseerd. Evenmin kan volgens hen uit het feit dat het bestek voorziet in een timing *ipso facto* worden afgeleid dat een afwijking op het RUP zonder meer zou leiden tot een substantiële onregelmatigheid. Het "mogelijke" risico op bezwaren tijdens de procedure tot het bekomen van een omgevingsvergunning is evenmin een afdoende reden om de offerte als substantieel onregelmatig te beschouwen. De aanbestedende overheid had de verzoekende partijen dienen te bevragen over deze impact, en over hoe een eventuele vertraging zou worden ondervangen. In voorkomend geval had ze de offerte van de verzoekende partijen hiervoor dienen af te straffen in het kader van het gunningscriterium "Garanties inzake timing". Het motief dat "met zekerheid kan worden gesteld (…) dat het tijdsverloop van de plaatsingsprocedure en de voorziene uitvoeringsperiode(…) geen ruimte laat voor een dergelijke vertraging" is bijgevolg niet correct, zodat de materiële motiveringsplicht is geschonden.

De verzoekende partijen besluiten dat, nu duidelijk is dat hun offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verklaard, het evenmin zeker is dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte, overeenkomstig artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016.

7. In een tweede onderdeel voeren de verzoekende partijen de schending aan van (onder meer) artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het transparantiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling, het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

7.1. De verzoekende partijen lichten toe dat de aanbestedende overheid hun offerte substantieel onregelmatig heeft verklaard omdat de kelderverdieping zich meer dan 2 meter onder het maaiveld zou bevinden en zij deze – beweerde – onregelmatigheid niet regulariseerbaar acht.

Nochtans is in het bestek onder ‘13. Onderzoek offertes – 13.1. Regelmatigheid van de offerte’ een regularisatie in de zin van artikel 76, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 ingevoegd. In niet mis te verstane bewoordingen wordt gesteld dat de mogelijkheid tot regularisatie zal (en niet ‘kan’) worden geboden, wanneer er sprake is zowel van meerdere niet-substantiële onregelmatigheden als van een substantiële onregelmatigheid. Overigens blijkt uit de voornoemde besteksbepaling onder ‘4.2. Verloop van de procedure’ dat enkel inschrijvers met een regelmatige offerte worden uitgenodigd tot de eerste onderhandelingsfase, zodat de verwerende partij heeft geoordeeld dat de eerste offerte van de verzoekende partijen wel degelijk regelmatig was. Dat blijkt ook uit het verslag aan de Koning bij artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidens hetwelk de eventuele mogelijkheid tot regularisatie van onregelmatigheden (die in dat geval vermeld moet zijn in de opdrachtdocumenten) moet plaatsvinden voor de effectieve onderhandelingen worden aangevat. De beslissing tot onregelmatigverklaring bevat aldus tevens een tegenstrijdigheid.

De aanbestedende overheid heeft aldus haar eigen bestek niet nageleefd, minstens werd bij de inschrijvers het vertrouwen gewekt dat zij substantiële onregelmatigheden zouden mogen regulariseren. Deze schending heeft tot gevolg dat evenmin zeker is dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte.

7.2. Voorts betogen de verzoekende partijen dat de motieven die worden opgegeven om niet tot regularisatie over te gaan, op zich evenmin correct zijn. Ten onrechte beweert de verwerende partij dat het laten doorvoeren van de nodige aanpassingen aan de offerte “van dergelijke aard [zou] zijn dat zij een invloed [zou] hebben op alle essentiële elementen van de offerte, en dus in de praktijk aanleiding [zou] geven tot een volledig nieuwe offerte”.

De verwerende partij gaat daarbij uit van enkele beweringen en aannames waarvan niet blijkt dat ze terdege werden onderzocht. Voorts gaat de volledige motivering uit van het integraal “supprimeren van de kelderverdieping”, wat evenwel slechts één scenario is. De bedenking dat het eventueel mogelijk is het concept met 1,10 meter “op te tillen” wordt niet gemaakt, terwijl er wel degelijk mag worden gewerkt tot een diepte van 2 meter onder het maaiveld en in het bestek meermaals melding wordt gemaakt van een kelder. De verzoekende partijen voegen bij hun verzoekschrift een vertrouwelijk stuk D “nota impact ‘optillen’ concept” toe, waaruit blijkt dat niet wordt geraakt aan de essentiële elementen van het aangepast ontwerp, laat staan van een “volledig nieuwe offerte”. Dit voor de hand liggend scenario werd door de aanbestedende overheid niet onderzocht, waardoor het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht zijn geschonden. Het voorgaande houdt meteen in dat er geen sprake zou zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van de gekozen inschrijver mocht de aanbestedende overheid de verzoekende partijen hebben toegelaten hun offerte te regulariseren.

Standpunt van de verwerende partij

8. De verwerende partij onderscheidt in het eerste middelonderdeel in essentie drie specifieke kritieken, waarop zij antwoordt als volgt :

8.1. De offerte van de verzoekende partijen was substantieel onregelmatig omdat zij afweek van een dwingend stedenbouwkundig voorschrift. Dit stedenbouwkundig voorschrift maakt (tevens) een minimale, essentiële, eis uit zodat de verwerende partij, overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, niet anders mocht dan besluiten dat de offerte van de verzoekende partijen met een substantiële onregelmatigheid was behept. In

dat geval is er geen beoordelingsmarge voor de aanbestedende overheid. Overigens betwisten de verzoekende partijen de essentie van de onregelmatigheid niet, aangezien zij in hun verzoekschrift bevestigen dat in hun offerte een kelderverdieping wordt voorgesteld “op een diepte van 3,10 meter onder het maaiveld” en zij nergens voormeld stedenbouwkundig voorschrift ontkennen. Zij lijken bovendien nauwelijks te betwisten dat de onregelmatigheid substantieel van aard is.

Dat de verplicht na te leven stedenbouwkundig voorschriften in het bestek als een minimale eis werden opgelegd, blijkt volgens de verwerende partij duidelijk uit het samen lezen van het bestek en het RUP Neptune. Op verschillende plaatsen in deel 3 ‘Technische bepalingen’ van het bestek wordt op gebiedende wijze bepaald dat de opdracht moet worden uitgevoerd in overeenstemming met de geldende wettelijke en reglementaire voorschriften, waaronder de dwingende stedenbouwkundige voorschriften van het RUP Neptune. In de aanhef van hoofdstuk 2 van de technische bepalingen wordt gesteld dat de eisen opgenomen in hoofdstuk 2 “hoe dan ook minimumeisen” betreffen. Het komt in eerste instantie aan de aanbestedende overheid toe om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft. Het RUP Neptune bepaalt ook zelf waarom die dwingende eis wordt opgelegd, met name omdat het plangebied in matig grondwaterstromingsgevoelig gebied ligt. Volgens de verwerende partij bestaat er overigens geen verplichting voor de aanbestedende overheid om, opdat zij een offerte zou kunnen weren, in het bestek uitdrukkelijk te bepalen welke eisen zijn voorgeschreven op straffe van wering. De naleving ervan moet niet uitdrukkelijk in het bestek worden gesanctioneerd met een onregelmatigheid of nietigheid.

Van een minimale, essentiële eis kan niet worden afgeweken. De afwijking van een minimale, essentiële eis wordt overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verondersteld een substantiële onregelmatigheid tot gevolg te hebben en aldus de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang te brengen. Daarom kan daarover ook niet worden onderhandeld. De verwerende partij benadrukt dat het bestek geen ruimte laat om een voorstel dat afwijkt van de stedenbouwkundige voorschriften minder gunstig te beoordelen in het kader van de gunningscriteria.

8.2. De verwerende partij heeft niet onzorgvuldig of disproportioneel gehandeld door pas na onderhandelingen te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid. Een offerte die wordt bezwaard met een dergelijke onregelmatigheid kan niet aan de sanctie van de nietigheid ontsnappen omdat de onregelmatigheid oorspronkelijk niet werd vastgesteld. Uit het gegeven dat de verzoekende partijen werden toegelaten tot de onderhandelingen en verder geshortlist, mag niet worden afgeleid dat de verwerende partij reeds zou hebben geoordeeld dat haar (initiële) offerte geen substantiële onregelmatigheid bevat of de offerte “impliciet” regelmatig zou hebben verklaard.

De verwerende partij vervolgt dat de eindverantwoordelijkheid om een regelmatige offerte in te dienen bovendien berust bij de inschrijver. Nergens uit de offerte van de verzoekende partijen bleek dat zij een afwijking zouden willen bekomen van de vergunningverlenende overheid, noch werd de impact ervan toegelicht of uiteengezet waarom de afwijking in het licht van de afwijkingsmogelijkheden voorzien in het VCRO vergunbaar zou zijn. Dat is een belangrijke reden waarom de onregelmatigheid pas later is opgemerkt, met name wanneer het ontwerp werd voorgelegd aan de dienst Stedenbouw en Ruimtelijke Planning van de stad Gent. Indien de verwerende partij de substantiële onregelmatigheid in kwestie reeds bij het onderzoek van de initiële offertes zou hebben vastgesteld, zou het resultaat identiek zijn geweest, met name de nietigheid van de offerte. Dat met de verzoekende partijen niet werd onderhandeld nadat de substantiële onregelmatigheid werd opgemerkt, kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid: over een substantiële onregelmatigheid kan in principe niet worden onderhandeld en bovendien betreft het stedenbouwkundig voorschrift een minimale eis waarover volgens artikel 38, § 5, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2017 niet mag worden onderhandeld. Ook het stellen van vragen was niet aan de orde omdat er geen twijfel bestaat over de draagwijdte van de substantiële onregelmatigheid.

8.3. De vrees inzake het tijdsverloop is niet het motief voor de substantiële onregelmatigheid, maar slechts de achterliggende reden waarom de aanbesteder de verplichting had opgenomen om de geldende stedenbouwkundige voorschriften strikt te respecteren. De mogelijkheid om overeenkomstig de VCRO desgevallend een afwijking op de stedenbouwkundige voorschriften te verkrijgen,

zou een (te) grote impact hebben gehad op de timing, onder meer omdat een hydrologische studie of verantwoordingsnota zou moeten worden ingediend. De verzoekende partijen tonen niet aan dat een afwijking van de maximale diepte van onder het maaiveld in aanmerking komt voor een afwijking voorzien in de VCRO, en deze is in ieder geval niet evident.

De verwerende partij benadrukt dat de planning zoals vooropgesteld in het bestek werd gerespecteerd, en zij heeft dus niet, zoals de verzoekende partijen beweren, de vrees inzake tijdsverloop zelf veroorzaakt. De timing werd ook op voorhand duidelijk gecommuniceerd, zodat een argument terzake in het gunningsverslag geen drogreden is.

De verwerende partij besluit dat bijgevolg geen schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangetoond.

9. Wat het tweede middelonderdeel betreft, vraagt de verwerende partij vooreerst om het als vertrouwelijk neergelegd stuk D, bevattende een “nota impact ‘optillen’ concept”, uit de debatten te weren, in ondergeschikte orde om de vertrouwelijkheid van deze nota op te heffen en haar een bijkomende termijn te verlenen om te repliceren op de inhoud van deze nota.

Voorts betoogt de verwerende partij dat aan de verzoekende partijen terecht niet werd toegestaan om hun substantieel onregelmatige offerte te regulariseren, omdat dit, zoals gesteld in het gunningsverslag, in de praktijk zou neerkomen op het verlenen van de mogelijkheid om een volledig nieuwe offerte in te dienen. Dit standpunt is in lijn met de zienswijze van zowel het Hof van Justitie als de Raad van State, afdeling Wetgeving, waaruit blijkt dat het recht op regularisatie van een substantiële onregelmatigheid niet absoluut is. De beginselen van gelijke behandeling, transparantie en mededinging beletten dat een aanbestedende overheid in alle gevallen een inschrijver zonder meer zou toelaten om zijn offerte te regulariseren. De lezing dat een inschrijver over een absoluut recht tot regularisatie van een substantieel onregelmatige offerte beschikt, strijdt bijgevolg met het unierecht.

Voor zover de verzoekende partijen betwisten dat de regularisatie een impact zou hebben op alle essentiële elementen en dus in de praktijk een volledig nieuwe offerte zou impliceren, omdat er een veel eenvoudigere oplossing bestaat die neerkomt op “het optillen van het concept tot een diepte van 2 m onder het maaiveld”, repliceert de verwerende partij dat dit meer vragen doet rijzen dan dat er oplossingen worden gecreëerd. Zij beschrijft uitvoerig tal van bedenkingen ten aanzien van de oplossing die de verzoekende partijen in hun verzoekschrift hebben toegelicht, wat volgens haar bevestigt wat reeds in het gunningsverslag werd vermeld, zijnde dat het laten regulariseren van de substantiële onregelmatigheid een zware impact zou hebben op zowel bouwkundige, technische, omgevings- en duurzaamheidsaspecten van de offerte, als op de toegankelijkheid van het gebouw. Zodoende staat volgens de verwerende partij vast dat zij in het gunningsverslag terecht overwoog dat een regularisatie *in casu* in elke omstandigheid zou leiden tot het indienen van een fundamenteel ander en dus nieuw ontwerp, en om die reden kennelijk onverenigbaar zou zijn met het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van de gekozen inschrijver die wel een ontwerp indiende dat in overeenstemming was met het betrokken stedenbouwkundig voorschrift.

Beoordeling

A. Wat de beslissing houdende het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partijen betreft

10. Overeenkomstig artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes in de zin van paragraaf 8, met het oog op de verbetering van hun inhoud, doch wordt over de minimumeisen en de gunningscriteria niet onderhandeld.

Luidens artikel 76, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verklaart de aanbestedende overheid de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de

mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie.

In punt 13.1 van het bestek wordt met verwijzing naar voornoemde bepaling gesteld dat de aanbesteder aan de inschrijvers, voorafgaand aan de onderhandelingen, de mogelijkheid zal bieden om de niet-finale offertes die substantieel onregelmatig zijn te regulariseren.

11. De offerte van de verzoekende partijen is te dezen substantieel onregelmatig verklaard op grond dat de kelderverdieping zich op een diepte van 3,10 meter onder het maaiveld bevindt, terwijl het RUP Neptune voor de betrokken zone Z2 bepaalt dat ondergrondse constructies met een diepte van meer dan 2 meter onder het maaiveld niet zijn toegelaten.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, en om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel of als een minimale eis worden aangemerkt. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

12. Voor zover de verwerende partij in haar nota de naleving van de stedenbouwkundige voorschriften als minimale eis kwalificeert, zodat elke afwijking dient te worden gesanctioneerd met de nietigheid van de offerte, stelt de Raad van State op het eerste gezicht vast dat de verwerende partij in het gunningsverslag het voldoen aan de dwingende stedenbouwkundige voorschriften zonder afwijkingsmogelijkheden niet uitdrukkelijk als een minimale eis kwalificeert.

In ieder geval lijkt de aanhef van hoofdstuk 2 van Deel 3 – Technische bepalingen, waarnaar de verwerende partij in dat verband verwijst, op het eerste gezicht niet het nodige aanknopingspunt te bieden. In de aanhef van dit

hoofdstuk wordt gesteld dat “de opdrachtgever verwacht dat het programma minimaal voldoet aan onderstaande eisen. Het betreffen hoe dan ook minimumeisen, hetgeen betekent dat het aangeboden voorstel van de opdrachtnemer evenwel steeds verder kan reiken”. Waar de bedoelde “onderstaande eisen” zonder de minste twijfel kunnen worden betrokken op het programma van eisen voor het zwembad en de jeugddienst, lijkt dit op het eerste gezicht heel wat minder evident voor de wettelijke voorschriften en richtlijnen, waaronder het RUP Neptune, die worden omschreven als “randvoorwaarden”.

13. Daarnaast argumenteert de verwerende partij in haar nota dat de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig was omdat zij afweek van een dwingend stedenbouwkundig voorschrift.

De Raad van State stelt vast dat in het gunningsverslag inderdaad wordt gesteld dat het voldoen aan de stedenbouwkundige voorschriften in het bestek als een verplichting wordt meegegeven en daarbij expliciet wordt verwezen naar “de ‘geldende’ voorschriften”, hetgeen volgens de verwerende partij uitsluit dat de vergunbaarheid van het project zou afhangen van afwijkingsmogelijkheden; in het verslag wordt vervolgd “dat de reden waarom de aanbesteder er in deze procedure voor heeft gekozen om dit op stringente wijze vast te leggen en daartoe geen vrijheidsgraden open te laten (bijvoorbeeld via de beoordeling van de gunningscriteria) te maken heeft met de dwingende timing voor de ingebruikname van het te realiseren zwembad”.

De vraag rijst of de besteksbepalingen die verwijzen naar de “geldende stedenbouwkundige voorschriften” en naar het feit dat “voor de betrokken percelen een RUP geldig is” dermate duidelijk zijn dat de inschrijvers reeds bij de opmaak van hun eerste offerte meteen hadden moeten inzien dat elke afwijkingsmogelijkheid voorzien in de VCRO, te dezen een afwijking op het RUP Neptune, uitgesloten was.

Het antwoord op deze vraag lijkt op het eerste gezicht negatief te moeten worden beantwoord.

In de eerste plaats stelt het bestek weliswaar dat de realisatie van het project dient te gebeuren met naleving van de geldende stedenbouwkundige voorschriften, en dat voor de beoogde percelen een RUP geldig is, maar ook niet meer dan dat. Ook zonder die uitdrukkelijke verwijzing dienen de geldende stedenbouwkundige voorschriften en het RUP te worden nageleefd. Het voorschrift in het RUP Neptune dat voor zone Z2 de ondergrondse constructies met een diepte van meer dan 2 meter onder het maaiveld niet zijn toegelaten, wordt in het bestek niet uitdrukkelijk hernomen. De verwerende partij lijkt zelfs niet zelf op de hoogte van dat voorschrift tot op het ogenblik dat de dienst Stedenbouw en Ruimtelijke Planning haar daarop attent maakt. Bovendien houden de verzoekende partijen niet ten onrechte voor dat de verplichte naleving van de geldende stedenbouwkundige voorschriften, ook de naleving lijkt in te sluiten van de bepalingen van de VCRO die afwijkingen op stedenbouwkundige voorschriften mogelijk maken.

Voorts lijkt een inschrijver op het eerste gezicht uit het feit dat de conformiteit met de regelgeving geen gunningscriterium uitmaakt, niet noodzakelijk te moeten afleiden dat de gebruikelijke afwijkingsmogelijkheden voorzien in de VCRO worden uitgesloten.

Ook uit het feit dat het bestek voorziet in een timing kan op het eerste gezicht niet *ipso facto* worden afgeleid dat een afwijking op het RUP hoe dan ook niet toelaatbaar is, temeer aangezien het bestek voorziet in een beoordeling van de timing via het gunningscriterium “garanties inzake timing”.

De verwerende partij maakt bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat het bestek de inschrijvers meteen duidelijk had gemaakt dat de gebruikelijke afwijkingsmogelijkheden op een RUP te dezen zouden zijn uitgesloten. Dat vier van de vijf inschrijvers van exact dezelfde bepaling van het RUP afwijken, lijkt deze conclusie op het eerste gezicht alleen maar te bevestigen.

In de door de verzoekende partijen voorgestane veronderstelling dat het bestek een afwijking op de stedenbouwkundige voorschriften niet uitsluit, kan het hun op het eerste gezicht niet ten kwade worden geduid dat zij hebben nagelaten in hun offerte zelf de afwijkingen reeds te melden, en het nader

toelichten van de vergunbaarheid ervan en de impact op de doorlooptijd hebben gezien als een onderdeel van de onderhandelingen.

14. De verwerende partij lijkt wel terecht te betogen dat een substantiële onregelmatigheid in een eerste offerte die pas zou worden opgemerkt bij het onderzoek van de eindofferte haar substantieel karakter niet verliest doordat de aanbestedende overheid haar aanvankelijk over het hoofd heeft gezien.

De wijze waarop de verwerende partij is omgegaan met de offertes van de verzoekende partijen en die van de andere inschrijvers, wanneer zij nog vóór het opstarten van de tweede onderhandelingsfase heeft vastgesteld dat die afwijken van het bewuste RUP voorschrift, dient evenwel te worden beoordeeld in het licht van het voorgaande en rekening houdend met de mogelijkheden van onderhandelen en regularisatie die de gekozen plaatsingsprocedure en de opdrachtdocumenten bieden.

Te dezen besluit de verwerende partij in het gunningsverslag dat “gezien de wezenlijke inbreuk op deze eis uit de opdrachtdocumenten en de daaruit volgende risico’s op het niet (tijdig) uitvoerbaar zijn van het voorgestelde concept, […] de offerte als substantieel onregelmatig (dient) te worden beschouwd”.

In het gunningsverslag lijkt zij evenwel niet de juridische mogelijkheid tot het verkrijgen van een omgevingsvergunning met een afwijking op het RUP in ieder geval uit te sluiten. Wel stelt zij dat de omvang van het risico op vertraging van het vergunningstraject moeilijk kan worden ingeschat, met een opsomming van de moeilijkheden die daarmee gepaard zullen gaan. Hiermee lijkt de verwerende partij aan de kwestie van de timing een strikte waarde te hechten die op het eerste gezicht niet lijkt te sporen met het feit dat in het bestek de timing van de procedure in punt 4.2. als “indicatief” wordt aangemerkt en in een appreciatie van die timing wordt voorzien bij de toetsing aan het gunningscriterium “garanties inzake timing”, waarbij voor de beoordeling ervan wordt uitgegaan van een globale startscore van 60/100 en opvallende positieve en negatieve elementen in aanmerking zullen worden genomen.

15. Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partijen op het eerste gezicht aannemelijk maken dat de motieven in het gunningsverslag om te besluiten dat de offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig dient te worden beschouwd, niet afdoende zijn.

Het eerste middelonderdeel, voor zover de schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd, is ernstig.

16. Daarnaast lijken de verzoekende partijen op het eerste gezicht eveneens aannemelijk te maken dat ook het gedane onderzoek naar de mogelijkheid tot regularisatie niet afdoende is, in het bijzonder in het licht van de mogelijkheid voorzien in voornoemd punt 13.1. van het bestek om, voorafgaand aan de onderhandelingen, de niet-finale offertes die substantieel onregelmatig zijn te regulariseren, wat op het eerste gezicht lijkt te impliceren dat die mogelijkheid blijft bestaan zolang geen finale offerte voorligt.

De verwerende partij stelt weliswaar terecht, mede in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat het recht op regularisatie van een substantiële onregelmatigheid niet absoluut is, doch verenigbaar dient te blijven met de principes van gelijke behandeling en mededinging, wat niet meer het geval lijkt te zijn als aan de betrokken inschrijver de mogelijkheid wordt geboden om *de facto* een volledig nieuwe offerte in te dienen.

In het gunningsverslag wordt hierover gesteld dat “het laten doorvoeren van de noodzakelijke aanpassingen aan deze offertes, teneinde deze inbreuk op de stedenbouwkundige voorwaarden weg te werken en aldus de onregelmatigheid te regulariseren, van dergelijke aard [zou] zijn dat zij een invloed [zou] hebben op de essentiële elementen van de offerte, en dus in de praktijk aanleiding [zou] geven tot een volledig nieuwe offerte”.

Dit standpunt lijkt op het eerste gezicht uit te gaan van een aanpassing die het (volledig) “supprimeren van de kelderverdieping” en het “optillen van de kelderverdieping naar het gelijkvloers” omvat, waaraan de conclusie wordt verbonden dat die ingrijpende aanpassingen noodzakelijk zou maken.

De verzoekende partijen maken in hun verzoekschrift aan de hand van een uitgewerkt voorstel evenwel op het eerste gezicht aannemelijk dat dit scenario niet de enige mogelijkheid is om de inbreuk op de stedenbouwkundige voorschriften weg te werken. Zonder het voorstel om het concept op te tillen tot de door het RUP Neptune toegestane diepte van 2 meter onder het maaiveld, inhoudelijk op zijn merites te moeten beoordelen – hetgeen het onderzoek bij hoogdringendheid te buiten zou gaan en de Raad van State zonder deskundige bijstand overigens niet zou kunnen – lijkt in deze stand van het geding de vaststelling te volstaan dat het onderzoek naar de mogelijkheid tot regularisatie blijkens het gunningsverslag tot voornoemd scenario beperkt is gebleven en bijgevolg niet voldoende zorgvuldig is gebeurd. Tevens maken de verzoekende partijen op het eerste gezicht aannemelijk dat indien de aanbestedende overheid de verzoekende partijen wel de mogelijkheid zou hebben geboden hun offerte te regulariseren, dit geen schending van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van de gekozen inschrijver met zich zou brengen.

17. Voornoemde vaststelling kan worden gedaan zonder dat de vertrouwelijkheid van het stuk D “nota impact ‘optillen’ concept” van de verzoekende partijen moet worden gelicht. De Raad van State acht de kennisname door de verwerende partij van deze nota in deze stand van het geding niet nodig, nu hij zelf heeft kunnen vaststellen dat in deze nota enkel een korte, meer technische uiteenzetting wordt gegeven van de aanpassingen die reeds in het verzoekschrift worden voorgesteld. Het is voorts niet aangetoond dat het lichten van de vertrouwelijkheid van dit stuk noodzakelijk zou zijn vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces, temeer daar de Raad van State de vertrouwelijk neergelegde stukken wel bij zijn beoordeling van het aangevoerde middel mag betrekken en hij dit ook gedaan heeft.

18. Uit wat voorafgaat volgt dat de bestreden beslissing, waarbij de verzoekende partijen niet de mogelijkheid wordt geboden om met toepassing van artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 hun offerte te regulariseren, op het eerste gezicht het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht lijkt te schenden.

19. Het tweede middelonderdeel is, in de aangegeven mate, ernstig.

B. Wat de gunningsbeslissing betreft

20. Voornoemde schendingen hebben tot gevolg dat evenmin zeker is dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte, overeenkomstig artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016.

21. Voor zover het enig middel kan worden betrokken op de beslissing waarbij de opdracht wordt gegund aan het consortium Triton, is het bijgevolg eveneens ernstig.

VII. Kosten

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

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 4 maart 2022 van de voorzitter van de TMVW waarbij de offerte van de tm Furnibo - Persyn en de bv LD-Architecten substantieel onregelmatig wordt verklaard en de opdracht voor “het aanstellen van een partner van het ontwerp en de bouw van een nieuw zwembad, incl. lokalen jeugddienst en omgevingsaanleg, op de site Neptunus te Gent” wordt gegund aan het “consortium Triton”, zoals bekrachtigd door de raad van bestuur van de TMVW op 24 maart 2022.

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

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Patricia De Somere**