

Het belang van een zorgvuldig opgesteld bestek: afwijking van het RUP leidt niet automatisch tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

In een opmerkelijk arrest van 8 december 2021^[1] heeft de Raad van State geoordeeld dat een offerte die afwijkt van de geldende bestemmingsvoorschriften van het Ruimtelijk Uitvoeringsplan (RUP) niet a priori substantieel onregelmatig is. In de betreffende zaak bleek het bestek immers onvoldoende duidelijk over de draagwijdte van een eventuele afwijking van het RUP.

Dit arrest toont nogmaals het belang aan van een ondubbelzinnig en consequent opgesteld bestek, alsook van de motiveringsplicht.

De zaak betrof een privaat-publieke samenwerking (PPS) voor de realisatie van een gemengd stedelijk bouwproject, met als gunningsprocedure de mededingingsprocedure met onderhandeling.

Tijdens de gunningsprocedure werd de aanbestedende overheid geconfronteerd met een inschrijver die tweemaal afweek van de toepasselijke bestemmingsvoorschriften van het RUP. Daarop besloot de aanbestedende overheid dat de offerte substantieel onregelmatig was én zich niet leende tot de bij onderhandelingsprocedures voorziene mogelijkheid tot regularisatie, aangezien:

- de inschrijver niet uitdrukkelijk had aangegeven dat hij gebruik maakte van een afwijkingsmogelijkheid van de bestemmingsvoorwaarden van het RUP, terwijl het aan de inschrijver is om aan te tonen en te motiveren dat de afwijkingsmogelijkheid aanvaardbaar is en het in de offerte aangeboden project voldoet aan de voorwaarden daartoe;

- de bestemmingsvoorwaarden in het RUP bindend zijn en in het bestek nogmaals uitdrukkelijk werden gekenmerkt als zijnde bindende randvoorwaarden;
- de overige inschrijvers zich wel hebben gehouden aan de bestaande bestemmingsvoorschriften, waardoor de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang zou komen bij de beoordeling;
- het gelijkheidsbeginsel in het gedrang komt wanneer de betreffende inschrijver de kans zou hebben om de substantiële onregelmatigheid ongedaan te maken, aangezien dit een zeer ingrijpende wijziging van diens offerte zou betreffen.

De geweerde inschrijver stelde een beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. Hij beargumenteerde voor de Raad dat de afwijkingen in zijn offerte niet tot de substantiële onregelmatigheid ervan konden leiden, aangezien:

- het toepasselijke bestek inschrijvers toelaat om in hun ontwerp af te wijken van de stedenbouwkundige voorschriften. Bovendien voorziet ook het wettelijk kader dat afwijkingen inzake de bestemming onder bepaalde voorwaarden mogelijk zijn;
- de vereisten inzake de naleving van het RUP niet als minimale eis zijn aangeduid in het toepasselijke bestek;
- de gunningscriteria doen uitschijnen dat afwijkingen mogelijk zijn. Zo is er een subgunningscriterium “conformiteit met de regelgeving”, hetgeen nutteloos zou zijn indien elke niet-conformiteit met de regelgeving tot de substantiële onregelmatigheid zou leiden.

De Raad van State had hier oren naar. Hij overwoog dat hoewel het bestek inderdaad oplegt om de stedenbouwkundige voorschriften na te leven in hun ontwerp, de draagwijdte van deze eis niet eenduidig is.

Volgens de Raad houdt het bestek immers wel degelijk rekening met mogelijke afwijkingen, hetgeen des te meer blijkt uit het feit dat de conformiteit met de regelgeving opgenomen is als een subgunningscriterium (waaraan de aanbestedende overheid het project overigens niet getoetst heeft). Bovendien bepaalt het bestek dat de eisen die als minimale eisen moeten worden beschouwd, aangeduid zijn als “ME”, welke vermelding niet aanwezig is bij de bepalingen omtrent de stedenbouwkundige voorschriften, en dus kon de inschrijver ervan uitgaan dat een afwijking hiervan niet zou leiden tot een onregelmatige offerte. Tot slot voorzien het bestek en de wetgeving overheidsopdrachten voor de gekozen gunningsprocedure in een regularisatiemogelijkheid, die hier door de aanbestedende overheid gebruikt kon worden.

De Raad stelt dat, in de gegeven omstandigheden, de substantiële onregelmatigheid van de offerte wegens afwijking van de voorschriften van het RUP, niet afdoende wordt gemotiveerd. Immers had de aanbestedende overheid de mogelijkheid om de betreffende offerte negatief te beoordelen op het gunningscriterium van de “conformiteit met de regelgeving”, waardoor de gelijke behandeling van de inschrijvers wel degelijk gewaarborgd kon worden. Ook de gekozen gunningsprocedure lijkt hier niet zonder belang, aangezien de Raad stelt dat “zeker in een onderhandelingsfase 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.”

Niettemin lijkt de Raad van State wel een opening te laten om een offerte toch te weren als substantieel onregelmatig, indien de stedenbouwkundige afwijkingen dermate manifest zijn dat het project quasi onvergundbaar en dus mogelijk niet-realiseerbaar zou zijn. In dergelijk geval zou het project volgens de Raad ontsnappen aan de “normale” toetsing van de gunningscriteria en zou dit de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk maken, wat op zich ook leidt tot een substantiële onregelmatigheid. Dit veronderstelt dan wel dat de aanbestedende overheid deze substantiële onregelmatigheid duidelijk en concreet motiveert op grond van de voorgestelde afwijkingen.

Huidig arrest wijst aanbestedende overheden bijgevolg opnieuw op het belang van zorgvuldig opgestelde opdrachtdocumenten. Wanneer zij de verregaande beslissing nemen om een offerte substantieel onregelmatig te verklaren en de inschrijver te weren, dienen zij enerzijds hun eigen

bestekbepalingen na te leven. Anderzijds dienen zij deze beslissing voldoende concreet te motiveren, gelet op de verregaande gevolgen van een wering.

Vragen? Contacteer [Marie Van Den Langenbergh](#) of [Karolien Van Butsel](#).

[\[1\]](#) RvS nr. 252.352 van 8 december 2021.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerpen

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com