

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.011 van 22 juni 2021
in de zaak A. 229.106/XII-8799**

In zake : de NV SODEXO BELGIUM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 99
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 ZORG LEUVEN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Bob Martens en Andi Zrza
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 106
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 oktober 2019, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de raad van bestuur van het ‘Zorgbedrijf Leuven’ van 29 augustus 2019 om de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Uitbating van de centrale keuken van Zorg Leuven en catering’ te gunnen aan de nv Compass Group Belgilux.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 245.683 van 8 oktober 2019 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 april 2021 om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de verwerende partij zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een 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 diensten uit met als voorwerp “Raamovereenkomst voor de uitbating van de centrale keuken van Zorg Leuven en catering”.

De opdracht omvat het uitbaten van de centrale keuken ten behoeve van de woon- en zorgcentra, de lokale dienstencentra, de kinderdagverblijven, de thuiszorg en de andere diensten van Zorg Leuven alsook

de interne distributie, de bevoorrading van cafetaria's en de bedeling van thuismaaltijden.

De opdracht wordt gegund bij wijze van een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De oproep tot aanvraag tot deelneming wordt op 8 juni 2018 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 9 juni 2018 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie bekendgemaakt.

Op 21 juni 2018 keurt de raad van bestuur van de verwerende partij de lastvoorwaarden, de selectieleidraad en de gunningswijze goed.

3.2. Twee ondernemingen dienen hun kandidatuur in: de nv Compass Group Belgilux (hierna: nv Compass Group) en de verzoekende partij. Zij worden beiden op 18 oktober 2018 geselecteerd en toegelaten tot de volgende fase.

Op 20 december 2018 keurt de raad van bestuur van de verwerende partij het bestek met nr. ZL-FCD-2018-001 goed.

Op 21 december 2018 wordt het bestek aan beide geselecteerde kandidaten bezorgd, en worden zij uitgenodigd een initiële offerte in te dienen.

3.3. Op 24 januari 2019 stelt de verzoekende partij een aantal vragen over het bestek. Met een e-mailbericht van dezelfde datum deelt de nv Compass Group mee dat zij afziet van verdere deelname aan de opdracht.

Op grond van dit bestek dient enkel de verzoekende partij op 12 februari 2019 een offerte in.

3.4. Op 28 maart 2019 beslist de raad van bestuur “om het bestek aan te passen binnen het voorwerp van de opdracht”; “het gaat om zulke wezenlijke wijzigingen dat [...] het noodzakelijk is om minstens in een eerste tijd de mededinging terug te openen voor de geselecteerden”.

De motivering van deze beslissing luidt:

“De enige offerte die nu voorligt blijkt een offerte te zijn die op grond van de actuele besteksbepalingen ver boven het voorziene budget ligt, ze is ook substantieel hoger dan de actuele kostprijs. Uit de gesprekken bij het prijsonderzoek blijkt dat één van de struikelstenen de pricing policy is die de inschrijver genoodzaakt zou zijn om te hanteren, die rekening dient te houden met enerzijds een vooropgestelde winstmarge en anderzijds de wijze van verrekenen van mogelijke risico's (boete voor laattijdige levering, auto-ongevallen, insolventie van derden, ...).

Rekening houdend met de elementen in deze offerte, de toelichting ervan en vragen van de andere geselecteerde kandidaat werden om zowel voor de toekomstige opdrachtnemer als voor de opdrachtgever tot een bevredigend resultaat te komen, een aantal hinderpalen vastgesteld, dit zowel langs de zijde van de betrokken inschrijver (bedingen die geen grond vinden in het bestek, pricing policy, wijze van vaststellen prijzen, ...) als in het bestek.

Uit de huidige stand van zaken blijkt dat om de procedure verder te kunnen zetten, het aangewezen is om het bestek aan te passen, zodat mogelijkerwijze er gunstigere voorwaarden kunnen worden bekomen, ook dient een reglementaire basis geschapen voor aanvaardbare bedingen vanwege de inschrijvers.

Aangezien men mag veronderstellen dat deze wijzigingen dermate belangrijk zijn dat geselecteerden zich er op gebaseerd hebben om desgevallend geen offerte in te dienen, is het noodzakelijk om minstens in een eerste tijd de mededinging terug te openen voor de geselecteerden. De wijzigingen die zouden aangebracht worden in de voorwaarden gaan evenwel niet in tegen de in de selectieleidraad en de bekendmaking van de opdracht opgenomen voorwaarden.

Het betreft o.a. (niet-exhaustief)

- De identiteit van de opdrachtnemer (verduidelijking)
- De voorwaarden waaronder derden beroep kunnen doen op de raamovereenkomst
- De prijsvaststelling
- Vragen en antwoorden
- Plaatsbezoek
- Beoordeling van de gunningscriteria
- Verzekeringen en aansprakelijkheid
- Vergoeding van de prestaties
- Prijsherziening prestaties
- Aanvullende vereisten op basis waarvan de offerte dient opgemaakt te worden
- De omschrijving per post
- De bijlagen”.

De beide geselecteerde kandidaten worden bij brief van 29 maart 2019 opnieuw uitgenodigd om een initiële offerte in te dienen. Het aangepaste bestek met nr. ZL-FCD-2018-138 wordt als bijlage gevoegd. De datum van opening van de initiële offertes wordt vastgesteld op 6 mei 2019 om 13.00 uur.

3.5. Op 4 april 2019 bevestigt de verzoekende partij de ontvangst van deze brief en deelt mede dat zij een nieuwe offerte zal indienen. Zij maakt ook twee opmerkingen. Ten eerste wijst zij erop dat de analyse en verwerking van de vele wijzigingen van het bestek een impact op de biedingskost met zich mee zal brengen. Ten tweede wenst zij er zich van te verzekeren dat het “ook voor [de verwerende partij] vaststaat dat het wijzigen van het bestek geen gelegenheid kan zijn om een inschrijver, die oorspronkelijk geen offerte had ingediend, alsnog de mogelijkheid te geven een offerte in te dienen.”

Bij brief van 8 april 2019 antwoordt de verwerende partij op deze brief en verwijst zij naar de gemotiveerde beslissing van 28 maart 2019, die zij als bijlage voegt. Aan de verzoekende partij wordt meegedeeld:

“Overeenkomstig 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, deel ik u mee dat de Raad van Bestuur van ZORG Leuven op 28 maart 2019 het oorspronkelijk bestek van bovengenoemde overheidsopdracht heeft ingetrokken. De Raad van Bestuur heeft beslist om de tweede fase te voeren met een aangepast bestek. Het bestek is fundamenteel gewijzigd en dit noopt tot minstens het herbeginnen van de tweede fase van de mededingingsprocedure. Zo niet rest niets anders dan de procedure volledig te herbeginnen.”

Tevens worden haar de beroepsmogelijkheden tegen deze beslissing meegedeeld.

3.6. Dezelfde gunningscriteria worden in het aangepaste bestek opgenomen met dezelfde weging: 1. De financiële voorwaarden: de beheersvergoeding met een gewicht van 35 punten, 2. De kwaliteit van de maaltijden en producten op 30 punten, 3. Service en organisatie van de dienstverlening op 30 punten en 4. Duurzaamheid op 5 punten.

Thans dienen de beide geselecteerde kandidaten een initiële offerte in.

Hierna vindt de onderhandelingsfase plaats met elk van de kandidaten, waarin enkele overlegmomenten worden gehouden.

Op respectievelijk 24 juni 2019 en 25 juni 2019 dienen de verzoekende partij en de nv Compass Group een definitieve offerte in.

De definitieve offertes worden vervolgens onderzocht en beoordeeld. Op 29 augustus 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.7. De verwerende partij beslist op 29 augustus 2019 in navolging van dit verslag om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren en de opdracht aan de nv Compass Group Belgilux te gunnen. Dit verslag maakt integraal deel uit van de bestreden gunningsbeslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

4.1. De verzoekende partij vraagt de vertrouwelijkheid op te heffen van de “integrale gunningsbeslissing” van 29 augustus 2019 aangezien het niet ondenkbaar is dat, naast de onwettigheid aangevoerd in de uiteengezette middelen, de gunningsbeslissing ook met andere onwettigheden behept is, en dat de offerte van de nv Compass Group ook onregelmatig diende te worden verklaard.

4.2. Deze vraag werd niet nader onderzocht in het auditoraatsverslag.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord een exceptie op van niet-tijdigheid. Zij meent dat de verzoekende partij zich met haar beroep in wezen richt tegen de beslissing van 28 maart 2019 houdende de intrekking van het initiële bestek en het herstarten van de procedure in die fase van

de plaatsingsprocedure, zijnde na de selectie en dus “vanzelfsprekend” laattijdig ingediend. Zij benadrukt dat deze beslissing een aanvechtbare voorbeslissing uitmaakt die definitieve rechtsgevolgen in hoofde van de verzoekende partij genereert: deze beslissing was grievend voor de verzoekende partij aangezien zij hierdoor haar rechtspositie als enige inschrijver definitief heeft verloren; een aanvechtbare voorbeslissing dient volgens haar niet noodzakelijkerwijze een inschrijver uit te sluiten van elke kans tot deelname aan de opdracht en de Raad van State heeft reeds geoordeeld dat de beslissing om een bestek vast te stellen een aanvechtbare voorbeslissing inhoudt. Voorts merkt de verwerende partij op dat zij bij brief van 8 april 2019 de verzoekende partij uitdrukkelijk heeft gewezen op haar recht om tegen deze beslissing beroep in te stellen, wat deze heeft nagelaten. Om pas na 6,5 maanden wél beroep in te stellen tegen de uiteindelijke gunningsbeslissing, getuigt de verzoekende partij volgens de verwerende partij dan ook van een opportunistische houding, waarbij de verzoekende partij enkel ageert indien de gunningsbeslissing haar niet uitkomt.

De verwerende partij betwist ook dat de verzoekende partij conform de zogenoemde Labonorm-rechtspraak nog op ontvankelijke wijze in haar beroep tegen de latere eindbeslissing, dit is de gunningsbeslissing van 29 augustus 2019, de onwettigheid van de kwestieuze voorbeslissing mag invoeren, aangezien de gunningsbeslissing op generlei wijze inhoudelijk wordt geïnviseerd en omdat de voorbeslissing te dezen geenszins is behept met onregelmatigheden. De Labonorm-leer vereist dat er sprake is van een onregelmatigheid van de voorbeslissing om deze alsnog op ontvankelijke wijze tegen de latere gunningsbeslissing te kunnen invoeren, wat te dezen niet het geval is. Wel integendeel, aldus de verwerende partij, werd het initieel bestek net ingetrokken om dit flexibeler en objectiever te maken met het oog op het waarborgen van een optimale mededinging, zonder hierbij in te gaan tegen de in de selectieleidraad en de bekendmaking van de opdracht opgenomen voorwaarden. De verwerende partij meent dan ook dat thans een andere situatie voorligt dan die in het Labonormarrest waarbij er sprake was van een onregelmatige voorbeslissing.

Bijkomend verwijst de verwerende partij nog naar rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin wordt geoordeeld dat de volledige verwezenlijking

van het doel van richtlijn 89/665 in gevaar wordt gebracht indien aan gegadigden en inschrijvers wordt toegestaan om op het moment van de gunning – dus tegen de gunningsbeslissing – een beroep in te stellen door inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten, zoals bij de vaststelling van de voorwaarden van het bestek, op te werpen waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden de volledige procedure opnieuw te beginnen, vanaf de vaststelling van de besteksvoorwaarden.

Ten slotte wijst de verwerende partij er nog op dat de argumentatie van de verzoekende partij, dat zij geen beroep heeft ingesteld tegen het besluit van 28 maart 2019 “vermits zij reeds in haar brief van 4 april 2019 voorbehoud bij de gang van zaken heeft gemaakt”, geheel irrelevant is aangezien een dergelijke mededeling, zonder hier enig juridisch gevolg aan te verbinden, van generlei juridische waarde is om op grond daarvan een laattijdig annulatieberoep te rechtvaardigen.

In de laatste memorie herhaalt de verwerende partij in de eerste plaats dat de beslissing van 28 maart 2019 wel degelijk definitieve rechtsgevolgen voor de verzoekende partij met zich zou hebben meegebracht: de aanpassing van het initiële bestek heeft haar gegriefd, nu deze er immers toe leidde dat de tweede fase van de plaatsingsprocedure *ab initio* werd hernomen, waardoor ook de andere geselecteerde kandidaat die geen offerte had ingediend op grond van het initiële bestek, alsnog de kans kreeg om een initiële offerte in te dienen op grond van het aangepaste bestek; zij verloor aldus hierdoor haar rechtspositie als enige inschrijver.

Voorts blijft de verwerende partij erbij dat deze zaak, waarbij de verzoekende partij “geen juridische stappen [...] [onderneemt] tegen de intrekking van het initiële bestek, om dit vervolgens zo’n vijf maanden later, te weten op 13 september 2019, voor het eerst op te werpen in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor [...] [de] Raad, om dit dan thans, na de verwerping vanwege [...] [de] Raad van dit schorsingsverzoek, andermaal te proberen in het kader van onderhavig annulatieberoep”, een schoolvoorbeeld

uitmaakt van een rechtspraktijk waarvan het Hof van Justitie stelt dat deze dient te worden vermeden.

“Ten overvloede” wijst zij erop dat de verzoekende partij “thans niet de spelregels kan gaan betwisten die zij zelf heeft aanvaard. Zij diende immers zelf weer een eerste offerte in op basis van het volgens haar onrechtmatige tweede bestek.” Zij verwijst naar analogie naar het arrest van de Raad van State nr. 233.196 van 10 december 2015 inzake de nv Apcoa Parking Belgium.

Met verwijzing naar het arrest van de Raad van State nr. 246.926 van 30 januari 2020 inzake de nv Eurofiber benadrukt de verwerende partij opnieuw dat deze handelwijze “van een bijzonder opportunistische en doorzichtige houding getuigt”, waarmee de verzoekende partij “geen blijk [geeft] van de vereiste zorgvuldigheid en diligentie of van het behoorlijk burgerschap die mogen worden verwacht van een partij wanneer zij deelneemt aan onderhandelingen die zij zelf als een bestuurlijk beslissingsproces beschouwt”.

Ten slotte merkt zij nog op dat, zelfs indien de voorliggende plaatsingsprocedure *ab initio* diende te worden herbegonnen, dit finaal geen enkel verschil zou hebben gemaakt, buiten een tijdsverlies van enkele maanden en een periode zonder catering voor de verwerende partij. Immers zou exact hetzelfde bestek worden gebruikt en valt er niet in te zien waarom de twee kandidaten een andere initiële offerte zouden hebben ingediend met betrekking tot hetzelfde bestek. “Ook om deze bijkomende reden dient te worden vastgesteld dat het Sodexo aan ieder belang ontbreekt om het onderhavige annulatieberoep te voeren.”

5.2. De verzoekende partij reageert op dit laatste argument in haar laatste memorie. Zij betoogt dat het niet is uitgesloten dat de verwerende partij “de technische specificaties van de ‘nieuwe’ opdracht nog anders zou hebben aangepakt (in deze alternatieve realiteit zou de publicatie van het bestek immers op een later ogenblik hebben plaatsgehad dan dat Zorg Leuven in realiteit het tweede bestek aan Sodexo en Compass Group heeft overgemaakt), of was Compass Group in het kader van de nieuwe procedure niet geselecteerd, of hadden de partijen andere offertes ingediend, enzovoort.”

Beoordeling

5.3. Handelingen voorafgaand aan een beslissing zijn in beginsel niet vatbaar voor vernietiging, behalve indien ze een zeker en definitief nadelig gevolg hebben gehad en indien een verzoekende partij voordeel kan halen uit hun vernietiging.

De mogelijkheid die een inschrijver heeft om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen een voorbeslissing, neemt niet weg dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan die beslissing verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Een verzoekende partij mag aldus tot staving van haar beroep tegen de gunningsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek of wijziging ervan als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State (arrest Labonorm, nr. 152.173 van 2 december 2005).

Het loutere niet aanvaarden door de aanbestedende overheid van door de verzoekende partij geopperde wettigheidsbezwaren bij die voorbeslissing, verplicht die inschrijver niet, ook al bestaat volgens de voornoemde rechtspraak deze mogelijkheid, om onverwijld een rechtsmiddel aan te wenden tegen die beslissing, ook al heeft de verwerende partij haar daarop gewezen.

De verzoekende partij heeft onmiddellijk haar bezwaren kenbaar gemaakt; zij heeft vervolgens tevens tegen de eindbeslissing tijdig een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en tijdig een beroep tot nietigverklaring ingesteld. Het feit dat de verzoekende partij om haar kansen om de opdracht gegund te krijgen, na de verwerende partij erop te hebben gewezen dat de vele wijzigingen in het bestek een impact op de biedingskost met zich meebrengen en dat deze “wijzigingen geen gelegenheid [kunnen] zijn om een inschrijver, die oorspronkelijk geen offerte had ingediend, alsnog de mogelijkheid te geven een offerte in te dienen”, is ingegaan op de uitnodiging van de verwerende partij om een nieuwe initiële offerte in te dienen op grond van het aangepaste bestek, kan haar in de gegeven omstandigheden niet worden tegengeworpen, temeer omdat de

verzoekende partij op dat ogenblik niet kon vooruitlopen op de beslissing die de verwerende partij hieromtrent zou nemen.

Het betoog van de verwerende partij, dat de voorbeslissing helemaal niet zou zijn behept met onregelmatigheden, raakt tevens de grond van de zaak en laat derhalve niet toe om, “alvorens tot een onderzoek van de aangevoerde middelen ten gronde over te gaan”, de verzoekende partij het belang bij het beroep te ontzeggen. Met haar middelen wil de verzoekende partij immers aantonen dat er wel onregelmatigheden kleven aan die voorbeslissing; in het eerste middel betoogt zij – samengevat – dat de tweede geselecteerde kandidaat hierdoor onrechtmatig de kans heeft gekregen om nog een eerste offerte in te dienen terwijl hij geen offerte heeft ingediend op grond van het initiële bestek, en hij dus niet tijdig een eerste offerte had ingediend en in het tweede middel – samengevat – dat het initiële bestek bovendien op een onrechtmatige wijze, want fundamenteel, zou zijn aangepast tijdens de plaatsingsprocedure, wat volgens haar niet is toegelaten na de indieningsdatum van de eerste offertes.

Voor zover de verwerende partij in de laatste memorie nog opmerkt dat, zelfs indien de voorliggende aanbestedingsprocedure *ab initio* diende te worden hernomen, dit finaal geen enkel verschil zou hebben gemaakt, kan de exceptie evenmin worden aangenomen. Het komt de Raad van State immers niet toe om vooruit te lopen op de gevolgen voor de verzoekende partij van een nieuwe plaatsingsprocedure.

De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 38, §§ 4 en 5, en artikel 89, § 4, van de wet overheidsopdrachten

2016, artikel 76, § 4, derde lid, en artikel 92 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden doordat de verwerende partij een kandidaat, de nv Compass Group, die aanvankelijk geen eerste offerte had ingediend, toch de kans heeft geboden alsnog aan de onderhandelingen deel te nemen en een tweede offerte en een definitieve offerte in te dienen op grond van een gewijzigd bestek.

Indien de verwerende partij van oordeel is dat de specificaties van de opdrachtdocumenten substantieel moeten worden gewijzigd en liefst weer aan een ruimere groep ondernemingen moeten worden voorgelegd moet zij, aldus de verzoekende partij, in dat geval de opdracht stopzetten en heraanbesteden. Paragraaf II.1 van het bestek verwijst uitdrukkelijk naar die mogelijkheid, doch het bestek – zij verwijst naar paragraaf II.19 Onderhandelingen van het bestek – laat niet toe, en evenmin de regels inzake overheidsopdrachten, om een onderneming die geen eerste offerte heeft ingediend, in de lopende plaatsingsprocedure alsnog toe te staan een nieuwe offerte in te dienen: een offerte die na de deadline voor de eerste offertes, dus laattijdig, wordt ingediend, is op grond van artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, substantieel onregelmatig en het gebrek aan een offerte kan niet worden geregulariseerd met toepassing van artikel 76, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De verzoekende partij verwijst hierbij naar arresten van de Raad van State nr. 217.773 van 7 februari 2012 inzake de nv Betonfabriek De Bonte en nr. 222.893 van 18 maart 2013 inzake de nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenbouw.

De verzoekende partij is voorts van mening dat een dergelijke handelwijze strijdig is met de aard van de mededingingsprocedure van onderhandeling zelf: in het licht van artikel 38, § 4 en § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 is de indiening van een eerste offerte essentieel voor de verdere deelname aan de plaatsingsprocedure omdat de eerste offerte het

inhoudelijk beginpunt van de onderhandelingen is, en mag enkel met een “inschrijver” - dit is “een ondernemer die een offerte indient” - verder worden onderhandeld met het oog op de indiening van bijkomende offertes. De verzoekende partij verwijst hierbij opnieuw naar het arrest van de Raad van State inzake de nv Betonfabriek De Bonte, waarin dit standpunt volgens haar steun vindt. De thans voorliggende zaak is volgens haar gelijkaardig en zij benadrukt daarbij dat “uit de beslissing van 28 maart 2019 [...] uitdrukkelijk [blijkt] dat Zorgbedrijf Leuven, nadat Sodexo als enige een offerte heeft ingediend, contact met Compass Group heeft gehad, en op basis daarvan wijzigingen aan het bestek heeft aangebracht. Vervolgens heeft Zorgbedrijf Leuven een tweede offerte bij Compass Group gevraagd, terwijl deze laatste geen eerste offerte had ingediend.”

De verzoekende partij betwist eveneens dat de beslissing van de verwerende partij in lijn zou liggen met de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Zij verwijst naar en bespreekt als volgt de volgende arresten:

- het arrest Nordecon AS (HvJ C-561/12, 5 december 2013): waarin het Hof van Justitie oordeelde dat het alsnog toelaten van een inschrijving, die niet aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht zou voldoen, in het kader van een onderhandelingsprocedure in strijd is met het gelijkheidsbeginsel;

- de arresten CAS Succhi di Fruta (HvJ C-496/99, 29 april 2004) en eVigilo (HvJ, C-538/13, 12 maart 2015): waarin het Hof zich enkel op algemene wijze uitspreekt over de gelijke behandeling van kandidaten tijdens de plaatsingsprocedure, wat in casu niet het geval was nu de nv Compass Group een bijkomende kans ten aanzien van Sodexo heeft gekregen om een offerte in te dienen;

- het arrest Borta UAB (HvJ, C-298/15 15 april 2017): waarin het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat een aanbesteder een beding van het bestek kan wijzigen “mits de aangebrachte wijzigingen niet dermate wezenlijk zijn dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen”, terwijl in voorliggend geval de wijziging net wel een

inschrijver heeft aangetrokken die zonder deze wijziging geen offerte had kunnen indienen.

De verzoekende partij blijft erbij dat een heropstarten van de gunningsfase, na ontvangst van de eerste offertes, niet toelaatbaar is. Zij meent dat anders oordelen een belangrijk risico inhoudt op favoritisme en willekeur. Zij betwist dat een bewijs dat de gekozen inschrijver uit de wijzigingen van het bestek enig voordeel zou kunnen hebben gehaald bij het opstellen van zijn offerte, nodig is om tot de onwettigheid van de procedure te besluiten, nu uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (het voormelde arrest Nordecon) en de Raad van State (RvS nr. 242.755 van 23 oktober 2018 inzake de sa Fedimmo; nr. 214.847 van 23 augustus 2011 inzake de nv Hens, en nr. 221.129 van 23 oktober 2012 inzake de nv Antea Belgium) blijkt dat het risico op manipulatie of favoritisme volstaat om een schending van het gelijkheidsbeginsel vast te stellen. Te dezen is het volgens haar bovendien niet uitgesloten dat de wijzigingen aan het bestek er kwamen op uitdrukkelijke vraag van de nv Compass Group. “Tussen Zorg Leuven en Compass Group hebben hierover uitgebreide contacten plaatsgevonden. Ook de heer auditeur heeft in het kader van de schorsingsprocedure in zijn advies vastgesteld dat het gewijzigd bestek tot stand is gekomen nadat (i) Sodexo wel een offerte indiende, en (ii) Compass Group zijn opmerkingen op het initiële bestek had gegeven.”

De verzoekende partij vraagt de Raad van State ten slotte nog om in voorkomend geval eerst aan het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen te stellen:

“Dienen de artikelen 29.2 en 29.3 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG gelezen in het licht van het Europees niet-discriminatie- en transparantiebeginsel zo uitgelegd te worden dat een aanbesteder in het kader van een mededingingsprocedure met onderhandelingen, na ontvangst van de eerste offertes, het bestek kan wijzigen en de gunningsfase van bij het begin opnieuw kan aanvangen zodat een geselecteerde kandidaat, die geen eerste offerte had ingediend, opnieuw een offerte kan indienen?”

“Dienen artikel 18.1 van Richtlijn 2014/24/EU en de Europeesrechtelijke beginselen inzake non-discriminatie- en transparantie, voortvloeiend uit de artikelen 49 en 56 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zo uitgelegd te worden dat een aanbesteder, in het kader van een mededingingsprocedure met onderhandelingen, nadat ondernemingen een eerste offerte hebben ingediend, het bestek kan wijzigen en de gunningsfase van bij het begin kan aanvangen zodat een geselecteerde kandidaat, die geen eerste offerte had ingediend, opnieuw een offerte kan indienen, terwijl het bestek niet in deze mogelijkheid voorziet?”

7. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord in de eerste plaats een exceptie op van gebrek aan belang bij het middel, nu het middel in wezen de beslissing van de raad van bestuur van ‘Zorg Leuven’ van 28 maart 2019 houdende de intrekking van het initieel bestek viseert, waaruit de verzoekende partij op heden geen enkel voordeel meer kan halen en de verzoekende partij niet aantoont dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard en evenmin dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

Zij benadrukt hierbij dat “zelfs indien voornoemd besluit dd. 28 maart 2019 niet zou zijn genomen, en derhalve verzoekende partij als enige haar finale offerte zou hebben ingediend (aangezien Compass Group volgens de visie van de verzoekende partij als ‘niet-inschrijver’ niet had mogen meedingen), dan nog zou Zorg Leuven tot eenzelfde besluit houdende de wering van de finale offerte van de verzoekende partij (moeten) zijn gekomen wegens de substantiële onregelmatigheid (en dus de nietigheid) ervan.”

“Ten overvloede” verwijst de verwerende partij ook nog naar artikel 21 van de rechtsbeschermingswet, waarin wordt gesteld dat een opdracht, in beginsel, van zodra die is gesloten “niet meer geschorst of onverbindend [kan] worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij”. Zij wijst er in dat kader op dat de opdracht uiteindelijk is gegund aan en gesloten met de nv Compass Group, waardoor het raamcontract tot stand is gekomen. “De eventuele vernietiging brengt immers niet van rechtswege de schorsing of vernietiging van de opdracht met zich mee.”

Ten gronde betoogt de verwerende partij dat de zienswijze van de verzoekende partij is gesteund op het initiële bestek, hetwelk evenwel werd

ingetrokken, om vervolgens een aangepast en meer gepreciseerd bestek te hanteren en dit – in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert – volledig in lijn met het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantieplichting. “Inderdaad, krachtens vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie beoogt het beginsel van gelijke behandeling net de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen.”

De verwerende partij betwist de lezing die de verzoekende partij geeft aan de arresten *nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenbouw* en *nv Betonfabriek De Bonte*: wat het eerste arrest betreft, laat de verzoekende partij na te melden dat er in die zaak geen noodzaak bestond om het initiële bestek in te trekken en werd er geen aangepast bestek in de plaats gesteld waarbij de termijn voor het indienen van een eerste offerte werd verlengd ten opzichte van de voorziene datum in de oorspronkelijke en ingetrokken versie van het bestek, wat in de onderhavige zaak wél het geval is; wat het tweede arrest betreft, gaat de verzoekende partij voorbij aan het essentieel gegeven dat er in die zaak ook geen sprake was van het uitbrengen van een aangepast bestek. “Dat is net het essentieel punt van verschil waarin de onderhavige zaak zich onderscheidt van de door de verzoekende partij aangehaalde zaken: *Zorg Leuven* heeft met een gewijzigd bestek immers beslist om voor alle geselecteerde inschrijvers een nieuwe openingsdatum voor de initiële offertes te bepalen”. Te dezen, zo benadrukt de verwerende partij nog, “hernamen zowel *Compass Group* alsook *Sodexo* [...] - althans wat betreft de tweede fase van de plaatsingsprocedure - ab initio de hoedanigheid van geselecteerde kandidaat, waardoor beide geselecteerde kandidaten (i) terug op het nulpunt werden geplaatst wat betreft de tweede fase van de plaatsingsprocedure, (ii) ze tevens de kans kregen om opnieuw een eerste offerte in te dienen op basis van het aangepast bestek (wat beide geselecteerde kandidaten tijdig en dus vóór 6 mei 2019 om 13.00 uur hebben gedaan) én (iii) zij in dit verband wel degelijk beide onderhandelingen konden voeren.”

Voorts betoogt de verwerende partij dat zij volledig conform de rechtspraak van het Hof van Justitie wijzigingen, zelfs aanzienlijke, vermocht aan te brengen aan het initieel bestek lopende de plaatsingsprocedure, nu aan de drie

door het Hof gestelde voorwaarden is voldaan, namelijk wanneer (1) de opdracht als gevolg van de wijzigingen niet dermate gevoelig verschilt van de aanvankelijk omschreven opdracht in die zin dat de wijzigingen bijkomende potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken (2) de wijzigingen passend worden bekendgemaakt, zodat de betrokken inschrijvers daarvan in dezelfde omstandigheden en op hetzelfde moment kennis kunnen nemen en (3) dat die wijzigingen vóór de indiening door de geselecteerde inschrijvers van de finale offertes worden aangebracht.

Ten slotte acht de verwerende partij het weinig pertinent om de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen: “de feiten in deze zaak zijn immers duidelijk”. Niettemin “in het onwaarschijnlijke geval” dat de Raad toch op dat verzoek zou ingaan, stelt zij voor om de volgende vraag te stellen:

“Staan de artikelen 29.2 en 29.3 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG gelezen in het licht van het Europees niet-discriminatie- en transparantiebeginsel eraan in de weg dat een aanbesteder, vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt, in het kader van een (meerfasige) mededingingsprocedure met onderhandelingen, nadat slechts één onderneming een onrealistische en onwerkbare offerte heeft ingediend op basis van een initieel bestek,

- haar initiële bestek intrekt waardoor de aangevangen tweede fase van de plaatsingsprocedure op grond van het initieel bestek (i.e. na de selectie van de kandidaten) wordt stopgezet, om deze fase vervolgens ab initio te laten herbeginnen en opnieuw open te stellen voor alle geselecteerde kandidaten middels een aangepast en meer gepreciseerd Bestek;
- waarbij dit aangepast bestek in die zin is gewijzigd (i) zonder dat deze wijzigingen ingaan tegen de in de selectieleidraad en de bekendmaking van de opdracht opgenomen voorwaarden, (ii) deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt bij intrekkingbericht waarbij de reeds geselecteerde kandidaten worden gewezen op hun beroepsmogelijkheden ter zake en (iii) deze wijzigingen vóór de indiening van de finale offertes worden aangebracht, waarbij de termijn voor de indiening van deze finale offertes wordt verlengd zodat alle geselecteerde kandidaten opnieuw de kans krijgen om een eerste offerte in te dienen op grond van het aangepaste bestek?”

8. De verzoekende partij repliceert in de memorie van wederantwoord dat de regels inzake overheidsopdrachten, die beogen de mededinging volgens duidelijke spelregels te laten verlopen, de aanbesteders niet

zomaar toelaten om naar eigen inzicht van deze regels af te wijken, louter omdat ze vermeende mededingingsbevorderende doelstellingen zouden hebben. “Dit zou immers een belangrijk risico op favoritisme en willekeur inhouden.”

De verzoekende partij betwist ook dat zij niet beschikt over het vereiste belang bij dit middel. Zij benadrukt dat uit het eerste middel blijkt dat de volledige plaatsingsprocedure onwettig is verlopen vanaf de beslissing van 28 maart 2019 om alle geselecteerde kandidaten op grond van een gewijzigd bestek opnieuw tot de plaatsingsprocedure toe te laten en dat deze onwettigheid slechts verholpen kan worden door het herbeginnen van de gehele procedure, zodat zij opnieuw een kans maakt op de gunning van de opdracht. Tevens betwist zij dat zij, indien de beslissing van 28 maart 2019 niet zou zijn tussengekomen, exact dezelfde offerte als de finale offerte van 24 juni 2019 zou hebben ingediend. “Het is onmogelijk om een uitspraak te doen over het verder verloop van de plaatsingsprocedure, mocht de beslissing van 28 maart 2019 niet zijn tussengekomen.” De verzoekende partij verwijst in dit kader ook naar de toepassing van theorie van de complexe rechtshandeling en de Labonorm-leer. De onwettigheden, zo vervolgt zij, hebben haar wel degelijk een nadeel berokkend. “Zij hebben de kans verkleind dat Sodexo de opdracht zelf zou gegund krijgen, door een concurrent opnieuw tot de plaatsingsprocedure toe te laten. En uit de gunningsbeslissing komt vervolgens het nadeel voort dat de Opdracht niet aan Sodexo is gegund.” Ten slotte verwijst zij nog naar vaste rechtspraak van de Raad van State, dat de sluiting van het contract met een andere inschrijver geen afbreuk doet aan het gekwalificeerd moreel belang dat een niet-gekozen inschrijver bij de vernietiging van de onwettige gunningsbeslissing heeft.

Ten gronde herhaalt zij haar verzoek tot het stellen van de door haar voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

9. In haar laatste memorie blijft de verwerende partij er in de eerste plaats bij, wat zij opnieuw uitvoerig toelicht, dat het initiële bestek te dezen wel degelijk mocht worden aangepast in lijn met vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie, dat deze aanpassing ook onvermijdelijk was, wat omstandig werd gemotiveerd in het besluit van 28 maart 2019 en dat de doorgevoerde wijzigingen

in dit verband toegestane concretiseringen betroffen, die niet ingingen tegen de in de selectieleidraad en bekendmaking van de opdracht opgenomen voorwaarden.

De verwerende partij betwist voorts in haar laatste memorie vooral en ten stelligste het “hoofdargument” aangaande het “beweerde favoritisme” of “potentieel favoritisme” ten aanzien van de gekozen inschrijver en de suggestie dat deze zou zijn “betrokken” geweest bij het opstellen van het gewijzigde bestek: “dit stemt evenwel geenszins overeen met de realiteit, vindt geen enkele grondslag in het administratief dossier en wordt op geen enkele wijze aangetoond.” Zij benadrukt dat uit het administratief dossier geen enkel spoor van favoritisme of manipulatie blijkt, zoals de Raad van State overigens bevestigde in het tussenarrest van 8 oktober 2019: “één en ander [wordt] op geen enkele wijze [...] onderbouwd, noch aannemelijk [...] gemaakt.” Zij verwijst ter zake tevens naar de arresten nr. 235.903 van 29 september 2016 inzake de nv Topfloor, en nr. 237.726 van 21 maart 2017 inzake de bvba Nexus Integrity Consulting.

De verwerende partij gaat vervolgens in op de concretisering die werden doorgevoerd, die “steeds in lijn waren met het gelijkheidsbeginsel”, in het voordeel waren van beide spelers en “net het resultaat [waren] van de toelichtingen die Sodexo verstrekke in het kader van het prijzenonderzoek van de eerste offerte die zij indiende op basis van het initiële bestek.” Zo wijst de verwerende partij op “het geheel of gedeeltelijk opheffen van clausules die een belangrijke prijsimpact hadden. Dit had onder meer betrekking op het verminderen van de ingebouwde waarborgen en garanties (zie in die zin bijvoorbeeld het versoepelde artikel IV.7.4) en het in eigen beheer uitvoeren van sommige delen van de opdracht die uiteindelijk te veel bleken te kosten in het geval van een uitbesteding. Daarnaast betroffen veel aanpassingen in het aangepaste bestek verduidelijkingen: zo werden de gepubliceerde vragen en antwoorden bijvoorbeeld geïntegreerd in de tekst van het aangepaste bestek.”

Ten slotte verzoekt de verwerende partij de Raad van State “wanneer hij het eerste middel – per impossible – alsnog ernstig zou bevinden”, aan het Hof van Justitie de in de memorie van antwoord voorgestelde prejudiciële vragen te stellen.

10. In de laatste memorie betoogt de verzoekende partij op haar beurt nog dat het feit dat de verwerende partij het initiële bestek heeft ingetrokken, en alle geselecteerde kandidaten om mededingingsbevorderende redenen opnieuw tot de procedure heeft toegelaten, wat volgens de verwerende partij het verschil uitmaakt met de rechtspraak waarnaar de verzoekende partij verwijst, juridisch niet van belang is, omdat de werkwijze van de verwerende partij op zich onwettig is.

Naar de mening van de verzoekende partij is, op grond van de regels inzake overheidsopdrachten, een bewijs waarin en in welke mate het bestek afwijkt van het eerste bestek, waaruit zou moeten blijken dat de gekozen inschrijver uit die wijziging enig voordeel zou kunnen hebben gehaald bij het opstellen van zijn offerte, dat ook niet aan de verzoekende partij toeviel, niet nodig om tot de onwettigheid van de procedure te besluiten. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State blijkt immers dat het risico op manipulatie of favoritisme volstaat om een schending van het gelijkheidsbeginsel vast te stellen.

In deze zaak is bovendien, zo vervolgt zij, “aantoonbaar gemaakt dat de wijzigingen aan het bestek er kwamen op uitdrukkelijke vraag van Compass Group. Tussen Zorg Leuven en Compass Group hebben hierover uitgebreide contacten plaatsgevonden.” Dit zou volgens haar blijken uit het administratief dossier en in het bijzonder de beslissing van 28 maart 2019 waaruit blijkt dat “Zorgbedrijf Leuven contact met Compass Group heeft gehad, en op basis daarvan wijzigingen aan het bestek heeft aangebracht”; Compass Group zou uiteen hebben gezet waarom zij geen offerte op de eerste versie van het bestek heeft ingediend, met inbegrip van concrete bemerkingen op de eerste versie van het bestek. Zij verwijst dienaangaande naar het vertrouwelijk stuk 11 “E-mail uitgaande van Compass Group dd. 24 januari 2019”.

De verzoekende partij benadrukt dat het volgens de rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Justitie voldoende is dat het risico op favoritisme aannemelijk wordt gemaakt en verwijst hieromtrent naar het voormelde arrest nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenbouw dat volgens haar bij analogie op de huidige zaak toepasbaar is. Zij betwist voorts dat nuttige analogieredeneringen kunnen worden gemaakt met de voormelde arresten Topfloor en Nexus Integrity Consulting waar de verwerende partij in de laatste memorie naar verwijst.

De verzoekende partij verzoekt ten slotte de Raad van State, in het geval hij het arrest nr. 245.683, waarbij de vordering tot schorsing werd afgewezen, zou bevestigen, eerst aan het Hof van Justitie de prejudiciële vragen zoals uiteengezet in haar procedurestukken, te stellen.

Beoordeling

11. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij, indien de middelen gegrond worden bevonden, blijkt dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund. Dit is te dezen het geval. In zoverre de uiteenzetting van de exceptie inzake het gebrek aan belang bij de middelen, hierboven onder randnummer 7, samenvalt met die betreffende het gebrek aan belang bij het beroep, volstaat het dan ook te verwijzen naar de bespreking van die laatste excepties hierboven onder randnummer 5.3. Dat het raamcontract inmiddels is gesloten, verhindert niet dat het gekwalificeerd moreel belang door de nietigverklaring van de bestreden beslissing wordt gediend, spijs de sluiting en zelfs de uitvoering van de raamovereenkomst.

De exceptie wegens gebrek aan belang bij het middel wordt verworpen.

12. Te dezen heeft de aanbestedende overheid geopteerd voor een mededingingsprocedure met onderhandeling.

Artikel 2, 24°, van de wet overheidsopdrachten 2016, luidt:

“24° mededingingsprocedure met onderhandeling : de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een opdracht een aanvraag tot deelneming mag indienen, waarbij alleen de geselecteerde kandidaten een offerte mogen indienen en waarbij over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers, en die uitsluitend van toepassing is op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 2 vallen;”

In beginsel beschikt de aanbestedende overheid in een mededingingsprocedure met bekendmaking over een aanzienlijke beslissingsruimte om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure in te richten en te doorlopen. Deze ruimte is echter niet onbeperkt. Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in overheidsopdrachten. Ze wordt ook beperkt door de regels die de aanbestedende overheid zichzelf in het bestek heeft opgelegd. De keuze voor de onderhandelingsprocedure ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

13. De mededingsprocedure met onderhandeling bestaat uit meerdere fasen, namelijk een selectiefase, gevolgd door een onderhandelings- en gunningsfase waarbij alleen de geselecteerden een offerte mogen indienen, die het uitgangspunt vormt voor de onderhandelingen. Het bestek wordt pas in de tweede fase meegedeeld.

Het bestek omschrijft de onderhandelingsfase, die dus volgt op de selectiefase, zowel in de oorspronkelijke versie als de gewijzigde versie van het bestek, als volgt:

- “- Uitnodigen deelname tweede fase indienen offertes en beschikbaar stellen bestek
- Indienen offerte door inschrijvers
- Desgevallend beperken van het aantal offertes waarover wordt onderhandeld en desgevallend onderhandelen van de offertes
- Keuze van de deelnemer(s) aan de raamovereenkomst

- Informatie en motivering ten aanzien van de deelnemers aan de tweede fase van de plaatsingsprocedure en desgevallend in acht nemen van een wachttermijn
- Sluiten raamovereenkomst”.

Betreffende het indienen van de offertes is in het bestek, zowel in de oorspronkelijke versie als de gewijzigde versie, voorts te lezen:

“II.9.1 Indienen van de initiële offerte

Een inschrijver mag slechts één offerte per perceel indienen. (In dit geval betreft het slechts één perceel.) [...]

[...]

De initiële offerte wordt ingediend vóór het limiettijdstip vermeld in de uitnodiging tot indienen offerte.

[...]

Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en is hij door de besteksbepalingen gebonden.

Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om deze offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.

II.9.2 Indienen van de andere offertes

De inschrijver dient deze offertes in volgens de nadere onderrichtingen van de aanbestedende overheid.

II.10 Opening van de initiële offertes

De offertes worden elektronisch ingediend, er is geen openbare zitting.

De offertes worden elektronisch geopend”.

14. Zowel de verzoekende partij als de nv Compass Group dienden een aanvraag tot deelneming in en werden geselecteerd. Met een brief van 21 december 2018 werden de beide geselecteerde kandidaten vervolgens uitgenodigd om een initiële offerte in te dienen en werd hun het bestek bezorgd. Daarin werd de datum van opening van de offertes op 12 februari 2019 vastgesteld.

Op 24 januari 2019 stelt, enerzijds, de verzoekende partij een aantal vragen over het bestek en, anderzijds, deelt de andere geselecteerde deelnemer, de nv Compass Group, mee dat hij niet zal deelnemen. Bij de opening op 12 februari 2019 heeft enkel de verzoekende partij een offerte ingediend.

Op 28 maart 2019 beslist de verwerende partij om niet verder te onderhandelen met de verzoekende partij, maar om het oorspronkelijke bestek in te trekken en de tweede fase te herbeginnen met een aangepast bestek, dit, zoals blijkt uit de motivering van die beslissing, omdat zij had vastgesteld dat de door de verzoekende partij aangeboden prijs “ver boven het voorziene budget ligt” en “[r]ekening houdend met de elementen in deze offerte, de toelichting ervan en van de motivering en de vragen van de andere geselecteerde kandidaat”. De beide geselecteerde kandidaten worden opnieuw uitgenodigd om een initiële offerte in te dienen, waarbij de verwerende partij hun het aangepaste bestek doorstuurt. Beide kandidaten dienen opnieuw een eerste offerte in.

In het gewijzigde bestek werd de openingsdatum voor de initiële offertes vastgesteld op 6 mei 2019.

15. De verzoekende partij voert een schending aan van artikel 92 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waaruit volgt dat elke offerte in de mededingingsprocedure met onderhandeling vóór de datum en uur voor de indiening van de offertes bij de aanbestedende overheid moet aankomen, van artikel 76, § 4, derde lid, van het voormelde koninklijk besluit, dat een inschrijver enkel toelaat zijn offerte te regulariseren, maar niet het gebrek aan een offerte, en van artikel 38, §§ 4 en 5, van de wet overheidsopdrachten 2016, die de onderhandelingen met de inschrijvers betreffen over hun initiële en volgende offertes.

De verzoekende partij gaat er aldus in haar in het eerste middel ontwikkelde kritiek in essentie van uit dat de gekozen inschrijver niet tijdig, dus buiten de in het bestek voorgeschreven termijn voor het indienen van offertes, een initiële offerte heeft ingediend.

De verzoekende partij steunt deze kritiek evenwel op het overschrijden door de gekozen inschrijver van de indieningsdatum vastgesteld in het oorspronkelijke bestek, namelijk 12 februari 2019. Dit bestek met inbegrip van de voormelde indieningsdatum werd echter ingetrokken en wordt dus geacht nooit te hebben bestaan.

De verwerende partij blijkt immers de tweede fase van de plaatsingsprocedure, namelijk de onderhandelingsfase, met een beslissing van 28 maart 2019 te hebben stopgezet en *ab initio* te hebben hernomen op grond van een nieuw, aangepast bestek, waarin een nieuwe datum van opening van de offertes werd vastgesteld, namelijk 6 mei 2019. Op grond van deze beslissing werden de beide geselecteerde kandidaten opnieuw uitgenodigd een initiële offerte in te dienen, die zij beiden tijdig hebben ingediend.

De rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Justitie waarnaar de verzoekende partij in haar eerste middel verwijst, is dan ook niet relevant nu deze het geval betreft waarin slechts één van de inschrijvers na de indieningsdatum van de offertes en tijdens de onderhandelingen alsnog een (bijkomende) offerte indient. De verwerende partij mag worden bijgevalen in haar verweer dat het feit dat zij het initiële bestek heeft ingetrokken, en alle geselecteerde kandidaten om mededingingsbevorderende redenen opnieuw tot de procedure heeft toegelaten met een nieuw bestek en een nieuwe indieningsdatum, het verschil uitmaakt met deze rechtspraak.

16. De verzoekende partij erkent dat de aanbestedende overheid de specificaties van de opdrachtdocumenten “substantieel” mag wijzigen en van oordeel mag zijn dat “deze liefst weer aan een ruimere groep ondernemingen moet worden voorgelegd”, “maar dat zij in dat geval de opdracht moet stopzetten en heraanbesteden”. De Raad van State leidt uit dit betoog af dat de verzoekende partij aldus meent dat de verwerende partij in dat geval ook de eerste fase, de selectiefase, had moeten herbeginnen.

Het standpunt van de verwerende partij, dat de wijzigingen “niet in[gaan] tegen de in de selectieleidraad en de bekendmaking van de opdracht opgenomen voorwaarden”, wordt echter als zodanig door de verzoekende partij niet tegengesproken. De verzoekende partij maakt in de gegeven omstandigheden niet aannemelijk, en nog minder welk belang zij daarbij heeft, waarom als gevolg van de wijzigingen aan het bestek, dat pas in de tweede fase wordt meegedeeld, het herbeginnen van de plaatsingsprocedure toch reeds vanaf de eerste fase noodzakelijk was.

Haar beweringen in de laatste memorie, in antwoord op de exceptie van de verwerende partij, dat het niet is uitgesloten dat de verwerende partij “de technische specificaties van de ‘nieuwe’ opdracht nog anders zou hebben aangepakt [...], of [dat] [...] Compass Group in het kader van de nieuwe procedure [mogelijks] niet [zou zijn] geselecteerd, of [...] de partijen andere offertes [zouden hebben] ingediend, enzovoort”, zijn louter speculatief.

17. Het Hof van Justitie oordeelt in het voormelde arrest Borta dat wijzigingen aan het bestek in de onderhandelingsfase aanzienlijk mogen zijn, maar niet “dermate wezenlijk dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen” (HvJ, C-298/15, Borta UAB, 74). De verzoekende partij benadrukt terecht, alwaar zij naar dit arrest verwijst, dat in het voorliggende geval de wijzigingen aan het eerste bestek nét wel een inschrijver hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte had ingediend.

De verwerende partij heeft echter niet zonder meer tijdens een reeds aangevatte onderhandelingsfase dergelijke aanzienlijke wijzigingen aangebracht aan het bestek noch een concurrent, die geen eerste offerte had ingediend, toch nog tot die fase toegelaten, wat zou ingaan tegen de door de verzoekende partij aangehaalde rechtspraak. Zij heeft integendeel, gelet op de belangrijkheid van de wijzigingen aan het eerste bestek, dat bestek ingetrokken en de reeds aangevangen tweede fase van de procedure – op grond van het initiële ingetrokken bestek – stopgezet en deze fase heropgestart en opnieuw opengesteld voor alle geselecteerde kandidaten, waarbij aan hen beiden het nieuwe bestek en een nieuwe indieningsdatum werd meegedeeld. Bijgevolg maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de verwerende partij aldus in strijd zou hebben gehandeld met de voormelde rechtspraak van het Hof van Justitie. De verwerende partij heeft immers, na intrekking van het eerste bestek, de wijzigingen bijtijds en passend bekendgemaakt, en voorts een nieuwe termijn voor de indiening van de nieuwe initiële offertes op grond van het nieuwe, aangepaste bestek vastgesteld.

18. Voor zover de verzoekende partij in haar eerste middel, dat zoals reeds opgemerkt uitgaat van een verkeerd uitgangspunt, nog in fine wijst op het risico op manipulatie ten voordele van de gekozen inschrijver, omdat “niet [kan] worden uitgesloten dat de wijzigingen in het bestek zijn doorgevoerd op maat van

Compass Group en met de bedoeling om de opdracht alsnog aan deze kandidaat te gunnen”, stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij – alleszins niet in haar eerste middel – overtuigende gegevens aanbrengt waaruit zou moeten blijken dat de gekozen inschrijver uit die wijzigingen enig voordeel zou kunnen halen, dat ook niet aan de verzoekende partij toeviel. Deze kan niet worden bijgevalen in haar repliek in haar laatste memorie dat dit bewijs niet relevant zou zijn; ook al kan met haar worden ingestemd dat een risico op manipulatie of favoritisme volstaat, dan nog dient dit minstens aannemelijk te worden gemaakt. Loutere beweringen en veronderstellingen volstaan daartoe niet.

19. In de uiteenzetting van haar argumentatie bij haar eerste middel verwijst de verzoekende partij naar het administratief dossier en in het bijzonder naar het vertrouwelijk stuk 11 waaruit volgens haar “uitgebreide contacten” zouden blijken.

Met het voormelde vertrouwelijk stuk 11, een e-mailbericht met als onderwerp “geen verdere deelname aan de opdracht uitvoering maaltijdbeleid stad Leuven” van 24 januari 2019, waarop de Raad van State acht mag slaan en bij zijn beoordeling betrekken, deelt de nv Compass Group aan de verwerende partij mee dat zij geen initiële offerte zal indienen. Als reden verwijst die geselecteerde deelnemer in het algemeen naar het feit dat het bestek in de gunningscriteria een aantal elementen hanteert die de huidige dienstverlener volgens hem een aanzienlijk voordeel zouden geven; op het einde van het bericht deelt hij ten slotte nog mee dat indien de verwerende partij toch nog de gunningscriteria zou aanpassen en de opdracht terug gewijzigd lanceren, hij zich engageert tot deelname. De verwerende partij bevestigt in haar memorie van antwoord dat zij, waar zij in haar beslissing van 28 maart 2019 tot intrekking van het eerste bestek, verwijst naar “vragen van de andere geselecteerde kandidaat”, dit e-mailbericht bedoelt waarbij de nv Compass Group meedeelde af te zien van deelname op grond van het oorspronkelijke bestek.

Anderzijds stelde ook de verzoekende partij op diezelfde datum aan de verwerende partij diverse vragen betreffende het initiële bestek inzake de samenstelling van de jury, de identiteit van de opdrachtgever, onduidelijkheden in de opsomming van werkelijke uitgaven waarvoor vergoeding mag worden gevraagd en de kosten die mogen worden aangerekend, een vergissing in de

formule voor de berekening van het prijs criterium, een verduidelijking betreffende SGC 11 bij GC3, bepalingen inzake de uitvoering van de overeenkomst, zoals in verband met de cateringkost en de korting erop, de beheersvergoeding, de herziening van de beheersvergoeding, de verdragingsboetes en de niet-exclusiviteit, en tenslotte nog vragen over de oplevering van onderhoudsprestaties en herstellingen, onderhoud van de vestiaire, de door de verwerende partij ter beschikking gestelde koelwagen, kosten voor rechtzettingen ingevolge opmerkingen van het FAVV, en alternatieve voorstellen tijdens de procedure. Die vragen werden door de verwerende beantwoord en kregen hun weerslag in “Vragen en antwoorden betreffende het bestek” (stuk 9d) en werden vervolgens ook opgenomen in het nieuwe bestek.

Uit de motivering van de beslissing van 28 maart 2019 blijkt ook nog dat de enige offerte die op grond van de oorspronkelijke besteksbepalingen werd ingediend “ver boven het voorziene budget ligt”, “substantieel hoger [is] dan de actuele kostprijs”, en dat, naar aanleiding van “de gesprekken bij het prijsonderzoek” van de offerte van de verzoekende partij en “elementen in deze offerte, [en] de toelichting ervan”, “één van de struikelstenen de *pricing policy* is die de inschrijver genoodzaakt zou zijn om te hanteren, die rekening dient te houden met enerzijds een vooropgestelde winstmarge en anderzijds de wijze van verrekenen van mogelijke risico’s (boete voor laattijdige levering, auto-ongevallen, insolventie van derden, ...).”.

Uit de enkele vaststelling dat eveneens “vragen van de andere geselecteerde kandidaat”, waarmee dus het voormelde e-mailbericht wordt bedoeld waarin die kandidaat meedeelt om geen initiële offerte in te dienen, in overweging werden genomen bij de beslissing om de onderhandelingsfase stop te zetten en te herbeginnen met een aangepast bestek kan dan ook niet zonder meer worden afgeleid dat dit werd herschreven met de bedoeling om de opdracht alsnog aan deze kandidaat te gunnen. De verwerende partij blijkt overigens in eerste instantie niet te zijn ingegaan op de opmerkingen van de nv Compass Group in haar e-mailbericht van 24 januari 2019, en de plaatsingsprocedure op grond van het oorspronkelijke bestek te hebben verdergezet.

20. De Raad van State kan hier alvast vaststellen dat de grieven in het middel in zoverre het hiervoor is besproken niet worden aanvaard.

VI. Heropening van het debat

21. De verzoekende partij vraagt in haar eerste middel ook nog aan de Raad van State, indien deze haar in dit middel ontwikkelde kritiek niet zou volgen, aan het Hof van Justitie, de door haar voorgestelde prejudiciële vragen te stellen. Het verzoek tot het stellen van deze vragen, noch diegene die de verwerende partij voorstelt te stellen, indien de Raad van State de stelling van de verzoekende partij zou bijvallen, werden evenmin nader onderzocht in het auditoraatsverslag.

22. Zoals hiervoor reeds vastgesteld, werd in het auditoraatsverslag de vraag tot lichting van de vertrouwelijkheid van de integrale gunningsbeslissing niet onderzocht noch de door de partijen voorgestelde prejudiciële vragen bij het eerste middel. Evenmin kwam het tweede middel aan bod.

Vastgesteld wordt dat aldus de conclusies van het auditoraatsverslag de oplossing van het geschil niet mogelijk maken. Er is bijgevolg reden tot het bevelen van een aanvullend onderzoek.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat met een aanvullend onderzoek.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest