

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.104 van 24 februari 2022
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 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

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. 251.011 van 22 juni 2021 heropent de Raad van State het debat.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2022.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

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

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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 en tussenarrest nr. 251.011 van 22 juni 2021

3.1. In het arrest nr. 251.011 van 22 juni 2021 worden de feiten als volgt weergegeven:

“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.”

3.2. Bij arrest nr. 251.011 van 22 juni 2021 overweegt de Raad van State dat “de grieven in het [eerste] middel in zoverre het hiervoor is besproken niet worden aanvaard”. De Raad heropent het debat, nu hij vaststelt dat in het auditorsverslag de door de partijen verzochte prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie bij het eerste middel, alsook het tweede middel en de vraag tot lichting van de vertrouwelijkheid van de integrale gunningsbeslissing onbesproken zijn gebleven.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

4.1. De verzoekende partij merkt in haar verzoekschrift het volgende op:

“Sodexo verzoekt Uw Raad tevens om de vertrouwelijkheid van de integrale gunningsbeslissing van de raad van bestuur van Zorg Leuven d.d. 29 augustus 2019 op te heffen. Uw Raad heeft hierover in zijn arrest nr. 245.683 geen oordeel geveld. Sodexo is van oordeel dat er geen gegronde reden voorhanden is om de integrale beslissing als een vertrouwelijk stuk te beschouwen.”

4.2. De verwerende partij benadrukt in de memorie van antwoord dat zij de verplichting overeenkomstig artikel 8, § 1, 2°, 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’ heeft nageleefd om aan een inschrijver van wie de offerte onregelmatig of niet-conform is bevonden, slechts de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing mee te delen. Volgens haar bestaat er

bijgevolg geen enkele wettelijke bepaling die de aanbesteder oplegt om aan een dergelijke inschrijver de integrale gunningsbeslissing over te maken.

Voorts is zij van mening dat er ook geen nood bestaat om de integrale gunningsbeslissing te bezorgen “nu deze niet wordt gevisieerd in de aangevoerde middelen van verzoekende partij”.

Voor zover de verzoekende partij onder randnummer 27 van haar verzoekschrift onder het hoofdstuk ‘Feitelijke voorgaanden’ wijst op de eveneens mogelijke onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver, merkt de verwerende partij op “dat de offerte van Compass Group onder geen beding kan worden vrijgegeven, daar dit een op zichzelf staand commercieel zakengeheim uitmaakt” en dat het verzoek van de verzoekende partij niets meer is dan een “fishing expedition”. Dit zou volgens haar “bij uitbreiding” gelden voor het integraal gunningsverslag “waarin heel wat essentiële elementen uit voornoemde offerte staan opgenomen”.

Ten slotte merkt zij op dat zij in ieder geval aan de Raad van State een volledig dossier voorlegt, zodat hij over alle informatie beschikt in het kader van de onderhavige procedure.

4.3. De verzoekende partij betwist in de memorie van wederantwoord in de eerste plaats dat haar verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid een “fishing expedition” zou behelzen “met als enig doel om commercieel gevoelige informatie over de concurrent te bekomen”. Zij benadrukt dat de gunningsbeslissing een essentieel document is en dat het niet ondenkbaar is dat de offerte van de gekozen inschrijver ook met andere onwettigheden behept is. Zij blijft erbij dat zij bij gebrek aan de opheffing van de vertrouwelijkheid van de gunningsbeslissing dit niet kan nagaan en hierover geen tegensprekelijk debat kan voeren.

4.4. Na de afwijzing van haar verzoek in het aanvullend auditoraatsverslag, volhardt de verzoekende partij in de laatste memorie in haar

verzoek om de vertrouwelijkheid van de gunningsbeslissing op te heffen zonder het beredeneerd standpunt in het auditorsverslag te weerspreken.

Beoordeling

5. De verzoekende partij vraagt in haar verzoekschrift kortweg de opheffing van de vertrouwelijkheid. In haar memorie van wederantwoord licht zij haar vraag nader toe en verzoekt zij om de opheffing omdat “het mogelijk [is] dat [...] de finale offerte van Compass [G]roup onregelmatig verklaard diende te worden”.

In zijn aanvullend verslag heeft de auditeur vastgesteld dat “de motivering [van het gunningsverslag], wat betreft [de beslissing dat de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig wordt beschouwd], tot die vaststelling is beperkt”. In haar laatste memorie geeft de verzoekende partij niet aan welk nut de vrijgave van het gunningsverslag haar dan nog kan bieden en beperkt zij zich ertoe te volharden in haar verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid. Evenmin gaat zij nog in op de vaststelling in het auditorsverslag dat “[v]ervolgens [in het gunningsverslag] de gunningscriteria [worden] getoetst, waarop de gekozen inschrijver wordt geciteerd met een woordelijke motivering, gevolgd door zijn finale rangschikking als economisch meest voordelige offerte”.

Ook ter terechtzitting gaat de verzoekende partij niet meer in op de problematiek die nochtans opnieuw aan bod komt in de laatste memorie van de verwerende partij waarin deze partij beargumenteerd volhardt in haar verzet tegen de opheffing.

In die omstandigheden valt de Raad het voor de verzoekende partij negatief standpunt van het auditoraat bij.

Bijgevolg wordt haar verzoek afgewezen.

Aangezien te dezen het integrale gunningsverslag volledig werd meegedeeld aan de Raad van State, kan de Raad ten slotte deze wel zelf in zijn beoordeling betrekken.

V. Onderzoek van de middelen

Vooraf

6. De verzoekende partij voert twee middelen aan.

In het eerste auditoraatsverslag wordt het eerste middel gegrond geacht. Bij arrest nr. 251.011 van 22 juni 2021 verwerpt de Raad van State echter dat middel in zoverre het in dit verslag wordt besproken, namelijk zonder dat de prejudiciële vragen die de verzoekende partij gesteld wenst te zien, worden behandeld. Die prejudiciële vragen hebben betrekking op de beslissing van de verwerende partij van 28 maart 2019 om de nv Compass Group Belgilux [hierna: Compass Group] opnieuw uit te nodigen tot het indienen van een eerste offerte.

Vermits in het eerste auditoraatsverslag, wat de middelen betreft, noch het verzoek van de verzoekende partij bij het eerste middel tot het stellen van prejudiciële vragen, noch de alternatieve prejudiciële vraag die de verwerende partij voorstelde, noch het tweede middel, aan bod kwamen, heropende de Raad het debat.

Gelet op de samenhang tussen de beide middelen, zullen ze hierna samen worden beoordeeld. Het tweede middel bevat immers een zeer gelijkaardige kritiek, minstens een kritiek die aansluit op de kritiek in het eerste middel. In het tweede middel gaat het om de beslissing van de verwerende partij van 28 maart 2019 om het initiële bestek aan te passen. Ook de verwerende partij meent dat dit tweede middel “bijzonder gelijkaardig [is] aan haar eerste middel” en “ontegensprekelijk vasthangt” aan het eerste middel. In de laatste memorie stelt ook de verzoekende partij dat de behandeling van het tweede middel samenhangt met de beoordeling van de prejudiciële vragen uit het eerste middel.

Standpunt van de partijen bij het eerste middel

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 38, §§ 4 en 5, en 89, § 4, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 76, § 4, derde lid, en 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, samengevat, de verwerende partij een kandidaat, de 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 later een definitieve offerte in te dienen op grond van een gewijzigd bestek.

De verzoekende partij vraagt de Raad van State om, indien hij haar stelling niet zou bijvallen, 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?”

8. De verwerende partij doet in de memorie van antwoord met betrekking tot de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gelden dat deze weinig pertinent zijn, nu “de feiten in deze zaak [...] immers duidelijk [zijn]”. Niettemin, “[i]n 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 intrektingsbericht 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?”

9. In het aanvullend auditorsverslag wordt geoordeeld dat de prejudiciële vragen niet relevant zijn voor de oplossing van het voorliggende geschil, “aangezien die zijn gesteld in het kader van een middel dat vertrekt van een door de Raad van State niet bijgetreden premisse en de Raad van State bijkomend het belang bij de kritiek inzake het herbeginnen van de plaatsingsprocedure vanaf de eerste fase – kritiek die inherent deel uitmaakt van de teneur van de voorgestelde prejudiciële vragen – niet heeft aangenomen”.

10. In de laatste memorie na dit aanvullend auditoraatsverslag, benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats dat zij wel degelijk belang heeft bij de prejudiciële vragen, nu zij belang heeft bij het beroep en bij het eerste middel, wat de Raad van State heeft bevestigd in het tussenarrest. Zij verwijst hierbij naar de afwijzing van de excepties daaromtrent in het tussenarrest.

Ten tweede wijst zij erop dat haar prejudiciële vragen niet uitgaan van een verkeerde feitelijke premisse en dat het “verkeerd uitgangspunt” waarnaar de auditeur verwijst, samenvalt met de discussie over de interpretatie van de artikelen 18, lid 1, en 29, leden 2 en 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 (hierna: richtlijn 2014/24/EU), waarvan artikel 38, §§ 4 en 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 de omzetting vormt. Deze richtlijnartikelen bevatten volgens haar “helemaal niet de mogelijkheid om de gunningsfase, na indienen van eerste offertes, *ab initio* te herbeginnen met alle geselecteerde inschrijvers”. “Het z gezegde uitgangspunt van Sodexo dat de offerte van Compass Group laattijdig is, is dus het logische gevolg van het standpunt dat Zorg Leuven de gunningsfase niet wettig *ab initio* kon herbeginnen. De vraag of [de] Raad dit standpunt verwerpt of aanvaardt hangt finaal af van de interpretatie van de artikelen 29.2 en 29.3 van Richtlijn 2014/24/EU, bijgevolg van het antwoord op de prejudiciële vragen”. Bijgevolg zijn deze “nog altijd relevant en pertinent voor de oplossing van het geschil”.

De verzoekende partij merkt ten slotte nog op dat de Raad van State in het arrest waarbij het debat werd heropend, haar voormelde uitgangspunt niet uitdrukkelijk heeft getoetst aan artikel 38, §§ 4 en 5, van de wet overheidsopdrachten 2016.

11. De verwerende partij van haar kant blijft er in haar laatste memorie bij dat er geen enkele reden is om het Hof van Justitie alsnog te adiëren met de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vragen. Voorts doet zij nog een vijftal punten gelden in reactie op de laatste memorie van de verzoekende partij.

In de eerste plaats wijst zij erop dat de Raad zich in het kader van de onderhavige procedure reeds uitgesproken heeft over de rechtsvraag of de premisse die aan het eerste middel ten grondslag ligt, en dat hij ter zake van oordeel was dat de bekritiseerde handelwijze van de verwerende partij wel degelijk in overeenstemming was met de rechtspraak van het Hof van Justitie. “Het was aldus toegestaan om de tweede fase van de plaatsingsprocedure, namelijk de onderhandelingsfase, stop te zetten en ab initio te hernemen op grond van een nieuw, aangepast bestek”.

Ten tweede merkt de verwerende partij bijkomend op dat de verzoekende partij geen enkel belang heeft om deze vragen te stellen nu “de voorgestelde prejudiciële vragen er net op gericht zijn om deze foutieve premisse bevestigd te zien (en voor recht te horen [zeggen] dat het herbeginnen va[n] de huidige plaatsingsprocedure vanaf de eerste fase in casu noodzakelijk was, waarbij verzoekende partij [...] geen enkel belang [...] zou hebben [...])”.

Ten derde bestaat er volgens haar “geen twijfel dat het eerste middel van verzoekende partij uitgaat van een verkeerd uitgangspunt (te weten dat Compass Group te dezen niet als een inschrijver in het kader van de onderhavige opdracht zou kunnen worden gekwalificeerd omdat haar offerte laattijdig zou zijn ingediend [...])” zodat het stellen ervan zinloos is nu, zoals de verzoekende partij toegeeft, vragen die berusten op een verkeerd uitgangspunt, niet relevant zijn en niet moeten worden gesteld.

Ten vierde betwist de verwerende partij dat het Hof van Justitie zich in het verleden nog niet zou hebben uitgesproken over de door haar toegepaste bekritiseerde werkwijze. Zij verwijst naar de vaststaande Borta-doctrine (Hof van Justitie EU, 5 april 2017, Borta, C-298/15) en meent dat de Raad in het tussenarrest zou hebben bevestigd dat de in discussie zijnde werkwijze niet meer dan een toepassingsgeval uitmaakt van deze doctrine. Bijkomend wijst zij ook op het (recent) arrest nr. 249.165 van 7 december 2020, waarin de Raad oordeelde dat “de BAFO-fase (en dus louter deze fase)” diende te worden hervat, en dus geenszins “– zoals Sodexo nochtans in casu bepleit (en dit zelfs in veel minder verregaande

context dan in de zaak 249.165 het geval was) – de gehele plaatsingsprocedure *ab initio*”.

Ten vijfde en ten slotte benadrukt zij “dat de door Sodexo ontworpen prejudiciële vragen, gelet op de eigenheden en specifieke gegevens van dit dossier, geenszins op de door Sodexo geredigeerde wijze aan het Hof van Justitie kunnen worden gesteld (zoals overigens meermaals door verwerende partij werd voorgehouden in het kader van de onderhavige procedure, met een bijkomend voorstel tot herformulering, waarin verwerende partij, in voorkomend geval, volhardt)”.

Standpunt van de partijen bij het tweede middel

12. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de artikelen 38, § 5, tweede lid, en 89, §§ 1 en 4, van de wet overheidsopdrachten 2016, het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de materiële motiveringsplicht, doordat de verwerende partij “in haar beslissing van 28 maart 2019 het bestek voor de raamovereenkomst zowel op het vlak van de minimumeisen als de gunningscriteria fundamenteel [heeft] gewijzigd. Zorg Leuven geeft in de beslissing die daaraan voorafgaat zelf aan dat deze bestekwijzigingen tot stand zijn gekomen na vragen daartoe en overleg met Compass Group, dit wil zeggen met een geselecteerde onderneming die op dat ogenblik geen offerte had ingediend en dus geacht moet worden niet langer aan de plaatsingsprocedure deel te nemen”.

De verzoekende partij wijst op de volgende fundamentele wijzigingen aan de gunningscriteria en minimumeisen in het nieuwe bestek:

- “• Er werden door Zorg Leuven in art. II.17 van het gewijzigde bestek [...] bij het tweede gunningscriterium ‘Kwaliteit van de maaltijden en producten’ (op 30 punten) extra beoordelingselementen toegevoegd of omschreven:
 - o In het gewijzigde bestek wordt plots rekening gehouden met ‘de optimale voedingswaarde van de producten en de maaltijden’, hetgeen in het oorspronkelijk bestek niet werd voorzien;
 - o Daarnaast is er ingevolge de wijziging van het bestek ook sprake

van de ‘gepaste’ houdbaarheidstermijnen in plaats van (gewone) ‘houdbaarheidstermijnen’. Hoe de gepastheid van deze termijnen *in concreto* zal worden beoordeeld, wordt daarentegen niet weerge[g]even;

- o Voor de beoordeling van de uitgewerkte voorbeeldmenu’s die de inschrijvers moeten voorzien, wordt plots aangegeven dat deze niet zullen worden beoordeeld op basis van het gebruik van verse producten, maar wel op basis van producten met optimale voedingswaarde.
- Ook voor het derde gunningscriterium ‘Service en organisatie van de dienstverlening’ (op 30 punten) [...], wordt het aantal vereiste jaren ervaring gewijzigd voor de diverse profielen die het voorwerp vormen van de subcriteria 1, 2 en 3 en die telkens gescoord worden op 20 punten. Bovendien dient deze ervaring nu ‘relevant’ te zijn (waarbij dan niet nader wordt gespecificeerd hoe de relevantie concreet zal worden beoordeeld). Voorts wordt nu ook vereist dat de inschrijver aantoont dat hij in staat is de aangeboden profielen in te zetten van bij de opstart – hetgeen niet werd vereist in het oorspronkelijke bestek. Daarnaast wordt ook een geheel nieuw beoordelingselement ingevoerd voor het personeelsbeleid dat het voorwerp vormt van subcriterium 5. Ingevolge de bestekswijziging wordt immers ook het aanwezigheidsbeleid en de aanpak van absentisme mee beoordeeld – hetgeen evenmin in het oorspronkelijke bestek terug te vinden is.
- Tot slot voegt het bestek ook voor subcriterium 3 ‘De mogelijkheden betreffende het leveren van regionale, bio- en fairtradeproducten’ onder het vierde gunningscriterium ‘Duurzaamheid’ een geheel nieuwe beoordelingsmethode / geheel nieuwe beoordelingselementen toe. Zo wordt in het gewijzigde bestek voor het eerst vermeld dat
‘Bij de beoordeling zal onder meer rekening gehouden worden met:
 - Het aandeel van duurzame producten dat sowieso deel uitmaakt van het basisaanbod van de inschrijver zonder meerkost en
 - zijn beperkingen op de mogelijkheid van het leveren van regionale, bio- en fairtradeproducten.’

[...] Ook wat betreft de minimumeisen, werden de besteksbepalingen gewijzigd:

- De besteksbepaling inzake de prijsvaststelling (art. II.4 van het bestek);
- De besteksbepaling inzake het plaatsbezoek (art. II.7 van het bestek) (oorspronkelijk een verplichting, nadien slechts een mogelijkheid);
- De besteksbepaling inzake de verzekeringen en aansprakelijkheid (art. IV.6 van het bestek);
- De besteksbepaling inzake de vergoeding van prestaties en prijsherzieningen (art. IV.9.2.3 en IV.9.4 van het bestek).
- De besteksbepaling inzake de aanvullende vereisten op basis waarvan de offerte dient opgemaakt te worden.

Meer specifiek is nog te wijzen op het feit dat Zorg Leuven bijvoorbeeld de principes met betrekking tot het productieproces in VI.7.2 Maaltijden wezenlijk heeft gewijzigd.”

In een voetnoot merkt zij omtrent dit laatste aspect op:

“Het lijkt erop dat Zorg Leuven met die wijziging Compass Group heeft willen toelaten om tijdens de uitvoering van de overeenkomst over te schakelen naar een andere productiewijze. Compass werkt op dit ogenblik met het zogenaamde ‘Steamplicity’-systeem, anders gezegd, het stoomgaren van maaltijden net voor het moment van de consumptie. Deze maaltijden zijn reeds een of meerdere dagen voor het stoomgaren [...] geproduceerd. Op de officiële website van Compass Group wordt deze werkwijze als volgt uiteengezet: ‘Deze technologie maakt het mogelijk om verse maaltijden in slechts enkele minuten te stomen. De maaltijden voor een of meerdere personen worden kort voordat ze geserveerd worden bereid in het personeels- of bezoekersrestaurant. Kostenefficiënt. Dankzij de snelle bereiding en de korte tijd tussen bereiding en consumptie behouden de ingrediënten hun smaak en al hun voedingswaarde. Dit werd onder andere aangetoond door een studie van de Universiteit Gent.’ Het concept impliceert dat de maaltijden in de centrale productiekeuken van Compass Group (waarschijnlijk tegen een lagere kostprijs) geproduceerd worden. Die maaltijden worden dus niet (langer) in de centrale productiekeuken van Zorg Leuven geproduceerd. Het bestek lijkt te zijn aangepast om de overschakeling naar deze methode mogelijk te maken [...]’.”

De verzoekende partij besluit: “Er kan in casu weliswaar niet bewezen worden maar toch geheel niet 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. De wijzigingen kwamen er immers mede op vraag van Compass Group, die vervolgens wél een offerte indient. De opdracht werd uiteindelijk aan die onderneming gegund”.

De verzoekende partij beklaagt zich in dit middel ook erover dat de wijziging van het bestek verantwoord werd op grond van zeer vage en algemene motieven en er aldus niet afdoende gemotiveerd wordt waarom de verwerende partij de betrokken wijzigingen aan het bestek heeft doorgevoerd; zij meent dat er geen enkele uitleg of verantwoording te vinden is in de beslissing van 28 maart 2019, noch in het gunningsverslag van 29 augustus 2019, “laat staan dat is na te gaan welke ‘vragen’ Compass Group heeft gesteld die klaarblijkelijk hebben geleid tot de wijzigingen”.

13. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij in de eerste plaats dezelfde exceptie op als bij het eerste middel, afgeleid uit het gebrek

aan het wettelijk vereiste belang.

De verwerende partij betwist voorts ten stelligste dat zij het bestek op maat van de Compass Group zou hebben geschreven en meent dat de verzoekende partij “dit op geen enkele wijze aan[toont]”.

Volgens de verwerende partij is het enige dat de verzoekende partij in dit verband aanhaalt, om het beweerde favoritisme aan het adres van de Compass Group te staven, een wijziging die de Compass Group zou toelaten om tijdens de uitvoering van de overeenkomst over te schakelen naar een andere productiewijze, waarbij zij alludeert op het Steamplicity-systeem dat door de Compass Group wordt gehanteerd. Hiermee geeft de verzoekende partij, aldus de verwerende partij, echter een eigen lezing aan het aangepaste bestek: “Nergens in het aangepast bestek wordt gewag gemaakt van het Steamplicity-systeem, noch van enige andere techniek die gehanteerd dient te worden door de inschrijvers, wel integendeel. De bepaling in kwestie kan immers niet flexibeler en ruimer worden geformuleerd zoals ze er nu staat: ‘Andere bereidings- en verdeelsystemen kunnen [...] toegelaten en/of gevraagd worden’”.

De verwerende partij benadrukt opnieuw dat “het initieel bestek net ingetrokken [werd] om deze flexibeler en objectiever te maken (evenwel zonder hierbij in te gaan tegen de in de selectieleidraad en de bekendmaking van de opdracht opgenomen voorwaarden). De voornoemde wijziging is net het perfecte voorbeeld van dergelijke concretisering. De wijze waarop in deze bepaling ook maar enig favoritisme aan het adres van Compass Group kan worden gelezen en/of afgeleid, is Zorg Leuven dan ook geheel onbekend. Immers laat deze bepaling beide inschrijvers zonder enige beperking toe om éénieder de meest optimale ‘bereidings- en verdeelsystemen’ voor te stellen”.

14. In haar memorie van wederantwoord herneemt de verzoekende partij haar tweede middel woordelijk zoals geformuleerd in haar verzoekschrift. In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij naar de uiteenzetting van het tweede middel in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord.

15. In het aanvullend auditoraatsverslag wordt dit middel verworpen

gelet op de beoordeling van het eerste middel in het tussenarrest. Volgens het auditoraat heeft die beoordeling een determinerende weerslag op het tweede middel en leidt ze ertoe dat het middel niet kan worden aangenomen. “Ook al zou de verzoekende partij bepaalde verschillen tussen het (nieuw, aangepast) bestek en het voor onbestaande gehouden bestek kunnen aantonen, dan nog heeft de Raad van State overwogen dat zij geen belang heeft bij haar kritiek inzake de noodzakelijkheid van het herbeginnen van de plaatsingsprocedure vanaf de eerste fase”.

16. In de laatste memorie na dit aanvullend auditoraatsverslag, benadrukt de verzoekende partij dat, zoals uit de bespreking van het eerste middel blijkt, twijfel bestaat over de wettigheid van de door haar bekritiseerde werkwijze van de verwerende partij in het licht van de artikelen 18, lid 1, en 29, leden 2 en 3, van de richtlijn 2014/24/EU. Derhalve zijn de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie vereist en hangt de behandeling van het tweede middel dus samen met een uitspraak daarover. Voor het overige volhardt de verzoekende partij in haar tweede middel.

17. De verwerende partij van haar kant benadrukt in haar laatste memorie nog dat de verzoekende partij, “ondanks de vele kansen (en in wezen zelfs ‘verzoeken’) die zij hiertoe kreeg”, andermaal geen enkel valabel en ernstig argument bijbrengt op grond waarvan zou blijken dat het bestek daadwerkelijk op een onrechtmatige wijze zou zijn aangepast, dan wel dat er sprake zou zijn van favoritisme ten voordele van de Compass Group.

Voorts repliceert zij dat het argument dat de behandeling van dit tweede middel zou samenhangen met een uitspraak over de prejudiciële vragen uit het eerste middel, iedere feitelijke grondslag mist. De voorgestelde prejudiciële vragen staan volgens haar immers los van de beweerde onrechtmatigheid van de aanpassingen die in het initiële bestek werden aangebracht, evenals van het beweerde favoritisme ten voordele van de Compass Group.

Zij benadrukt dat, zoals blijkt uit vaststaande rechtspraak van de Raad van State, een beweerd risico op manipulatie en ongelijke behandeling

concreet dient te worden aangetoond, minstens bevestiging moet kunnen vinden in het administratief dossier en dat daaruit, zoals ook bevestigd in het tussenarrest, geen enkel spoor in die zin blijkt.

Ten slotte stelt zij “ten overvloede” vast dat “zelfs indien Sodexo bepaalde relevante verschillen tussen het (nieuw, aangepast) bestek en het voor onbestaande gehouden initiële bestek zou kunnen aantonen (quod non), dan nog dient te worden vastgesteld dat Sodexo geen belang heeft bij deze kritiek, aangezien zulks er niet toe kan leiden dat de plaatsingsprocedure vanaf de eerste fase dient te worden hernomen, zoals [de] Raad reeds oordeelde in het tussenarrest nr. 251.011 van 22 juni 2021” en ook de auditeur in het aanvullende auditorsverslag.

Beoordeling

18. De voorliggende opdracht werd, overeenkomstig artikel 89, § 1, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016, gegund met toepassing van de mededingingsprocedure met onderhandeling.

Deze procedure wordt geregeld in artikel 38 van de voormelde wet, dat luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid kan in de volgende gevallen gebruik maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling :

1° met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan één of meer van de volgende criteria voldoen: [...]

§ 2. In een mededingingsprocedure met onderhandeling en onverminderd de paragraaf 1, tweede en derde lid, kan elke ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een opdracht een aanvraag tot deelneming indienen door verstrekking van de door de aanbestedende overheid gevraagde informatie voor de selectie.

§ 3. De aanbestedende overheid bepaalt in de opdrachtdocumenten het voorwerp van de opdracht door de vereisten en de vereiste kenmerken van de werken, leveringen of diensten te beschrijven en de gunningscriteria vast te leggen. Zij geeft tevens aan welke elementen van de beschrijving de minimumeisen zijn waaraan alle offertes moeten voldoen.

De verschaft informatie is voldoende nauwkeurig om de ondernemers in staat te stellen de aard en omvang van de opdracht te bepalen en over hun deelname aan de procedure te beslissen.

De termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming bedraagt ten minste dertig dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van een opdracht. De termijn voor ontvangst van de eerste offerte bedraagt ten minste dertig dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging. Artikel 37, §§ 3 tot 5, is van toepassing.

§ 4. Alleen de ondernemers die na de beoordeling van de verstrekte informatie daartoe door de aanbestedende overheid worden uitgenodigd, kunnen een eerste offerte indienen. Deze vormt de basis voor verdere onderhandelingen. De aanbestedende overheid kan, overeenkomstig artikel 79, het aantal kandidaten die tot deelneming aan de procedure worden uitgenodigd, beperken.

§ 5. Met het oog op de verbetering van hun inhoud 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. De aanbestedende overheid kan de opdrachten desalniettemin gunnen op basis van de initiële offertes zonder onderhandeling, indien zij zich de mogelijkheid daartoe heeft voorbehouden in de aankondiging van een opdracht.

Over de minimumeisen en de gunningscriteria wordt niet onderhandeld.

§ 6. Tijdens de onderhandelingen verzekert de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Daartoe verstrekt zij geen discriminerende informatie die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen ten opzichte van andere. Zij stelt alle inschrijvers wier offerte niet is afgewezen overeenkomstig paragraaf 7 schriftelijk in kennis van eventuele andere wijzigingen in de technische specificaties of andere opdrachtdocumenten dan die waarbij de minimumeisen worden vastgesteld. Na deze wijzigingen biedt de aanbestedende overheid de inschrijvers voldoende tijd om hun offertes, indien nodig, aan te passen en opnieuw in te dienen.

[...]

§ 7. De mededingingsprocedure met onderhandeling kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van een opdracht of een ander opdrachtdocument. De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van een opdracht of een ander opdrachtdocument aan of zij van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

§ 8. Indien de aanbestedende overheid voornemens is de onderhandelingen af te sluiten, stelt zij de resterende inschrijvers daarvan in kennis en stelt zij een gemeenschappelijke termijn vast voor de indiening van nieuwe of aangepaste offertes. De aanbestedende overheid controleert of de definitieve offertes voldoen aan de minimumeisen en overeenstemmen met artikel 66, § 1, beoordeelt de definitieve offertes aan de hand van de gunningscriteria en gunt de opdracht krachtens de artikelen 79 tot 84.

[...]

§ 9. De Koning kan de nadere bijkomende procedurele regels bepalen die van toepassing zijn op de mededingingsprocedure met onderhandeling.”

een heropstart van de gunningsfase “na indienen van eerste offertes” – waarbij zij “zeer goed [begrijpt] dat de verwerende partij het initiële bestek heeft willen intrekken en een nieuw bestek in de plaats heeft gesteld” – strijdig is met het voormelde artikel 38, §§ 4 en 5, van de wet overheidsopdrachten 2016, die de omzetting vormt van artikel 29, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/24/EU, en met het gelijkheidsbeginsel in overheidsopdrachten zoals van toepassing verklaard in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU. In haar tweede middel voert zij ook de schending aan van het voormelde artikel 38, § 5, tweede lid, en bijkomend van artikel 89, §§ 1 en 4, van de voormelde wet, op grond dat de verwerende partij het bestek op het vlak van zowel de minimeisen als de gunningscriteria fundamenteel heeft gewijzigd. In het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie waarnaar zij in haar verzoekschrift verwijst – onder meer naar het arrest Borta – is zij aldus de mening toegedaan dat de verwerende partij in strijd met de door haar aangevoerde bepalingen en beginselen heeft gehandeld, omdat, zoals het Hof in dat arrest overwoog, een aanbestedende dienst in beginsel in de loop van de gunningsprocedure de betekenis niet mag wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht, waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria.

20. In het tussenarrest van 22 juni 2021 waarbij het debat is heropend, heeft de Raad van State reeds vastgesteld dat (1) het oorspronkelijk bestek werd ingetrokken en bijgevolg wordt geacht nooit te hebben bestaan, (2) de tweede fase van de plaatsingsprocedure, namelijk de onderhandelingsfase, werd stopgezet en *ab initio* hernomen op grond van een nieuw bestek dat het ingetrokken bestek vervangt, (3) de twee geselecteerde kandidaten om mededingingsbevorderende redenen opnieuw werden uitgenodigd om een offerte in te dienen met een nieuwe indieningsdatum, (4) de verzoekende partij als zodanig niet tegenspreekt dat het nieuwe bestek niet ingaat tegen de in de selectieleidraad en de bekendmaking van de opdracht opgenomen voorwaarden. De Raad heeft voorts ook overwogen dat niet kan worden ingezien welk belang de verzoekende partij heeft bij haar kritiek dat de overheid in het geval van substantiële wijzigingen aan het bestek “de opdracht moet stopzetten en heraanbesteden”, waarmee zij, gelet op de feiten van de zaak, lijkt te bedoelen dat de overheid niet enkel de tweede fase, maar ook de eerste fase, de selectiefase, had moeten hernemen, en dat

de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij met haar optreden aldus heeft gehandeld in strijd met de door haar aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie.

21. Het is passend om aangaande het voormelde laatste punt de inhoud van het arrest van 5 april 2017 in de zaak Borta, C-298/15, van het Hof van Justitie kort weer te geven. Die zaak betrof een overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de renovatie van de kades van de nationale zeehaven van Klaipėda (Litouwen) en werd in tegenstelling tot de huidige toegepaste procedure – die in twee fasen verloopt en waarbij het bestek pas met de tweede fase bekendgemaakt wordt aan de geselecteerde kandidaten – geplaatst met een openbare procedure in één fase. De feitelijke constellatie van die zaak vertoont dus een belangrijk verschilpunt met de huidige. In de periode tussen de bekendmaking van de opdracht en dus de mededeling van het bestek, enerzijds, en de indiening van de offertes, anderzijds, voerde de overheid wijzigingen door aan een bepaald selectie criterium. Ten aanzien van de prejudiciële vraag die daarover werd gesteld, overwoog het Hof van Justitie dat uit zijn rechtspraak voortvloeit dat de aanbestedende dienst in beginsel in de loop van de gunningsprocedure de betekenis niet mag wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria – waarop de belanghebbende ondernemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing om een inschrijving voor te bereiden of juist van deelname aan de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht af te zien (punt 70 van het arrest), maar dat het wel is toegestaan om bepaalde wijzigingen aan het bestek aan te brengen, zelfs aanzienlijke, mits de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling en de transparantieplichting worden geëerbiedigd (punt 73 van het arrest). Het Hof overwoog daarbij voorts: “Dit vereiste betekent, ten eerste, dat de betrokken wijzigingen weliswaar aanzienlijk mogen zijn, maar niet dermate wezenlijk dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen” (punt 74 van het arrest), “[t]en tweede impliceert dit vereiste dat deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt” (punt 75 van het arrest) en “[t]en derde veronderstelt dit vereiste bovendien dat die wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, en voorts dat de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen

wordt verlengd wanneer het om aanzienlijke wijzigingen gaat” (punt 76 van het arrest).

22. Te dezen blijkt uit de beslissing tot intrekking van het initiële bestek van 28 maart 2019 dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met de principes van het Borta-arrest. In die beslissing wordt immers uitdrukkelijk overwogen dat “[a]angezien men mag veronderstellen dat de[...] wijzigingen [aan het eerste bestek] dermate belangrijk zijn dat geselecteerden zich erop gebaseerd hebben om desgevallend geen offerte in te dienen, [...] het noodzakelijk [is] om minstens in een eerste tijd de mededinging terug te openen voor de geselecteerden”. Het weze herhaald dat de verwerende partij niet zomaar het bestek heeft gewijzigd en de reeds lopende gunningsprocedure, waarbij enkel de verzoekende partij een eerste offerte had ingediend, heeft voortgezet, maar dat zij juist, gelet op het fundamenteel geacht karakter van de wijzigingen, de tweede fase van de mededingingsprocedure heeft stopgezet en die helemaal opnieuw heeft gestart met een nieuw bestek waarna de beide geselecteerde deelnemers opnieuw werden uitgenodigd een “eerste” offerte in te dienen. Die nieuwe offertes van beide deelnemers zijn dan ook niet laattijdig, gelet op de nieuwe indieningsdatum vastgesteld in het nieuwe bestek. De reeds aangevangen tweede fase met het eerste bestek werd ongedaan gemaakt door de intrekking van dat bestek of “gereset” zoals de verzoekende partij het noemt. Ook de verzoekende partij zelf heeft de kans gekregen een nieuwe “eerste” offerte in te dienen, die evenmin als laattijdig werd beschouwd, noch als een tweede offerte.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij stelt in haar laatste memorie en ter terechtzitting, ziet de Raad van State niet in en maakt de verzoekende partij niet aannemelijk waarom artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016 in verband met de onderhandelingsprocedure, en in het bijzonder de paragrafen 4 en 5 ervan, zich zou verzetten tegen “de mogelijkheid om de gunningsfase, na indienen van eerste offertes, *ab initio* te herbeginnen met alle geselecteerde inschrijvers” en dus om nieuwe eerste offertes te verzoeken aan alle geselecteerden, ook al omdat dit artikel geen enkele bepaling dienaangaande bevat. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van lid 2 en lid 3 van artikel 29 van richtlijn 2014/24/EU, dat de mededingingsprocedure met onderhandeling regelt,

welke werden omgezet in de voormelde bepalingen van artikel 38, §§ 4 en 5. De verwerende partij heeft niet gehandeld in strijd met de bepaling van lid 2, dat de eerste inschrijving de basis vormt voor verdere onderhandelingen: nadat zij het eerste bestek heeft ingetrokken, heeft zij, op grond van een nieuw meegedeeld bestek, aan alle geselecteerde deelnemers een nieuwe eerste inschrijving gevraagd, die vervolgens wél degelijk de basis vormde voor de verdere onderhandelingen. In overeenstemming met lid 3 heeft zij vervolgens “met de inschrijvers over hun eerste en over elke daaropvolgende inschrijving, met uitzondering van de definitieve inschrijving [...], onderhandeld, om de inhoud ervan te verbeteren”.

In het tweede middel voert de verzoekende partij aan dat er “na indienen van eerste offertes” en dus in strijd met de laatstgenoemde bepaling onderhandeld werd over de minimumeisen en de gunningscriteria van het bestek. Ook hier vertrekt zij van de onjuiste premisse dat haar allereerste offerte als vertrekpunt diende te worden genomen. Immers door de “reset” van de tweede fase en de intrekking van het eerste bestek dient ook haar eerste “eerste offerte” voor onbestaande te worden gehouden.

23. Gelet op het voorgaande, is er geen reden om de door de verzoekende partij verzochte prejudiciële vragen te stellen. Er bestaat immers te dezen geen twijfel over de juiste uitlegging van de voormelde ingeroepen bepalingen van de richtlijn. De verzoekende partij gaat in haar prejudiciële vragen, zoals reeds gezegd, ten onrechte ervan uit dat de indiening van haar eerste “eerste offerte”, ingediend op grond van een nadien ingetrokken bestek, moet worden beschouwd als de “ontvangst van de eerste offertes”. Hierbij mag ook, inzonderheid wat de tweede prejudiciële vraag betreft, worden betrokken dat na het indienen van de offertes volgend op het nieuwe bestek, dat niet meer werd gewijzigd, de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van beide inschrijvers tijdens de onderhandelingen heeft verzekerd, zoals artikel 38, § 6, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 vereist, minstens beweert de verzoekende partij niet dat dit niet het geval zou zijn geweest.

24. De werkwijze gevolgd door de verwerende partij moet wel nog worden getoetst aan de door de verzoekende partij ingeroepen beginselen van

gelijke behandeling en non-discriminatie, alsook de transparantieplichting, elementen van bijzonder belang bij het beoordelen van het tweede middel.

Op dat vlak zou de door de verwerende partij gevolgde handelwijze deze beginselen schenden, indien zou blijken dat de wijzigingen aan het bestek zijn doorgevoerd op maat van één welbepaalde inschrijver.

In tegenstelling tot wat de verwerende partij hierover betoogt, behoudt de verzoekende partij haar belang bij een dergelijke grief, omdat in dat geval het nieuwe bestek door een onrechtmatigheid zou zijn aangetast en aldus niet meer als grond zou mogen dienen voor de gunning van de opdracht.

De verzoekende partij maakt echter niet aannemelijk dat de wijzigingen in het bestek zijn aangebracht op maat van de Compass Group. Zij verwijst in het tweede middel naar diverse wijzigingen op het vlak van minimumeisen en gunningscriteria, doch geeft niet aan waarom deze louter in het voordeel zouden zijn geweest van de Compass Group.

Enkel bij de wijziging van de besteksbepalings aangaande de productiewijze van de maaltijden, verduidelijkt de verzoekende partij in haar verzoekschrift, en dan nog in een voetnoot, dat deze “lijkt” te zijn doorgevoerd om “de overschakeling” naar het zogenaamde “Steamplicity”-systeem, een productiewijze die door de gekozen inschrijver wordt toegepast, mogelijk te maken. Met de verwerende partij wordt echter vastgesteld dat de bepaling in kwestie weliswaar “flexibeler en ruimer” werd geformuleerd, namelijk dat “[a]ndere bereidings- en verdeelsystemen kunnen [...] toegelaten en/of gevraagd worden” doch dat een dergelijke verruiming, die ook in het voordeel zou kunnen zijn van de verzoekende partij, op zich niet toelaat daaruit enig favoritisme op maat van de gekozen inschrijver af te leiden. Immers, zoals de verwerende partij het verwoordt in haar repliek in de memorie van antwoord, “deze bepaling [laat] beide inschrijvers zonder enige beperking toe om [...] [elk]de meest optimale ‘bereidings- en verdeelsystemen’ voor te stellen”.

Dat de wijzigingen in het initiële bestek er mede kwamen na een algemene kritiek van de andere geselecteerde deelnemer, betekent niet dat deze

dusdanig zijn dat ze enkel op zijn maat zouden zijn geschreven en al op voorhand de verzoekende partij uitsloten van iedere kans op gunning van de opdracht. In het tussenarrest dat het debat heropende, werd trouwens vastgesteld dat er ook diverse wijzigingen werden aangebracht naar aanleiding van vragen van de verzoekende partij zelf. Tevens werd haar bewering verworpen dat de wijzigingen zouden zijn doorgevoerd na “uitgebreide contacten”, waaruit zij een zeker risico op manipulatie afleidde, en waarbij zij verwees naar het administratief dossier en in het bijzonder naar het vertrouwelijk stuk 11. De grief van de verzoekende partij dat geen enkele uitleg of verantwoording te vinden is in de beslissing van 28 maart 2019 voor de vervanging van of de wijzigingen aan het oorspronkelijk bestek, kan, gelet op hetgeen over die motivering werd vastgesteld in het tussenarrest, evenmin worden bijgevalen.

25. Het voorgaande noopt tot de conclusie dat noch het eerste, noch het tweede middel kunnen worden aangenomen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens