

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 256.766 van 13 juni 2023
in de zaken A. 239.078/XII-9370 (I.)
A. 239.079/XII-9369 (II.)

In zake:

I. + II.
de NV UMAMI CATERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II.
de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

I. + II.
de NV ARAMARK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 2221 Heist-op-den-Berg
Dorpsstraat 91
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bertrand Wittamer
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering in de zaak A. 239.078 (I.), ingesteld op 12 mei 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 28 april 2023 van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, waarbij, enerzijds, de beslissing van 1 maart 2023 tot gunning van de opdracht voor de bereiding, verpakking, levering en bedeling van maaltijden en de recuperatie van afval in verband met de geleverde maaltijden, voor rekening van Fedasil (Bestek MAT22-464-22), perceel 1 – levering van maaltijden aan de voormalige kazerne van de Civiele Bescherming in Jabbeke, aan de nv Aramark, wordt ingetrokken, en, waarbij, anderzijds, de offerte van de nv Umami Catering voor de overheidsopdracht substantieel onregelmatig wordt verklaard en de opdracht wordt gegund aan de nv Aramark.

De vordering in de zaak A. 239.079 (II.), ingesteld op 12 mei 2023, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing, van 28 april 2023 waarbij, enerzijds, de beslissing van 1 maart 2023 tot gunning van de opdracht voor de bereiding, verpakking, levering en bedeling van maaltijden en de recuperatie van afval in verband met de geleverde maaltijden voor rekening van Fedasil (Bestek MAT22-464-22), perceel 2 - levering van maaltijden aan de militaire kazerne van Glons, aan de nv Aramark, wordt ingetrokken en, waarbij, anderzijds, de offerte van de nv Umami Catering substantieel onregelmatig wordt verklaard en de opdracht wordt gegund aan de nv Aramark.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 23 mei 2023 heeft de nv Aramark in beide zaken gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 mei 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft in beide zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Peter Teerlinck, die in beide zaken verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Stijn Butenaerts, die in beide zaken verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Julie Philtjens, die in beide zaken *loco* advocaat Konstantijn Roelandt verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft voor de beide zaken een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De FOD Binnenlandse Zaken schrijft voor rekening van Fedasil een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “de bereiding, verpakking, levering en [...] bedeling van maaltijden en de recuperatie van afval in verband met de geleverde maaltijden” aan de centra voor de opvang en tijdelijke huisvesting van personen die om een internationale bescherming verzoeken.

De opdracht bestaat uit twee percelen:

- perceel 1: levering van maaltijden aan de voormalige kazerne van de Civiele Bescherming in Jabbeke;
- perceel 2: levering van maaltijden aan de militaire kazerne van Glons.

De gunning van het eerste perceel vormt het voorwerp van de zaak met nr. A. 239.078 (I.); de gunning van het tweede perceel vormt het voorwerp van de zaak met nr. A. 239.079 (II.).

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

De waarde van perceel 1 wordt geraamd op 2.250.000 euro; de waarde van perceel 2 wordt geraamd op 4.500.000 euro.

3.3. De opdracht wordt gegund met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking op grond van artikel 89, § 1, 1°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), met de prijs als enig gunningscriterium.

Het bestek met referte MAT22-464-22 is van toepassing.

Inzake de regelmatigheid van de definitieve offertes wordt onder punt 12.2 het volgende bepaald:

“De offertes van de inschrijvers moeten alle [onder] punt 1 van document B van dit bestek opgesomde vereisten naleven.

De vereisten uit punt 1 van document B worden door de aanbestedende overheid als essentieel beschouwd. De offerte die niet beantwoordt aan één of meerdere van deze vereisten zal als onregelmatig beschouwd worden en zal uit de verdere toewijzingsprocedure worden geweerd behalve wanneer het gaat [om] een niet substantieel vormgebrek.”

Document B bevat de technische specificaties. Onder punt 1.1.1 wordt daarin bepaald dat “de bereiding van de verschillende maaltijden alsook het verpakken in individuele porties, in wegwerpverpakkingen, gebeuren in de faciliteiten van de dienstverlener”.

Punt 12.2.1 van het bestek bevat een overzicht van de te volgen procedure. Die bepaling luidt als volgt:

“In een eerste fase worden de offertes ingediend door de inschrijvers onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid.

Op basis van artikel 76, § 5 van het KB van 18 april 2017, beslist de aanbestedende overheid om hetzij de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. Hetzelfde geldt indien de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, van artikel 76 bedoelde gevolgen teweeg brengt.

In een tweede fase zullen de regelmatige offertes onderzocht worden op basis van het gunningscriterium vermeld in het bestek. Nadien volgt de fase van de onderhandelingen.

De aanbestedende overheid onderhandelt over de initiële offerte en over alle volgende offertes, met uitzondering van de definitieve offertes, met het oog op de verbetering van hun inhoud.

Over de minimumeisen en het gunningscriterium wordt niet onderhandeld. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor niet te onderhandelen over de initiële offertes in het geval de initiële offertes voldoende volledig zijn om een vergelijking van de offertes toe te laten.

Ingevolgde deze onderhandelingen kunnen de inschrijvers een Best and Final Offer (BAFO) indienen.”

3.4. Via het elektronisch forum vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij of er een mogelijkheid is om toch ter plaatse aan te leveren in bulk, en vanuit bulk uit te scheppen in porties.

De verwerende partij antwoordt als volgt:

“De levering van individueel verpakte maaltijden werd gevraagd omdat de voor de centra geplande plaatsen niet beschikken over:

- voldoende infrastructuur om het aantal benodigde maaltijden ter plaatse te bereiden (geen keuken, oven, koelkast, koelruimte, ...);
- meubels (tafels,...) die het mogelijk maken een ‘buffet’ in bulk te installeren;
- serviesgoed (borden, bestek, schalen,...) om de bewoners individueel te bedienen, en een vaatwasser om de vaat te wassen;
- personeel om te zorgen voor en toezicht te houden op de verschillende taken in verband met de distributie van de maaltijden.

Onder deze omstandigheden lijkt bulkdistributie zeer moeilijk. Het is aan de verschillende inschrijvers om te oordelen, gezien alle beperkingen die hen worden opgelegd.”

3.5. Er zijn twee inschrijvers, de nv Umami Catering (verzoekende partij) en de nv Aramark (tussenkommende partij). Zij dienen offertes in voor de beide percelen.

3.6. Op 9 januari 2023 licht de verwerende partij de tussenkommende partij in dat zij de offertes wenst te verbeteren:

“Geachte,

Overwegende dat artikel 34 § 2 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren bepaalt dat de aanbestedende overheid de vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes verbetert.

Bij de correcties zijn we te werk gegaan zoals hieronder uitgelegd:

Correcties rekenblad

Bij nazicht van de betreffende bijlage werden een aantal fouten vastgesteld. Het gaat hierbij om rekenfouten die een invloed hebben op het selectiecriteria 'Prijs (100%)', maar geen substantiële aanpassing van het bestek noch [van] de door u ingevulde gegevens vormen.

Ter verduidelijking: de voorgestelde aanpassingen zijn voor alle inschrijvers [dezelfde] en hebben enkel betrekking op de berekening.

In bijlage vindt u de door u ingediende tabel integraal terug onder de naam 'ARAMARK – tabel Jabbeke/Glons_ORIGINEEL' en de voorgestelde correcties reeds uitgevoerd in bijlage 'ARAMARK – tabel_CORRECT_BEVEILIGD'. (de beide tabbladen werden evenwel in één bestand geplaatst)

Fout	Voorgestelde aanpassing
Cellen I116 tot I119 werden beveiligd en konden door de inschrijver niet ingevuld worden.	De eenheidsprijzen uit I38 tot I 41 worden overgenomen
Cellen M33 tot M36 werden vermenigvuldigd met respectievelijk D32 tot D36	Correcte vermenigvuldiging met de cellen L33 tot L36
Cellen Q33 tot Q36 werden vermenigvuldigd met respectievelijk D32 tot D36	Correcte vermenigvuldiging met de cellen L33 tot L36

Deze aanpassingen gelden voor de beide tabbladen/percelen.

Correcties inschrijver

Daarnaast werd bij controle ook een mogelijke invulfout van de inschrijver ontdekt, namelijk: Voor de 'pakketten' bij een bezettingsgraad van 30% (cellen I89 tot 92) voor Glons zijn de eenheidsprijzen beduidend hoger dan deze bij andere bezettingsgraden en Jabbeke (die allen dezelfde prijs hebben). Is dit misschien een vergissing?

Deze correctie werd nog niet ingevuld en wordt enkel gedaan mits uw goedkeuring!

Kan u ons per kerende mail laten weten of deze correctie moet uitgevoerd worden?"

Ter terechtzitting bevestigen de verwerende partij en de tussenkomende partij dat deze laatste ingestemd heeft met de voorgestelde correcties.

3.7. Op 25 januari 2023 vraagt de verwerende partij een aantal verduidelijkingen aan de verzoekende partij. De vragen hebben betrekking op het

materieel dat ingezet wordt voor de verdeling van water, koffie en thee, op het personeel dat ingezet wordt voor de verdeling van de maaltijden, op de voorzieningen voor het ophalen van het afval, op de keukenunits en de koelcontainers voor de regeneratie van maaltijden ter plaatse, en op de kosten inzake infrastructuur.

Op 27 januari 2023 bezorgt de verzoekende partij haar antwoord. In verband met de kosten van infrastructuur verklaart zij dat investeringen nodig zijn “om ter plaatse te kunnen opereren”. Zij somt een aantal van haar investeringskosten op die “verwerkt [zijn] in de forfaitaire kosten van de bedeling en af- en aanvoer van de maaltijden”. Uittreksels uit haar antwoord worden geciteerd in de bestreden beslissingen (zie hierna, overwegingen 3.13 en 3.14).

3.8. Nog op 25 januari 2023 richt de verwerende partij ook aan de tussenkomende partij een vraag tot verduidelijking. De vragen hebben betrekking op het materieel dat ingezet wordt voor de verdeling van water en koffie en op het vermogen dat voor bepaalde onderdelen van het materieel vereist is.

Dezelfde dag bezorgt de tussenkomende partij haar antwoord. Uit het antwoord, dat vertrouwelijk is, maar dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat de tussenkomende partij elektriciteit nodig heeft voor waterfonteinen, drankautomaten en koelkasten, maar niet voor ander materieel.

3.9. Op 1 maart 2023 gunt de minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing perceel 1 aan de tussenkomende partij, tegen een bedrag van 2.150.283,80 euro, btw inbegrepen. De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard.

Dezelfde dag gunt de minister ook perceel 2 aan de tussenkomende partij, tegen een bedrag van 3.803.491,88 euro, btw inbegrepen. De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard.

3.10. Bij arrest nr. 256.324 van 21 april 2023 wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bevolen van de beide gunningsbeslissingen van 1 maart 2023.

3.11. Op 28 april 2023 dient de verzoekende partij beroepen tot nietigverklaring in, met verzoek tot schadevergoeding. Deze zaken zijn bekend onder rolnummers A. 238.657/XII-9353 en A. 238.658/XII-9354.

3.12. Op een niet nader bepaalde datum gunt de verwerende partij aan de tussenkomen de partij de opdracht om gedurende 45 dagen maaltijden te bedelen in Jabbeke en in Glons. Die opdracht wordt verantwoord met een beroep op de continuïteit van de dienstverlening.

Deze beslissing, die blijkt uit verklaringen van de partijen ter terechtzitting, niet is aangevochten, vormt niet het voorwerp van de voorliggende procedure.

3.13. Op 28 april 2023 trekt de minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing de gunningsbeslissing van 1 maart 2023 in en gunt zij perceel 1 andermaal aan de tussenkomen de partij, tegen een bedrag van 2.150.283,80 euro, btw inbegrepen. De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard.

In verband met het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes wordt in de gemotiveerde beslissing het volgende overwogen:

“Overwegende dat de offertes van de geselecteerde inschrijvers, zijnde de firma’s Aramark en Umami Catering, werden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid.

Uit dit onderzoek is gebleken dat:

In het document B – Technische specificaties van het bestek MAT22-464-22, wordt er in punt 1.1.1 als essentiële vereiste voorzien dat ‘De bereiding van verschillende maaltijden alsook de verpakking in individuele porties in wegwerpbare verpakkingen, gebeurt in de vestiging van de opdrachtnemer’.

Nochtans voorziet de firma Umami Catering om de maaltijden te bereiden in de installaties van de voormalige kazerne van de Civiele Bescherming van Jabbeke. Om dit te doen voorziet zij:

- Het gebruik van stukken op de site die in het verleden een keukenfunctie hadden. Echter, in de oude keuken is de ‘automatische keukenblusinstallatie’ niet meer operationeel. Gedurende meerdere jaren is zij niet meer nagekeken, in strijd met wat voorzien wordt in het Algemeen Reglement voor de

‘[...]’

Bijgevolg vereist het gebruik van de infrastructuur van de oude keuken een nazicht en, in voorkomend geval, het in regel stellen van de ‘automatische keukenblusinstallatie’. In geval van gebruik van de keuken komen deze taken toe aan de aanbestedende overheid. In het andere geval [zal] de verantwoordelijkheid van de Staat [...] een aanvang nemen in geval van brand. Deze taken zijn niet voorzien en bovendien zouden zij kosten met zich meebrengen voor de aanbesteder.

- De installatie van een zeker aantal elektrische toestellen die niet voorzien zijn in de essentiële vereisten, zijnde: elektrische ‘bain mariewagens’, stomers, een friteuse, een ‘koelcontainer’. Deze toestellen hebben een bepaald elektrisch verbruik.

Volgend op de vraag voor aanvullende/verduidelijkende informatie op datum van 25/01/2023 met betrekking tot de kosten hernomen in de offerte, antwoordt de firma Umami Catering op datum van 27/01/2023. In haar antwoord vermeldt zij de kosten hernomen in de offerte:

‘Wij opteren om volledig autonoom te werken om redenen die duidelijk in de offerte zijn omschreven vanaf pagina 18 tot pagina 33.

Zowel in Glons als in Jabbeke zijn er investeringen nodig om ter plaatse te kunnen opereren.

De kost van de investeringen, die nodig zijn en die ook duidelijk omschreven zijn in de offerte en in deze bijlage, zit verwerkt in de forfaitaire kosten van de bedeling en af- en aanvoer van de maaltijden.

In deze forfaitaire post zitten vervat:

- Alle personeelskosten incl. patronale lasten, vervangingen bij ziekte en verlof, verzekeringen, kledij,...
- Alle administratieve kosten
- De maandelijkse forfaitaire huurkosten voor alle materialen voor Glons en voor Jabbeke
- Kosten afval (huur container, afvoeren afval, recycleren afval)
- Man.fee
- IT materialen
- Alle transportkosten voeding
- Alle procedurekosten opvolging HACCP
- Alle tools nodig voor een continue, efficiënte werking
 - o Online bestelsysteem
 - o GPS - tool registratie personeel
 - o Online registratie/rapporteringssysteem
- Alle backoffice diensten
 - o HR
 - o R&D
 - o Finance

- o Legal
- o Sales
- o Hygiëne
- o Aankoop
- o IT

Deze kosten zijn forfaitair en zijn gestaffeld, afhankelijk van het aantal bewoners.’

Bijgevolg zijn de kosten van energie nodig voor de bereiding van de maaltijden ter plaatse, niet opgenomen in de offerte van de firma Umami Catering en zijn [zij] dus ten laste van de aanbesteder.

- Volgend op aanvullende/verduidelijkende informatie gevraagd op 25/01/2023 over de voorzieningen die genomen zijn wat betreft het ingezet personeel voor de verdeling van de maaltijden, [voegt] de firma Umami Catering [...] een bestand Excel ‘taakomschrijving uurrooster bij planning’ bij haar antwoord van 27/01/2023.

Dit bestand vermeldt onder andere de taken:

- o ‘6: afwas groot en klein keukenmateriaal. Alle afwas die aan de keukenactiviteiten is verbonden (kloppers, schepmateriaal, recipiënten gebruikt voor bereiding en afwerking, ovenroosters, alle ander klein keukenmateriaal), dienwagens;
- o 8: de afwas van alle materialen die nodig zijn aan de zelfbedieningszone: uitschepmateriaal, bain-maries, andere recipiënten voor presentatie van de voedingscomponenten, dienbladen;
- o 9: onderhoud en kuis afwaszone: minimum 1x/dag afwasmachine volledig ledigen en kuisen.’

Bijgevolg zijn de kosten voor de distributie van water nodig voor de bereiding van de maaltijden ter plaatse niet opgenomen in de offerte van de firma Umami Catering (zie hiervoor) en zijn [zij] dus ten laste van de aanbesteder.

Tot besluit, de oplossing voorgesteld door de firma Umami Catering, namelijk het bereiden van de maaltijden ter plaatse in plaats van deze klaargemaakt te leveren, veroorzaakt voor de aanbesteder enerzijds technische problemen voor de uitvoering van de opdracht, en anderzijds, bijkomende niet voorziene kosten. Daarmee maakt dit voorstel de offertes onvergelijkbaar.

De offerte van deze firma is dus substantieel onregelmatig conform aan artikel 76, § 1 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, [dat] bepaalt dat een onregelmatigheid als substantieel wordt beschouwd als zij de evaluatie van de offerte van de inschrijver of de vergelijking van deze met andere offertes, verhindert. In dit geval, is het onmogelijk om de prijzen vernoemd in de offerte van de firma Umami Catering te vergelijken met deze van de firma Aramark rekening houdend met het geheel van kosten (hiervoor vermeld), voor de aanbesteder, veroorzaakt door de oplossing voorgesteld door de firma Umami Catering.

De offerte van de firma Aramark is regelmatig. Zij beantwoordt aan de essentiële vereisten van het bestek en veroorzaakt geen kosten voor de aanbesteder die niet hernomen worden in de essentiële vereisten.”

In verband met de verbetering van materiële fouten en het prijsonderzoek wordt het volgende overwogen:

“3. Verbetering van de rekenfouten, de zuiver materiële fouten in de offertes en prijsonderzoek

Overwegende dat artikel 34, § 2 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren bepaalt dat de aanbestedende overheid de vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes verbetert.

Tijdens het onderzoek van de offertes heeft de aanbestedende overheid gemerkt dat sommige cellen in het Excel document geblokkeerd waren, en dat daardoor de inschrijver deze niet kon invullen. De aanbestedende overheid heeft dit dus aangepast op basis van de werkelijke bedoeling van de firma Aramark zoals opgenomen in haar offerte. De aanbestedende overheid heeft eveneens andere zuiver materiële fout(en) verbeterd in het Excelblad.

Overwegende dat, in overeenstemming met artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, de aanbestedende overheid is overgegaan tot een prijsonderzoek van de offerte van de geselecteerde inschrijver in het kader van de technische analyse van de offerte. Uit dit onderzoek is gebleken dat de prijzen die voorgesteld worden door de firma Aramark voor elk van de posten in hun offerte overeenkomen met de realiteit van de markt. Ze bevinden zich immers binnen de prijsklasse zoals die voortkomt uit de marktprospectie.

Uit dit onderzoek is gebleken dat de door de firma Aramark aangeboden prijzen van de niet-verwaarloosbare posten normaal zijn en dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn.”

3.14. Op 28 april 2023 trekt de minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing ook de gunningsbeslissing van 1 maart 2023 in verband met perceel 2 in, en gunt zij de opdracht daarvoor andermaal aan de tussenkomende partij, tegen een bedrag van 3.803.491,88 euro, btw inbegrepen. De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard.

In verband met het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes wordt in de gemotiveerde beslissing het volgende overwogen:

“Overwegende dat de offertes van de geselecteerde inschrijvers, zijnde de firma’s Aramark en Umami Catering, werden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid.

Uit dit onderzoek is gebleken dat:

In het document B – Technische specificaties van het bestek MAT22-464-22, wordt er in punt 1.1.1 als essentiële vereiste voorzien dat ‘De bereiding van verschillende maaltijden alsook de verpakking in individuele porties in wegwerpbare verpakkingen, gebeurt in de vestiging van de opdrachtnemer’.

De firma Umami Catering vermeldt in punt 6.1.2 ‘Werking Glons’ van zijn offertedocument ‘20221215 Offerte FOD Binnenlandse Zaken DVZ Perceel 1 Jabbeke’:

- aan het begin van dit punt: ‘Keukenunits en koelcontainers worden voorzien voor de regeneratie van de maaltijden ter plaatse’;
- op de laatste regel van dit punt [...]: ‘Alle kosten van infrastructuur zijn meegenomen in de meetstaat’.

Volgend op de gevraagde bijkomende/verduidelijkende informatie op datum van 25/01/2023 betreffende de ‘Keukenunits en koelcontainers’ (de samenstelling, de afmetingen, de vereisten voor de installatie, de benodigdheden voor de werking) en de in de offerte omvattende kosten, antwoordt de firma Umami Catering op datum van 27/01/2023. Haar antwoord bevat, onder de bijkomende informatie, de werken en de kosten ten laste van de aanbesteder, zijnde:

- voor de installatie van de ‘Productie keukenunit PK110D’, zijn de volgende aansluitingen ten laste van de aanbesteder:
 - o 1x stroom 400V (3~ + N + PE)/82 KW.
 - o 1x stroom 400V (3~ + N + PE)/65 KW.
 - o 3x stroom 400V/36 kW – CEE stekker 400V/ 63A. 5P.
 - o 2x water ¾" 2,5 – 6-bar (koud water)
 - o 2x afvoer PP-leiding ø 110mm’
- voor de installatie van de ‘Koel-vriescontainer type KVU106’, zijn de volgende aansluitingen ten laste van de aanbesteder: 4x stroom ‘400V/5 kW – CEE stekker 400V/ 32A. 5P’
- ‘werkzaamheden die niet in de aanbieding zijn opgenomen:
De onderstaande werkzaamheden/producten zijn niet in de aanbieding opgenomen en dienen door of in opdracht van de opdrachtgever uitgevoerd te worden:
 - Bouwvergunningen, keuringen die van overheidswege aangevraagd dienen te worden.
 - Overspannings- en bliksembeveiliging.
 - Verbruiksproducten zoals handzeep en papieren handdoeken.
 - Data- en telefooninstallatie.
 - Brandmeld- en ontruimingsinstallatie.
 - Verzekering voor de gehuurde goederen.
 - Energiekosten.
 - Bouwstroom 230V/ 400V.

- Bouwkundige werkzaamheden (zoals trappen, bordessen, hellingbanen, sluizen etc [met uitzondering van] de aangeboden hellingbaan en trappen).
- Leveren van de benodigde hoofdaansluitingen t.b.v. stroom, water en afvoer.
- Funderingen, grondwerkzaamheden en terreinverhardingen indien noodzakelijk.
- Parkeervergunningen-/onthefingen.
- Verwijderen beplanting.
- Reiniging containers na montage (containers worden 'bezemschoon' opgeleverd).
- Vervaardigen hijsplan.
- Desinfecteren van de door NIEBO geleverde drinkwaterinstallatie.
- Bemonsteren drinkwater.
- In- en uitbouwen keukenapparatuur derden.
- Automatische brandblusinstallatie.
- Hoofdverdeelkast t.b.v. de elektro- en sanitair installatie.
- Grondwerk pompput.
- Periodieke en eindreiniging na huureinde vetafscheider.'

De oplossing voorgesteld door de firma Umami Catering, namelijk, het bereiden van maaltijden ter plaatse in plaats van deze klaargemaakt te leveren, veroorzaakt voor de aanbesteder veel niet voorziene bijkomende kosten, en daardoor maakt dit voorstel de offertes onvergelijkbaar.

De offerte van deze firma is dus substantieel onregelmatig conform aan artikel 76, § 1 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, [dat] bepaalt dat een onregelmatigheid als substantieel wordt beschouwd als zij de evaluatie van de offerte van de inschrijver of de vergelijking van deze met andere offertes, verhindert. In dit geval, is het onmogelijk om de prijzen vernoemd in de offerte van de firma Umami Catering te vergelijken met deze van de firma Aramark rekening houdend met het geheel van kosten (hiervoor vermeld), voor de aanbesteder, veroorzaakt door de oplossing voorgesteld door de firma Umami Catering.

De offerte van de firma Aramark daarentegen is regelmatig. Zij beantwoordt aan de essentiële vereisten van het bestek en veroorzaakt geen kosten voor de aanbesteder die niet hernomen worden in de essentiële vereisten."

In verband met de verbetering van materiële fouten en het prijsonderzoek bevat de beslissing een motivering die identiek is aan die van de beslissing over perceel 1 (zie overweging 3.13, hiervoor).

3.15. Met aangetekende brieven en e-mailberichten van 28 april 2023 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de voormelde beslissingen van 28 april 2023.

De beslissingen van 28 april 2023 zijn de bestreden beslissingen.

IV. Tussenkost

4. De nv Aramark blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vorderingen worden afgewezen. Bijgevolg worden haar verzoeken tot tussenkost ingewilligd.

V. Samenvoeging

5. De eerste vordering is gericht tegen de gunningsbeslissing voor perceel 1, dat betrekking heeft op de levering van maaltijden in de voormalige kazerne van de Civiele Bescherming in Jabbeke, waarbij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig wordt verklaard en de opdracht wordt gegund aan de tussenkomende partij. De tweede vordering is gericht tegen de gunningsbeslissing voor perceel 2, dat betrekking heeft op de levering van maaltijden in de militaire kazerne van Glons, waarbij de offerte van de verzoekende partij eveneens onregelmatig wordt verklaard, in essentie om dezelfde reden als voor perceel 1, en waarbij de opdracht eveneens wordt gegund aan de tussenkomende partij. Met uitzondering van het zesde middel, dat in verband met perceel 2 een bijkomend onderdeel bevat, zijn de aangevoerde middelen identiek in de beide zaken.

De zaken zijn dan ook samenhangend, zodat zij in het belang van een goede rechtsbedeling worden samengevoegd.

VI. Ontvankelijkheid van de vorderingen

Exceptie

6. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vorderingen op, afgeleid uit het ontbreken van enig belang van de verzoekende partij.

Zij voert aan dat de offertes van de verzoekende partij de minimumeisen van het bestek manifest schenden, zodat de verzoekende partij geen enkele kans maakt om de litigieuze opdrachten toegewezen te krijgen.

Bovendien zijn de offertes van de tussenkomen de partij terecht als regelmatig beschouwd. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang om in te schrijven op nieuwe overheidsopdrachten, die het eventuele gevolg zouden zijn van een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen.

Beoordeling

7. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

De aangevoerde middelen lijken ertoe te strekken dit aan te tonen. De verzoekende partij oefent in haar tweede middel kritiek uit op de beoordeling van de onregelmatigheid van haar offerte. In het derde tot het zesde middel betwist zij dat de gekozen plaatsingsprocedure correct werd toegepast, dat het prijsonderzoek ten aanzien van de enige overgebleven inschrijver deugdelijk is en dat de procedure tot verbetering van fouten in de prijsinventaris correct is toegepast.

De exceptie wordt verworpen.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

8. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden

onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

9. Nadat de verzoekende partij kennis heeft genomen van het administratief dossier, doet zij ter terechtzitting afstand van het middel.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, het transparantiebeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het proportionaliteits-beginsel, het redelijkheidsbeginsel, artikel 76 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*, de materiële motiveringsplicht, artikel 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet).

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, eerste middelonderdeel, de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig werd verklaard omwille van de bijkomende kosten die de door verzoekende partij voorgestelde alternatieve werkwijze (aanlevering in bulk) zou veroorzaken, terwijl de hoegrootheid van die bijkomende kosten niet naar behoren is onderzocht en alleszins niet naar behoren is gemotiveerd waarom die bijkomende kosten substantieel van aard zouden zijn.

Doordat, tweede middelonderdeel, de verwerende partij de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig heeft verklaard zonder aan verzoekende partij de mogelijkheid te bieden om haar offerte te

regulariseren, noch te motiveren waarom zij geen dergelijke mogelijkheid heeft aangeboden, terwijl de verwerende partij in het bestek, onder verwijzing naar artikel 76, § 5 K.B. Plaatsing van 18 april 2017, uitdrukkelijk de mogelijkheid heeft voorzien om -zelfs substantiële-onregelmatigheden te laten regulariseren.

Doordat, derde middelonderdeel, de offerte van de gekozen inschrijver zonder nadere motivering regelmatig werd verklaard, terwijl deze inschrijver dezelfde van het bestek afwijkende alternatieve werkwijze (aanlevering in bulk) heeft voorgesteld als verzoekende partij, en zonder met name naar behoren te motiveren waarom de werkwijze van de gekozen inschrijver geen bijkomende kosten zou veroorzaken die substantieel van aard zouden zijn, terwijl de bijkomende kosten veroorzaakt door de werkwijze van verzoekende partij wél substantieel van aard zouden zijn.”

11.1. Wat het eerste onderdeel betreft, erkent de verzoekende partij dat de Raad van State in zijn arrest nr. 256.324 van 21 april 2023 heeft overwogen dat de verwerende partij in redelijkheid leek te kunnen oordelen dat de offertes van de verzoekende partij extra kosten genereerden, en dat de verwerende partij wettig leek te kunnen besluiten dat haar offertes substantieel onregelmatig waren. De verzoekende partij licht toe dat zij in het kader van de huidige schorsingsprocedure het eerste onderdeel heeft aangepast en aangevuld op basis van informatie die zij tijdens de eerste schorsingsprocedure heeft vernomen. Gelet op die aangepaste argumentatie, verzoekt zij de Raad van State om zijn oordeel over dit eerste onderdeel te heroverwegen.

De verzoekende partij merkt vooreerst op “dat het ontbreken van een berekening van de beweerd ‘veel’ bijkomende kosten een onzorgvuldigheid is in het kader van een beslissing tot substantiële onregelmatigheid. Vooraleer tot dergelijke zware sanctie over te gaan, had verwerende partij die bijkomende kosten toch minstens bij benadering moeten berekenen, teneinde haar overweging dat het hier om ‘veel’ kosten gaat, naar behoren te onderbouwen. Aldus lijkt de zorgvuldigheidsplicht en de materiele motiveringsplicht alleen al daarom reeds geschonden”. Alleszins wordt niet naar behoren gemotiveerd waarom die onregelmatigheid substantieel van aard zou zijn.

De verzoekende partij vervolgt dat zij bovendien heeft vernomen “dat ook de gekozen inschrijver een gelijkaardige werkwijze

(aanlevering in bulk) heeft voorgesteld, die ook bijkomende kosten heeft veroorzaakt”. Zij begrijpt dan ook niet “waarom de vergelijking van de offertes onmogelijk zou zijn. Beide inschrijvers hebben in wezen dezelfde werkwijze voorgesteld, met bijkomende kosten, dus zouden die offertes toch moeten kunnen vergeleken worden, ook op het vlak van die bijkomende kosten.”

Tenslotte betoogt zij dat de toegepaste sanctie van de substantiële onregelmatigheid, zonder bewijs dat het hier daadwerkelijk hoge kosten betreft, disproportioneel en onredelijk overkomt. “Het is immers niet de alternatieve werkwijze op zich die substantieel onregelmatig wordt geacht, maar slechts enkele daaraan verbonden bijkomende kosten (waarvan de hoegrootheid niet eens is ingeschat). In dergelijk geval had de vaststelling van een niet-substantiële onregelmatigheid kunnen volstaan, en een niet-substantiële onregelmatigheid wordt niet bestraft met de nietigheid van de offerte.”

11.2. Ook wat het tweede onderdeel betreft, vraagt de verzoekende partij dat de Raad zijn standpunt zou heroverwegen, op grond van haar deels bijkomende argumenten.

Zij benadrukt dat de verwerende partij in het bestek uitdrukkelijk heeft bepaald dat zij op basis van artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 beslist hetzij om de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. De verwerende partij is gebonden door deze bestekbepaling. Ofwel is de clause illegaal, en dan moet volgens de verzoekende partij de gunningsprocedure worden stopgezet en een nieuwe gunningsprocedure worden heropgestart, op basis van een legale clause. Ofwel is de clause legaal, en dan moet ze worden toegepast. Alleszins dient een onduidelijke bestekbepaling in het voordeel van de inschrijver te worden geïnterpreteerd. In dat kader wijst de verzoekende partij erop dat ook artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat wettelijk gezien wél van toepassing is, in de mogelijkheid voorziet om zelfs substantiële onregelmatigheden te regulariseren, indien dat voorzien is in het bestek.

De verzoekende partij voert voorts aan dat de aanbesteder, zo niet formeel in de gunningsbeslissing, dan toch minstens materieel in het

administratief dossier, moet motiveren waarom hij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid tot regularisering van een substantiële onregelmatigheid. “Die specifieke motivering ontbreekt echter zowel in de gunningsbeslissing als in het achterliggende administratief dossier.” Het is slechts *post factum*, in het kader van de eerste gunningsprocedure, dat de verwerende partij is gekomen met het motief dat de verzoekende partij haar offertes niet zou kunnen regulariseren omdat zij dan wezenlijk andere offertes zou moeten indienen. Dat motief is ook niet opgenomen in de thans bestreden gunningsbeslissingen van 28 april 2023. De verzoekende partij wijst er bovendien op dat haar offertes onregelmatig werden verklaard, niet omwille van haar alternatieve oplossing, maar slechts omwille van het feit dat deze oplossing “onvoorziene kosten” met zich zou brengen, kosten die dan nog niet eens begroot zijn. Bijgevolg ziet zij niet in “waarom een regularisering van dergelijke beperkte onregelmatigheid inzake de kosten, die niet eens begroot zijn, ‘onmogelijk’ zou zijn zonder een wezenlijk andere offerte in te dienen. Mocht verzoekende partij hebben aangeboden om die bijkomende kosten, die mogelijk zeer beperkt zijn in het licht van de totale opdracht, op zich te nemen, zou het probleem al opgelost zijn”. In verband met perceel 1 (Jabbeke) voegt zij eraan toe dat de vermeende technische problemen met betrekking tot de automatische keukenblusinstallatie opgelost zouden kunnen worden door in haar offerte bepaalde gerechten te vervangen door andere, en door zelf een aantal brandblussers te plaatsen.

De verzoekende partij besluit dat, hoe dan ook, de bewijslast om aan te tonen dat een aangepaste offerte niet tot de mogelijkheden behoort zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden, in de eerste plaats bij de verwerende partij ligt. “Dergelijke motivering, zowel formeel als materieel, ontbreekt.”

11.3 Ook wat het derde onderdeel betreft, vraagt de verzoekende partij dat de Raad zijn standpunt zou heroverwegen, op grond van haar deels bijkomende argumenten.

Zij licht toe dat zij pas in het kader van de eerste schorsingsprocedure, ter terechtzitting, heeft vernomen dat ook de tussenkomen de partij een aanlevering in bulk, in plaats van in individuele porties, heeft aangeboden. “In wezen heeft Aramark daarmee een gelijkaardig alternatief als

verzoekende partij voorgesteld, dat hoe dan ook een vorm van bereiding ter plaatse met bijkomende kosten veronderstelt.”

Zij vindt het dan ook “zeer vreemd -en een schending van de plicht tot transparantie en gelijke behandeling- dat verwerende partij niet heeft gemeld in het gunningsverslag van 1 maart 2023 dat Aramark ook dergelijke van het bestek afwijkende werkwijze heeft voorgesteld”. Zij benadrukt dat, indien de offerte technisch afwijkt van de bestekbepalingen, in de gunningsbeslissing zelf naar behoren moet worden gemotiveerd waarom die offerte toch wordt aanvaard. De “ultrakorte motivering dat de offerte van Aramark zou beantwoorden aan de essentiële vereisten van het bestek”, is in strijd met de bepalingen van het bestek, en met name met de essentiële eis om te leveren in individuele verpakkingen en niet in bulk. Het gebrek aan motivering klemmt des te meer, nu de offertes van de verzoekende partij wél substantieel onregelmatig zijn verklaard “precies omdat de aanlevering in bulk -niet nader bepaalde- kosten met zich mee zou brengen”.

De verzoekende partij merkt op dat in de gunningsbeslissingen van 28 april 2023 nog steeds niet nader wordt gemotiveerd “wat met name de verschilpunten zijn tussen de bulklevering voorgesteld door Aramark en de bulklevering voorgesteld door verzoekende partij. [...] Een levering in bulk veronderstelt immers sowieso een zekere bereiding ter plaatse, en kosten ter plaatse, en dat was dus het geval voor zowel de offerte van verzoekende partij als die van Aramark. In dat kader merkt verzoekende partij trouwens op dat Aramark een vacature heeft gepubliceerd waaruit blijkt dat ze op zoek is naar [respectievelijk een kok en een keukenmedewerker/ster voor Jabbeke en een keukenmedewerker/ster voor de regio waarin de kazerne van Glons gelegen is]. In de job omschrijving wordt aangegeven dat de keukenmedewerker de kok moet bijstaan bij klaarmaken van de maaltijden [...]. Dit toont alleen maar des te meer aan dat ook Aramark de maaltijden ter plaatse bereidt en dat daar noodzakelijkerwijs kosten bij komen kijken”.

De verzoekende partij concludeert dat de motieven inzake de verschillende behandeling van de beide offertes, die nochtans beide in een gelijkaardige leveringswijze voorzien, volkomen ontbreken. “Beide inschrijvers

zijn niet gelijk behandeld. De gunningsbeslissing is niet transparant. Hoe dan ook zijn de formele en materiële motiveringsplicht geschonden.”

Beoordeling

Eerste en derde onderdeel

12. Het eerste en het derde onderdeel worden samen behandeld.

Het eerste onderdeel heeft betrekking op het substantieel onregelmatig verklaren van de offertes van de verzoekende partij. Daarbij wordt de verwerende partij in het bijzonder verweten niet te hebben onderzocht hoe groot de bijkomende kosten en de technische problemen zijn, veroorzaakt door haar werkwijze; alleszins zou de verwerende partij niet naar behoren gemotiveerd hebben waarom de vergelijking van haar offertes met die van de tussenkomen de partij onmogelijk zou zijn. Het derde onderdeel heeft betrekking op de offertes van de tussenkomen de partij. De verzoekende partij voert aan dat ook de tussenkomen de partij een alternatief blijkt voor te stellen waarin voorzien wordt in een aanlevering van de maaltijden in bulk. Aldus is die oplossing gelijkaardig aan die van haarzelf. De verwerende partij zou niet motiveren waarom de werkwijze van de tussenkomen de partij, in tegenstelling tot die van haar, aanvaard wordt. In beide gevallen is er immers een zekere bereiding ter plaatse, en worden ter plaatse kosten gemaakt.

13. In de bestreden beslissingen wordt, zoals in de ingetrokken beslissingen van 1 maart 2023, vastgesteld dat de oplossing voorgesteld door de verzoekende partij, “namelijk het bereiden van de maaltijden ter plaatse in plaats van deze klaargemaakt te leveren” “bijkomende niet voorziene kosten” (perceel 1, Jabbeke) of zelfs “veel niet voorziene bijkomende kosten” (perceel 2, Glons) veroorzaakt. Die kosten hebben in het bijzonder te maken met het verbruik van elektriciteit en water (percelen 1 en 2) en met werkzaamheden voor de installatie van een keukenunit en een koelcontainer (perceel 2, Glons). Voor Jabbeke wordt bijkomend vastgesteld dat de voorgestelde oplossing voor de verwerende partij “technische problemen” met zich brengt.

In de bestreden beslissingen worden de motieven aangegeven op grond waarvan de verwerende partij tot die vaststellingen komt. De verzoekende partij lijkt overigens niet te betwisten dat zij nog in een bijkomende bereiding ter plaatse voorziet, noch dat haar oplossing zorgt voor bijkomende, niet-voorziene kosten voor de verwerende partij, noch dat er in Jabbeke technische problemen rijzen met de verouderde infrastructuur van de oude keuken.

14. In verband met de offertes van de tussenkomende partij heeft de Raad van State in zijn arrest nr. 256.324 van 21 april 2023 vastgesteld dat uit de offertes van de tussenkomende partij, die hij toen en ook nu heeft kunnen inzien, “blijkt dat ook zij in een vorm van bulkdistributie voorziet, in die zin dat de bereide maaltijden niet in individuele verpakkingen worden aangeleverd” (overweging 13). Daarmee wijkt ook deze partij dus af van het principe dat de maaltijden in individuele porties verpakt en aangeleverd worden. Zoals de tussenkomende partij echter terecht lijkt aan te voeren, kan uit het antwoord van de verwerende partij op een op het forum gestelde vraag (zie overweging 3.4, hiervoor) worden afgeleid dat het aanleveren in bulk door de verwerende partij weliswaar “zeer moeilijk” werd geacht, maar niet uitgesloten. Met name zou een aanlevering in bulk, als alternatieve oplossing, aanvaard kunnen worden als die werkwijze verenigbaar is met de beperkte infrastructuur ter plaatse.

In het voornoemde arrest stelde de Raad voorts ook vast dat, “anders dan de verzoekende partij, [...] de tussenkomende partij [niet voorziet] in enige bijkomende bereiding of ‘regeneratie’ ter plaatse”, en dat “de verwerende partij [bovendien] slechts in een zeer beperkte mate dient in te staan voor stromend water en elektriciteit” (overweging 13).

De verzoekende partij kan aldus *prima facie* niet worden bijgevalen in haar bewering dat zij en de tussenkomende partij “in wezen” dezelfde werkwijze voorstellen, op grond dat de door de tussenkomende partij voorgestelde levering ter plaatse hoe dan ook “een zekere bereiding ter plaatse” zou veronderstellen. Precies op dit punt lijken beide werkwijzen integendeel in belangrijke mate van elkaar te verschillen: terwijl de verzoekende partij, zoals door de verwerende partij benadrukt in de bestreden beslissingen, voorziet in het “bereiden van de maaltijden ter plaatse in plaats van deze klaargemaakt te

leveren”, hanteert de tussenkomende partij een vorm van bulkdistributie die niet afwijkt van het principe dat de maaltijden klaargemaakt worden geleverd. In haar verzoekschrift tot tussenkomst bevestigt de tussenkomende partij dat het alternatieve karakter van haar oplossing enkel betrekking heeft op de levering in bulk, en dat zij de maaltijden bedeeft zonder ze nog te moeten bereiden.

De vacatures die de tussenkomende partij geplaatst heeft voor een keukenmedewerker en een kok, welke door de verzoekende partij worden aangebracht tot staving van haar stelling dat de tussenkomende partij wel degelijk van plan is maaltijden ter plaatse te bereiden, lijken aan het voorgaande geen afbreuk te doen. Uit de taakomschrijving in de twee vacatures lijkt immers niet onomstotelijk afgeleid te kunnen worden dat maaltijden ter plaatse bereid zullen worden, hetzij in Jabbeke zelf, hetzij in Glons zelf. De tussenkomende partij ontkent wijst erop dat haar grootkeuken centraal gelegen is, “hetgeen een verklaring kan bieden voor de locatie van de geplaatste [vacatures]”.

Vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel lijken de verzoekende partij en de tussenkomende partij zich aldus niet in een vergelijkbare situatie te bevinden. Weliswaar leveren zij de maaltijden beiden in bulk aan. De verzoekende partij gaat in haar voorstellen echter verder dan het louter aanleveren in bulk, doordat zij ook voorziet in een bereiding of regeneratie ter plaatse.

15. In verband met de extra kosten veroorzaakt door de alternatieve oplossingen voorgesteld door de verzoekende partij en de tussenkomende partij, is het juist dat de verwerende partij geen berekening opgeeft van die respectieve kosten.

Uit het dossier blijkt dat de verwerende partij de beide partijen op 25 januari 2023 heeft bevraagd naar de kosten die hun voorstellen met zich brengen en naar de mate waarin die kosten zijn begrepen in hun aanbod.

In de bestreden beslissingen worden, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, de motieven aangegeven op grond waarvan de verwerende partij tot de vaststelling komt dat de offertes van de verzoekende partij extra kosten met zich brengen. Daaruit blijkt dat er in Jabbeke kosten zijn voor de energie nodig voor de

bereiding van de maaltijden ter plaatse, en kosten voor het verbruik van water voor de afwas en voor het onderhoud en de opkuis van de afwaszone, eveneens ten gevolge van de bereiding van de maaltijden ter plaatse. In Glons zijn er kosten verbonden aan de installatie en de exploitatie van een keukenunit en een koelcontainer, bestemd voor de bereiding van de maaltijden ter plaatse. De bedoelde kosten worden door de verwerende partij dermate aanzienlijk geacht dat zij de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengen.

In verband met de offertes van de tussenkomenende partij wordt in de bestreden beslissingen enkel vastgesteld dat zij regelmatig zijn, en dat zij meer bepaald “geen kosten voor de aanbesteder [veroorzaken] die niet hernomen worden in de essentiële vereisten [van het bestek]”. Nu de verwerende partij geen onregelmatigheid vaststelde, was zij niet verplicht in de bestreden beslissingen een formele motivering voor dat oordeel op te nemen, en volstaat het dat die vaststelling door het administratief dossier kan worden gestaafd. Te dezen blijkt uit het antwoord van de tussenkomenende partij op de bevraging van 25 januari 2023, een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, dat de tussenkomenende partij, buiten de elektriciteitskosten voor de drankautomaten en waterfonteinen, welke volgens het bestek ten laste zijn van de verwerende partij, melding maakt van elektriciteitskosten voor telkens één koelkast. De tussenkomenende partij bevestigt in haar verzoekschrift tot tussenkomst dat dit haar enige bijkomende kosten zijn.

Aldus lijkt het dossier *prima facie* te bevestigen dat de bijkomende kosten veroorzaakt door de voorstellen van de inschrijvers niet van een vergelijkbare grootte zijn.

Het gegeven dat de verwerende partij de bijkomende kosten niet heeft begroot in haar besluitvorming, lijkt de conclusie dat de offertes niet vergelijkbaar zijn, op het eerste gezicht niet te ondermijnen. Uit de vergelijking van het soort bijkomende kosten veroorzaakt door de voorstellen van de verzoekende partij – kosten die niet beschouwd lijken te kunnen worden als van geringe aard, zoals zij suggereert – en de extra elektriciteitskosten voor één koelkast veroorzaakt door de voorstellen van de tussenkomenende partij, lijkt de verwerende partij in redelijkheid te hebben kunnen afleiden dat het bij de

verzoekende partij ging om aanzienlijke kosten en bij de tussenkomende partij om “geen”, of toch minstens veel minder belangrijke kosten. Een gedetailleerde begroting van de respectieve kosten lijkt, in verband met een verschil dat op het eerste gezicht manifest lijkt, in die omstandigheden niet vereist.

16. De prijs is te dezen het enig gunningscriterium. Voorshands neemt de Raad van State aan dat de verwerende partij in redelijkheid kon aannemen dat het veroorzaken van bijkomende kosten inzake elektriciteits- en waterverbruik in de voorstellen van de verzoekende partij, een correcte prijsvergelijking tussen de offertes verhinderde.

De verwerende partij heeft aldus *prima facie* afdoende in de gunningsbeslissingen gemotiveerd waarom zij de offertes van de verzoekende partij substantieel onregelmatig acht, en haar beslissingen wettig verantwoord.

17. Het eerste en het derde onderdeel zijn niet ernstig.

Tweede onderdeel

18. Het tweede onderdeel betreft de grief dat aan de verzoekende partij geen mogelijkheid tot regularisatie werd gegeven.

In zijn arrest nr. 256.324 van 21 april 2023 heeft de Raad over dezelfde grief geoordeeld dat, in de veronderstelling dat artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 van toepassing gemaakt zou zijn, en de mogelijkheid tot regularisatie in beginsel dus zou openstaan, “de kenmerken van de offertes van de verzoekende partij die de aanleiding vormen voor de verwerende partij om de offertes substantieel onregelmatig te verklaren [...] tot de essentie zelf van de voorgestelde oplossing [behoren]”. De Raad zag niet in hoe een regularisatie “zou kunnen gebeuren zonder de facto een nieuw voorstel in te dienen” (overweging 17).

Tegen dat voorlopig oordeel voert de verzoekende partij aan dat zij niet inziet “waarom een regularisering van [een] beperkte onregelmatigheid inzake de kosten, die niet eens begroot zijn, en vermeende technische problemen

m.b.t. de ‘automatische keukenblusinstallatie’ ‘onmogelijk’ zou zijn zonder een wezenlijk andere offerte in te dienen”. Zij zou de bijkomende kosten op zich kunnen nemen. Zij zou in haar menu’s ook bepaalde gerechten kunnen vervangen door andere, waardoor zij de automatische brandblusser niet nodig zou hebben.

19. Zoals hiervoor al is overwogen, heeft de verwerende partij de verzoekende partij op 25 januari 2023 uitdrukkelijk bevraagd over de kosten die uit haar alternatieve oplossingen voortvloeien en over de mate waarin die in haar offertes begrepen zijn.

Zoals uit de bestreden beslissing over perceel 1 (Jabbeke) blijkt, heeft de verzoekende partij in haar antwoord een opsomming gegeven van de investeringskosten die haar voorstellen met zich brengen, en heeft zij aangegeven dat die kosten – en enkel die kosten – verwerkt zijn in de bedragen van de posten van de door haar ingevulde meetstaat. Uit de bestreden beslissing over perceel 2 (Glons) blijkt dat de verzoekende partij een hele reeks kosten in verband met uit te voeren werken voor de installatie van een keukenunit en een koelcontainer, en kosten die verband houden met de exploitatie ervan, ten laste legt van de verwerende partij. De verzoekende partij heeft op geen enkele manier aangegeven dat zij de kosten inzake verbruik van elektriciteit en water (percelen 1 en 2) en de kosten voor de uit te voeren werken (perceel 2) te haren laste zou nemen, noch enige aanzet gegeven tot een verdere bespreking in dat verband. De verzoekende partij, van wie verwacht kon worden dat zij bij een vraag over het in aanmerking nemen van bijkomende kosten een volledige verduidelijking zou geven, kan moeilijk achteraf, nadat de bestreden beslissingen zijn genomen, beweren dat zij haar voorstellen zodanig zou kunnen aanpassen dat haar offertes, zonder de essentie ervan te wijzigen, alsnog regelmatig zouden zijn. De verwerende partij mocht er in de gegeven omstandigheden *prima facie* van uitgaan dat de verzoekende partij geen oplossing voor te stellen had die zou neerkomen op een eenvoudige regularisatie zonder wezenlijke wijziging van haar offertes.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat zij haar voorstellen op een zodanige manier zou hebben kunnen aanpassen dat een brandblusser niet nodig was, wijst de tussenkomen partij er terecht op dat de technische problemen gesteld door de noodzaak om de automatische keukenblusinstallatie na te kijken en

in regel te stellen, “slechts één van de implicaties [is]” waarvoor een oplossing moest worden gezocht. De Raad van State merkt op dat dit overigens een probleem is dat enkel rees in verband met perceel 1.

20. Gelet op het voorgaande, ziet de Raad van State geen reden om terug te komen op het voorlopig oordeel als uitgedrukt in arrest nr. 256.324 van 21 april 2023.

21. Mede om de in dat arrest gegeven redenen is het tweede onderdeel niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

22. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 41 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

Zij voert aan dat “de logica van de onderhandelingsprocedure zoals gespecificeerd in de wet en het bestek niet werd gevolgd, terwijl die logica vereiste dat effectief onderhandelingen zouden worden gevoerd en dat, voorafgaand aan die onderhandelingen, aan verzoekende partij de mogelijkheid zou zijn geboden om haar offerte te regulariseren”.

23. In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij aan dat in een mededingingsprocedure met onderhandeling het beginsel is dat er effectief wordt onderhandeld, en dat de mogelijkheid om niet te onderhandelen de uitzondering is. De voorwaarden om niet te onderhandelen moeten zijn opgenomen in de opdrachtdocumenten en de uitzondering moet strikt worden geïnterpreteerd en toegepast.

Toegepast op de voorliggende zaak voert de verzoekende partij aan dat te dezen niet voldaan is aan de voorwaarden om niet over te gaan tot

onderhandelen. Onder punt 12.2.1 van het bestek wordt immers bepaald dat de opdracht slechts kan worden gegund op basis van de initiële offertes, zonder te onderhandelen, indien de verwerende partij meent dat “de initiële offertes voldoende volledig zijn om een vergelijking van de offertes toe te laten”. In de bestreden gunningsbeslissingen wordt echter geoordeeld dat de offertes van de verzoekende partij een vergelijking met de offertes van de andere inschrijvers onmogelijk maken. Nu er slechts één andere inschrijver is, kan er geen sprake zijn van een mogelijkheid tot vergelijking van offertes. “Om van een vergelijking te kunnen spreken heeft men immers minstens twee regelmatige offertes nodig.”

Opdat een vergelijking met de offertes van de andere inschrijver mogelijk kon zijn, had de verwerende partij de offertes van de verzoekende partij regelmatig moeten verklaren. Door aan de verzoekende partij niet de mogelijkheid te bieden om haar offertes te regulariseren, heeft de verwerende partij haar recht om niet te onderhandelen, niet rechtsgeldig uitgeoefend.

Beoordeling

24. Te dezen is de overheidsopdracht geplaatst bij een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Als zodanig valt de procedure onder toepassing van artikel 41 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Volgens artikel 41, § 3, “kan” de aanbestedende overheid, met het oog op de verbetering van de inhoud van de ingediende offertes, “met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend onderhandelen, met uitzondering van de definitieve offertes”. Artikel 41, § 6, *in fine*, bepaalt dat, “indien de aanbestedende overheid beslist om niet te onderhandelen, [...] de initiële offerte [geldt] als definitieve offerte”.

25. Onder punt 12.2.1 van het bestek wordt het verloop van de procedure geregeld. Eerst vindt het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes plaats. Vervolgens, “in een tweede fase”, “zullen de regelmatige offertes onderzocht worden op basis van het [enige gunningscriterium]. Nadien volgt de fase van de onderhandelingen”. Er wordt ook bepaald onder welke voorwaarden de

verwerende partij kan afzien van het houden van onderhandelingen: “De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor niet te onderhandelen over de initiële offertes in het geval de initiële offertes voldoende volledig zijn om een vergelijking van de offertes toe te laten.” Aldus worden in het bestek de voorwaarden bepaald waaronder de verwerende partij kan gebruikmaken van de mogelijkheid waarin artikel 41, § 6, *in fine*, van de wet overheidsopdrachten 2016 voorziet.

Uit de aangehaalde bestekbepaling blijkt ook een zekere chronologie: onderhandelingen zijn pas aan de orde nadat de offertes op hun regelmatigheid zijn onderzocht. Logischerwijze lijkt hieruit te volgen dat slechts onderhandeld wordt met de inschrijvers waarvan de offerte regelmatig is verklaard. Nu de offertes van de verzoekende partij onregelmatig zijn verklaard, lijkt de vraag naar het al dan niet houden van onderhandelingen met haar niet te rijzen.

26. Hiertegen werpt de verzoekende partij op dat de verwerende partij slechts kon afzien van het houden van onderhandelingen “in het geval de initiële offertes voldoende volledig zijn om een vergelijking van de offertes toe te laten”. Nu er slechts twee inschrijvers waren, dienden haar offertes regelmatig verklaard te worden opdat er sprake zou kunnen zijn van de mogelijkheid van een “vergelijking” van offertes. Dit zou dan betekenen dat de verwerende partij, om te kunnen verdergaan zonder onderhandelingen, aan de verzoekende partij de mogelijkheid had moeten geven om haar offertes te regulariseren.

Met die interpretatie van de bestekbepaling kan de Raad van State voorshands niet instemmen.

De betrokken bepaling lijkt niet op te leggen dat er minstens twee regelmatige offertes moeten voorliggen, wil de aanbestedende overheid haar recht kunnen uitoefenen om niet over te gaan tot het voeren van onderhandelingen. De zinsnede “om een vergelijking van de offertes toe te laten” lijkt eerder een precisering te zijn van wat onder een voldoende volledigheid van de initiële offertes verstaan moet worden. Zoals de verwerende partij aanvoert, lijkt zulks te betekenen dat het nodig, maar ook voldoende is, dat de regelmatige offertes, of de

enig overblijvende regelmatige offerte, voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Een aanbestedende overheid kan dus afzien van het houden van onderhandelingen, ook als er maar één regelmatige offerte overblijft, zoals in de voorliggende zaak.

Voorshands maakt de verzoekende partij bijgevolg niet aannemelijk dat de verwerende partij slechts wettig kon voortgaan met de procedure als zij eerst de verzoekende partij de mogelijkheid had geboden om haar offertes te regulariseren.

27. Daargelaten of het middel ontvankelijk is, is het in elk geval niet ernstig.

D. Vierde middel

28. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 81 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

Zij voert aan dat het verplichte prijsonderzoek inzake de prijzen van de tussenkommende partij niet deugdelijk is gevoerd.

29. In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat uit de gunningsbeslissing of minstens uit het administratief dossier moet blijken dat de aanbesteder een ernstig onderzoek van de prijzen heeft verricht, overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zij herinnert eraan dat de tenuitvoerlegging van de thans ingetrokken beslissingen van 1 maart 2023 bij arrest nr. 256.324 van 21 april 2023 geschorst werd op grond dat uit geen enkel stuk bleek dat een zorgvuldig prijsonderzoek had plaatsgevonden.

In de thans bestreden beslissingen wordt slechts een “zeer summiere motivering” opgenomen. De verwerende partij beweert daarin “dat de prijzen van [de tussenkommende partij] marktconform zijn, en vallen binnen de

prijsklasse zoals die voortkomt uit de marktprospectie. Enige nadere motivering wordt niet verschaft. Welke marktprospectie plots en klaarblijkelijk op zeer korte termijn zou zijn gedaan, wordt niet verduidelijkt”.

De beperkte motivering laat de verzoekende partij alleszins niet toe om na te gaan of er thans wel een zorgvuldig prijsonderzoek heeft plaatsgevonden. Zij verzoekt dan ook de Raad van State om in het administratief dossier na te gaan of dat prijsonderzoek thans wel ernstig en zorgvuldig is gebeurd, en of de verwerende partij op draagkrachtige gronden mocht besluiten dat er geen schijnbaar abnormale (eenheids)prijzen zijn vastgesteld. Zij besluit dat, indien de Raad “na inzage van het administratief dossier tot het besluit komt dat [dergelijk] prijsonderzoek nog altijd niet voorhanden is”, het middel ernstig is.

Beoordeling

30. In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 moet de aanbestedende overheid nagaan of de in de offertes aangeboden prijzen abnormaal lijken, met andere woorden of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal zouden kunnen zijn.

Indien een aanbestedende overheid in het kader van dat algemeen prijsonderzoek tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, vereist de formelemotiveringsplicht niet dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing. Op grond van de materiëlemotiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken.

31. Zoals de verzoekende partij terecht opmerkt, heeft de Raad van State de tenuitvoerlegging van de thans ingetrokken beslissingen van 1 maart 2023 geschorst op grond dat noch uit die beslissingen, noch uit de technische analyses van de offertes, noch uit enig ander stuk van het dossier bleek om welke redenen de

verwerende partij geoordeeld had dat de door de tussenkomende partij aangeboden prijzen normaal waren (arrest nr. 256.324 van 21 april 2023, overweging 26).

Te dezen wordt in de bestreden beslissingen overwogen, zoals in de ingetrokken beslissingen van 1 maart 2023, dat de verwerende partij is overgegaan tot een prijsonderzoek van de offertes van de tussenkomende partij. Thans wordt daaraan toegevoegd, voor elk van de percelen, dat “uit dit onderzoek is gebleken dat de prijzen die voorgesteld worden door de [tussenkomende partij] voor elk van de posten in hun offerte overeenkomen met de realiteit van de markt. Ze bevinden zich immers binnen de prijsklasse zoals die voortkomt uit de marktprospectie”. Er wordt ook geconcludeerd “dat de door de [tussenkomende partij] aangeboden prijzen van de niet-verwaarloosbare posten normaal zijn en dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn”.

32. Deze vermeldingen volstaan op zich niet om aan te tonen dat het prijsonderzoek deugdelijk is gevoerd. In de respectieve administratieve dossiers van de twee gunningsbeslissingen bevindt zich echter ook een bijgewerkte versie van de technische analyse van de betrokken offerte van de tussenkomende partij. Die analyses zijn vertrouwelijke stukken die de Raad van State heeft kunnen inzien.

32.1. In verband met de eenheidsprijzen wordt daarin vermeld welke concrete informatie de verwerende partij heeft verkregen tijdens de prospectie van de voorliggende opdracht. Zij heeft de thans aangeboden prijzen vergeleken met die prijzen, en daaruit geconcludeerd dat de thans aangeboden prijzen overeenstemmen “met de realiteit van de markt”.

In de technische analyse van de offerte voor perceel 2 (Glons) wordt daarnaast wel vastgesteld dat de prijzen voor een aantal welbepaalde colli van producten “voor een bezettingspercentage van 30%” hoger zijn dan de corresponderende prijzen “voor de andere bezettingspercentages”. De verwerende partij stelt evenwel vast dat de bedoelde colli slechts voor 0,14% meetellen voor het totale bedrag van de opdracht. Zij leidt daaruit af dat het gaat om “een te verwaarlozen hoeveelheid”, en dat de betrokken posten daarom geen voorwerp moeten uitmaken van een prijsbevraging.

32.2. In verband met de totaalprijs wordt in de technische analyses vermeld dat de raming bij hoogdringendheid is uitgevoerd, vertrekkend van de elementen van de voornoemde prospectie. Er werd uitgegaan van een bepaald “dagelijks bedrag” per persoon, van het maximum aantal personen dat het betrokken centrum moet ontvangen, en van een duurtijd van 180 dagen. Het dagelijks bedrag werd hoog geschat “om te vermijden dat het reële bedrag van de opdracht [hoger] zou zijn dan het geraamde bedrag”.

Er wordt vastgesteld dat het bedrag van de gegunde opdracht lager is dan het aldus geraamde bedrag van de opdracht. In de analyses worden een aantal redenen genoemd die dat verschil kunnen verantwoorden. Die redenen komen erop neer dat de verwerende partij, bij het ramen van de opdracht, een aantal factoren heeft overschat (het percentage volwassenen in de samenstelling van de bewonersgroep, het btw-tarief, de prijs voor drie maaltijden per dag).

32.3. Rekening houdend met de beoordelingsruimte waarover de verwerende partij beschikt, lijken de technische analyses op het eerste gezicht de conclusie in de gunningsbeslissingen te verantwoorden, dat de door de tussenkomenende partij aangeboden prijzen, voor elk van de niet-verwaarloosbare posten en algemeen, een normaal karakter vertonen.

De verwerende partij lijkt aldus op afdoende wijze te hebben geredimeerd aan de gebreken vastgesteld in arrest nr. 256.324. De Raad van State is thans in de mogelijkheid om te concluderen dat de verwerende partij een deugdelijk prijsonderzoek lijkt te hebben gevoerd.

33. Het middel is niet ernstig.

E. Vijfde middel

34. In een vijfde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

Zij voert aan dat “de inventaris foutieve automatische berekeningsformules bevatte, terwijl die hadden moeten worden rechtgezet [ten aanzien van] beide inschrijvers, en niet alleen [ten aanzien van] de gekozen inschrijver”.

35.1. In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat zij de verwerende partij zelf gewezen heeft op het feit dat in de door de verwerende partij opgestelde inventaris foutieve berekeningsformules voorkwamen. Ten aanzien van de verzoekende partij heeft de verwerende partij aan die opmerking geen enkel gevolg gegeven. Tijdens de procedure in verband met de gunningsbeslissingen van 1 maart 2023 is gebleken dat de verwerende partij daaraan integendeel wel een gevolg heeft gegeven ten aanzien van de tussenkomen de partij. Aan die partij heeft de verwerende partij op 9 januari 2023 immers een verbeterde prijsinventaris gestuurd, zodat de tussenkomen de partij de kans kreeg om de fouten in de inventaris recht te zetten.

In haar nota in de eerste schorsingsprocedure beweerde de verwerende partij dat het niet nodig was om de verbeterde prijsinventaris op 9 januari 2023 ook aan de verzoekende partij te bezorgen omdat de offertes van deze laatste op dat ogenblik reeds substantieel onregelmatig waren verklaard. Volgens de verzoekende partij klopt die uitleg echter niet met de chronologie van de feiten. Op 9 januari 2023 had de verwerende partij de offertes van de verzoekende partij immers nog niet substantieel onregelmatig verklaard, “want dan zou zij op 25 januari 2023 niet hebben gevraagd aan verzoekster om haar [offertes] toe te lichten”.

De verwerende partij heeft de beide inschrijvers aldus ongelijk behandeld door aan de tussenkomen de partij de mogelijkheid te bieden om haar offertes te verbeteren op basis van een verbeterde inventaris en door deze mogelijkheid niet te bieden aan de verzoekende partij.

35.2. De verzoekende partij voert voorts aan dat in de gunningsbeslissingen niet formeel gemotiveerd wordt hoe de verwerende partij is omgegaan met de vaststelling dat de rekenkundige formules verkeerd waren. Dit

was nodig opdat de inschrijvers met de nodige kennis van zaken konden overwegen om op dit punt eventueel een verhaalprocedure op te starten.

Ten slotte is de verzoekende partij van oordeel dat het feit dat een inventaris met fouten werd gebruikt om de globale prijs van de offertes van de verzoekende partij te berekenen, tot gevolg heeft dat de opdracht niet noodzakelijk werd gegund aan de economisch meest voordelige offerte. Artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 is daardoor geschonden.

Beoordeling

36. Geen van de partijen betwist dat bepaalde automatische berekeningsformules in het Excel-bestand met de prijsinventaris rekenfouten bevatten. Tijdens de vorige schorsingsprocedure werd de verzoekende partij via de nota van de verwerende partij in kennis gesteld van het schrijven van deze laatste van 9 januari 2023 aan de tussenkommende partij. In de bestreden gunningsbeslissingen van 28 april 2023 wordt thans uitdrukkelijk gesteld dat de verwerende partij, nadat zij gemerkt had “dat sommige cellen in het Excel document geblokkeerd waren, en [...] de inschrijver deze [daardoor] niet kon invullen”, die cellen “aangepast [heeft] op basis van de werkelijke bedoeling van de [tussenkommende partij] zoals opgenomen in haar offerte”. De Raad van State stelt vast dat het in die overweging enkel gaat om de blokkering van bepaalde cellen, en niet om fouten in bepaalde berekeningsformules. Zoals blijkt uit de nota van de verwerende partij, heeft zij echter ook de cellen met fouten in de berekeningsformule aangepast.

Het gegeven dat de bestreden beslissingen enkel de conclusies van het schrijven van 9 januari 2023 hernemen, neemt niet weg dat op die manier alleszins aan het normdoel van de formelemotiveringsplicht is voldaan en dat de verzoekende partij met kennis van zaken heeft kunnen reageren op het feit dat bepaalde gegevens in het door de tussenkommende partij ingevulde Excel-document verbeterd zijn.

37. Onder het opschrift ‘Correcties rekenblad’ wordt in het voormelde schrijven van 9 januari 2023 meegedeeld dat “de voorgestelde

aanpassingen [...] voor alle inschrijvers [dezelfde zijn] en [...] enkel betrekking [hebben] op de berekening”. Zoals de verzoekende partij evenwel terecht opmerkt, heeft de verwerende partij háár niet gewezen op die fouten in het Excel-bestand.

Op de grief dat de verzoekende partij geen voorstel tot verbetering heeft ontvangen, antwoordt de verwerende partij dat haar offertes onregelmatig waren verklaard en dat de beoordeling van de regelmatigheid voorafgaat aan het rekenkundig nazicht van de offertes.

In verband met de chronologie van de door de verwerende partij tot de partijen gerichte mededelingen bevat de nota van de verwerende partij voorts de volgende verklaring:

“Dit is wat er gebeurde: na een eerste analyse had de administratie een dossier voorbereid waarin de offerte van verzoekende partij niet geselecteerd was. Daarom heeft de administratie de prijsverificatie alleen voor de offerte van de [tussenkomende partij] op 9 januari 2023 uitgevoerd. [...] Dit dossier is nadien naar de cel overheidsopdracht van de FOD [Binnenlandse Zaken] op 16 januari 2023 gestuurd. Deze cel heeft het advies van de dienst overheidsopdracht van [de FOD Beleid en Ondersteuning] gevraagd over deze selectie. Op 17 januari 2023 heeft deze dienst geantwoord dat er bijkomende informatie aan verzoekende partij moet gevraagd worden voordat een beslissing inzake de selectie genomen kan worden. De administratie heeft dus de analyse verdergezet en de regelmatigheid gecheckt. Gelet op het feit dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig werd beschouwd, werd er geen nadere prijsverificatie van deze offerte uitgevoerd. De verificatie van de offerte van de [tussenkomende partij] was op 9 januari 2023 gedaan. Deze werd niet een 2^{de} keer uitgeoefend.”

Hieruit volgt dat het op het eerste gezicht wel degelijk aannemelijk is dat de reden waarom de verwerende partij de verzoekende partij niet heeft gewezen op de fouten in het Excel-bestand en zij die fouten niet verbeterd heeft, bestaat in het feit dat zij de offertes van de verzoekende partij om een andere reden onregelmatig achtte. Die reden lijkt ook een wettige reden te zijn.

38. De onregelmatigverklaring van de offertes van de verzoekende partij lijkt voorts ook een verklaring te bieden voor de ongelijke behandeling van

de verzoekende partij en de tussenkomen de partij op het punt van de verbetering van hun offertes.

In zoverre de verzoekende partij ten slotte aanvoert dat een inventaris met fouten werd gebruikt om de globale prijs van de offertes van de verzoekende partij te berekenen, en dat daardoor de opdrachten niet noodzakelijk gegund werden aan de economisch meest voordelige offertes, treft de grief geen doel. Door de onregelmatigverklaring van de offertes van de verzoekende partij kwamen die offertes in het geheel niet meer in aanmerking voor een gunning van de opdrachten. De berekening van de juiste prijs van haar offertes had geen belang meer.

39. Het middel is niet ernstig.

E. Zesde middel

40. Het zesde middel is verschillend geformuleerd in de zaak A. 239.078 (perceel 1) en de zaak A. 239.079 (perceel 2).

41.1. In de zaak A. 239.078 wordt in dat middel de schending aangevoerd van de beginselen van gelijkheid en concurrentie, zoals bevestigd in de artikelen 4 en 89, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 66, § 1, en 81 van dezelfde wet, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

In die zaak acht de verzoekende partij de ingeroepen bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de totaalprijs waarvoor de opdracht is gegund aan [de tussenkomen de partij] blijkt geen verklaring vindt in het administratief dossier en er blijkt onderhandelingen hebben plaatsgevonden tussen verwerende partij en [de tussenkomen de partij], hoewel verwerende partij voorhoudt dat er geen onderhandelingen hebben plaatsgevonden en dat de opdracht is gegund op basis van de oorspronkelijke offerte.”

41.2. In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij vooreerst aan dat de correcties waarvan sprake in het schrijven van de verwerende partij van 9 januari 2023 onder het opschrift ‘Correcties rekenblad’ geen rekenfouten zijn in de zin van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. In die bepaling gaat het immers om fouten van de inschrijver, terwijl het hier gaat om fouten in de opdrachtdocumenten. Artikel 34, § 2, waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen, biedt dan ook geen rechtsgrond voor de betrokken correcties.

Vervolgens merkt de verzoekende partij op dat naar aanleiding van de behandeling van de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 1 maart 2023 “is gebleken dat de totaalprijs van de offerte van de [tussenkommende partij] zou zijn gewijzigd in de zin dat de totaalprijs die is opgenomen in de bestreden beslissing niet overeenkomt met de offerteprijs van de [tussenkommende prijs] nadat de verwerende partij de verbeteringen had doorgevoerd op grond van artikel 34 [van het koninklijk besluit plaatsing 2017] zoals aangekondigd in haar brief van 9 januari 2023”.

Het gaat volgens de verzoekende partij om “een onverklaarbare wijziging” van de offerteprijs van de gekozen inschrijver “waarvoor geen motivering terug te vinden is, noch in de bestreden beslissing noch in het administratief dossier van de gunningsbeslissing van 1 maart 2023”. Volgens de verzoekende partij is hiervoor ook nog steeds geen motivering opgenomen in de thans bestreden gunningsbeslissing van 28 april 2023.

Volgens de verzoekende partij zijn in werkelijkheid toch nog onderhandelingen gevoerd tussen de verwerende partij en de tussenkommende partij, hoewel dat wordt ontkend. Met de verzoekende partij is daarentegen niet onderhandeld, en elke gedegen uitleg daaromtrent ontbreekt. Het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel zijn geschonden.

42.1. In de zaak A. 239.079 wordt in het zesde middel de schending aangevoerd van de beginselen van gelijkheid en concurrentie, zoals bevestigd in de artikelen 4 en 89, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 66, § 1, 81 en 84 van dezelfde wet, de artikelen 34 en 36 van het koninklijk besluit

plaatsing 2017, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

In die zaak bestaat het zesde middel uit twee onderdelen.

In het eerste onderdeel wordt aangevoerd dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden:

“Doordat [...] de verwerende partij correcties heeft aangebracht in de offerte van de gekozen inschrijver die niet berusten op het door haar ingeroepen artikel 34, § 2 KB Plaatsing van 18 april 2017, en de tussenkomende partij op voorstel van verwerende partij schijnbaar abnormale prijzen heeft verbeterd in het kader van artikel 34, § 2 KB Plaatsing van 18 april 2017, terwijl schijnbaar abnormale prijzen niet voor wijziging vatbaar zijn, en geen rekenkundige fouten of zuiver materiële fouten uitmaken in de zin van artikel 34, § 2 KB Plaatsing van 18 april 2017.”

Het tweede onderdeel bevat een grief die identiek is aan die welke het voorwerp vormt van het zesde middel in de zaak A. 239.078 (zie overweging 41.1).

42.2.1. In de toelichting bij het middel wordt, wat het eerste onderdeel betreft, vooreerst aangevoerd dat artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 geen rechtsgrond biedt voor de correcties vermeld in de bestreden gunningsbeslissing onder het opschrift ‘Correcties rekenblad’ (het gaat om dezelfde grief als ontwikkeld in de zaak A. 239.078, vermeld in overweging 41.2, eerste alinea).

Voorts voert zij aan dat uit de overwegingen in de bestreden gunningsbeslissing onder het opschrift ‘Correcties inschrijver’ blijkt “dat de verwerende partij schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijzen heeft vastgesteld in de offerte van de [tussenkomende partij]” voor de posten die betrekking hebben op de “pakketten” bij een bezettingsgraad van 30 % (cellen I89 tot 92). Volgens de verzoekende partij had de verwerende partij voor de bedoelde posten aan de tussenkomende partij een prijsverantwoording moeten vragen, met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De verwerende partij heeft die

prijzen echter aangemerkt als een “mogelijke invulfout”. De verzoekende partij betwist dat het zou gaan om een “rekenfout” als bedoeld in artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, nu het geen foutieve rekenkundige bewerkingen betreft. Zij betwist ook dat het zou gaan om een “zuiver materiële fout” als bedoeld in de voornoemde bepaling, nu het geen fout betreft waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is en die met een eenvoudige precisering zoals het verwisselen van een cijfer kan worden rechtgezet.

Zoals gebleken is op de terechtzitting in de procedure met betrekking tot de thans ingetrokken gunningsbeslissingen van 1 maart 2023, heeft de tussenkomende partij positief geantwoord op de vraag van de verwerende partij, in haar brief van 9 januari 2023, of het om een “vergissing” ging. De verwerende partij heeft de prijzen van de tussenkomende partij vervolgens naar beneden gecorrigeerd. Een dergelijke aanpassing in een definitieve offerte – in overleg tussen de aanbesteder en de gekozen inschrijver – is manifest verboden en in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de eerlijke concurrentie.

42.2.2. In verband met het tweede onderdeel geeft de verzoekende partij dezelfde toelichting als bij het zesde middel in de zaak A. 239.078 (zie overweging 41.2, tweede tot vierde alinea).

Beoordeling

43. Hierna wordt eerst ingegaan op de grieven die betrekking hebben op de twee bestreden gunningsbeslissingen, en daarna op de grief die enkel betrekking heeft op de gunningsbeslissing in verband met perceel 2 (Glons).

Rechtsgrond voor de ‘correcties rekenblad’ (zesde middel in de zaak A. 239.078 en eerste onderdeel van het zesde middel in de zaak A.239.079)

44. Volgens artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 “[verbetert de] aanbestedende overheid [...] de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes”.

De ‘correcties rekenblad’ blijken te bestaan, zoals blijkt uit het schrijven van de verwerende partij aan de tussenkomende partij van 9 januari 2023, uit aanpassingen ten gevolge, enerzijds, van het feit dat bepaalde cellen in het Excel-bestand voor de prijsinventaris niet ingevuld konden worden, en anderzijds, van fouten in de berekeningsformules in bepaalde cellen. In dat schrijven werd gepreciseerd dat “de voorgestelde aanpassingen [...] voor alle inschrijvers [dezelfde zijn] en [dat zij] enkel betrekking [hebben] op de berekening”.

De verzoekende partij kan voorshands niet worden bijgevalen in haar stelling dat het niet gaat om fouten in de offerte van de inschrijver, maar om fouten in de opdrachtdocumenten. Het gaat wel degelijk om materiële fouten in de prijsinventaris van de inschrijver, ten gevolge van fouten in het Excel-bestand. Er lijkt dus wel degelijk een rechtsgrond voor de desbetreffende correcties te kunnen worden gevonden in het voormelde artikel 34, § 2.

Overeenstemming tussen de (verbeterde) offerteprijzen van de tussenkomende partij en de prijs waaraan de opdrachten gegund worden (zesde middel in de zaak A. 239.078 en tweede onderdeel van het zesde middel in de zaak A. 239.079)

45. In het schrijven van de verwerende partij aan de tussenkomende partij van 9 januari 2023 worden naast de voornoemde ‘correcties rekenblad’ ook ‘correcties inschrijver’ voorgesteld.

Nadat de instemming van de tussenkomende partij werd verkregen, heeft de verwerende partij de prijsinventaris van de tussenkomende partij aanvankelijk overeenkomstig de twee genoemde voorstellen aangepast. Bij de nieuwe beoordeling van de offertes, na de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van 1 maart 2023, blijkt de verwerende partij het over een andere boeg gegooid te hebben. In haar nota in de zaak A. 239.079 (Glons) verklaart zij, in verband met de ‘correcties inschrijver’:

“[...] In de eerste, inmiddels ingetrokken, gunningsbeslissing dd. 1 maart 2023 werden een aantal eenheidsprijzen in de initiële prijsinventaris van de [tussenkomende partij] aangepast aan de werkelijke bedoeling van de inschrijver, omdat zij vaststelde dat een aantal eenheidsprijzen

aanmerkelijk hoger lagen dan gebruikelijk. De aanbestedende overheid vatte dat toen op als een rekenfout of een zuiver materiële fout.

[...] Gezien de geformuleerde argumentatie omtrent dit punt van verzoekende partij tijdens de eerste procedure voor Uw Raad, heeft verwerende partij nadat zij de eerste gunningsbeslissing heeft ingetrokken, de initieel opgegeven eenheidsprijzen van de [tussenkomenende partij] behouden en aldus niet meer aangepast, overeenkomstig artikel 34, § 2 van [het koninklijk besluit plaatsing 2017].

[...] De reden waarom het huidige gunningsbedrag echter overeenstemt met het eerste gunningsbedrag is gelegen in het feit dat de aanbestedende overheid zich bij de eerste gunningsbeslissing (inmiddels ingetrokken) gebaseerd heeft op de initiële prijsinventaris met de aangepaste (automatische) berekeningsformule, doch zonder de aangepaste eenheidsprijzen. Uit de motivering van de eerste gunningsbeslissing bleek evenwel dat de aangepaste eenheidsprijzen mee werden genomen in het gunningsbedrag, doch bleek naderhand dat dit foutief was. Gezien thans dan ook enkel de automatische berekeningsformule werd aangepast, stemmen de bedragen overeen.”

Weliswaar wordt in de beide thans bestreden gunningsbeslissingen, onder punt 3, ‘Verbetering van de rekenfouten, de zuiver materiële fouten in de offertes en prijsonderzoek’, vermeld dat niet enkel sommige cellen in het Excel-bestand werden aangepast (dit is een verwijzing naar de ‘correcties rekenblad’), maar ook dat “andere zuiver materiële fout(en)” in dat bestand werden verbeterd (dit lijkt een verwijzing te zijn naar de ‘correcties inschrijver’). Ter terechtzitting heeft de verwerende partij evenwel verklaard dat die laatste vermelding op een vergissing berust, en dat er geen andere fouten zijn verbeterd dan die welke het gevolg zijn van fouten in haar Excel-bestand.

46. In de bestreden gunningsbeslissing in verband met perceel 1 (Jabbeke) wordt bepaald dat de opdracht wordt gegund aan de tussenkomenende partij “voor een bedrag van 2.150.283,80 € incl. BTW (BTW-tarieven van 6 en 12% in functie van de artikelen en de prestaties)”. In de bestreden gunningsbeslissing in verband met perceel 2 (Glons) wordt bepaald dat de opdracht wordt gegund aan de tussenkomenende partij “voor een bedrag van 3.803.491,88 € incl. BTW (BTW-tarieven van 6 en 12% in functie van de artikelen en de prestaties)”.

In het administratief dossier van elk van de twee zaken bevindt zich een aangepaste prijsinventaris. Het gaat telkens om een vertrouwelijk stuk, dat

de Raad van State heeft kunnen inzien. Uit die stukken blijkt dat de aangepaste gewogen totaalprijzen van de offertes thans overeenstemmen met de bedragen die voor de respectieve opdrachten in de gunningsbeslissingen worden bepaald.

De grief, die ervan uitgaat dat er geen overeenstemming is tussen de bedragen van de totaalprijs van de offertes en de bedragen waaraan de opdrachten zijn gegund, lijkt aldus feitelijke grondslag te missen.

Wettigheid van de ‘correcties inschrijver’ (eerste onderdeel van het zesde middel in de zaak A. 239.079)

47. In het schrijven van de verwerende partij aan de tussenkomen partij van 9 januari 2023 vroeg de verwerende partij zich af of de prijzen opgegeven voor de posten met pakketten “bij een bezettingsgraad van 30 % (cellen 189 tot 92)” niet berustten op een vergissing.

Zoals uit het hiervoor aangehaalde verweer van de verwerende partij blijkt (overweging 45), heeft zij die posten uiteindelijk niet verbeterd. In zoverre de grief ervan uitgaat dat de verwerende partij de betrokken prijzen heeft aangepast, lijkt zij derhalve feitelijke grondslag te missen.

48. Met het oog op het nemen van de thans bestreden gunningsbeslissing van 28 april 2028 heeft de verwerende partij die posten nagekeken in het kader van het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zoals hiervoor is overwogen (overweging 32.1), blijkt uit de technische analyse van de offertes voor perceel 2 weliswaar dat de prijzen voor de bedoelde pakketten hoger zijn dan de corresponderende prijzen “voor de andere bezettingspercentages”. Uit die analyse blijkt echter ook dat de verwerende partij heeft geoordeeld dat het gaat om verwaarloosbare posten. Om die reden heeft zij de betrokken posten niet onderworpen aan een prijsbevraging als bedoeld in artikel 36 van het voornoemde besluit.

Rekening houdend met de beoordelingsruimte waarover de verwerende partij beschikt, lijkt de technische analyse op het eerste gezicht de

conclusie te verantwoorden dat de bedoelde posten verwaarloosbaar zijn. Er is op het eerste gezicht geen reden om te besluiten dat die conclusie berust op een kennelijk onredelijke beoordeling van de feiten.

In die omstandigheden lijkt aan de verwerende partij ook niet verweten te kunnen worden dat zij over die posten geen prijsverantwoording gevraagd heeft.

Conclusie

49. Gelet op het voorgaande, is het middel in geen van zijn onderdelen ernstig.

IX. Besluit

50. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De zaken A. 239.078/XII-9370 en A. 239.079/XII-9369 worden gevoegd wat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft.

2. De verzoeken van de nv Aramark tot tussenkomst worden ingewilligd.

3. De Raad van State verwerpt de vorderingen.

4. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 48 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 1540 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro.

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

Paul Lemmens,
bijgestaan door
Greta Scheveneels,

kamervoorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens