

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 260.434 van 15 juli 2024
in de zaak A. 242.288/XII-9529**

In zake: 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:

het FEDERAAL AGENTSCHAP VOOR DE OPVANG
VAN ASIELZOEKERS (FEDASIL)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans, Stef Feyen,
Mathijs Van Haver en Thomas Dirven
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 juni 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e niet gedateerde gemotiveerde gunningsbeslissing inzake de overheidsopdracht met referentie Fedasil 2019 0777 betreffende de levering van cateringdiensten ter

attentie van de verzoekers om internationale bescherming die in de opvangcentra van Fedasil verblijven, de personeelsleden van Fedasil en externen die deelnemen aan activiteiten in de opvangcentra van Fedasil, voor zover de percelen 2, 6, 8, 14, 16, 18, 19, 22, 24, 25, 34 en 35 aan Sodexo NV zijn gegund, perceel 3 aan Aramark is gegund en de percelen 20, 21, 23, 26, 29, 36 en 37 aan Duo Catering NV zijn gegund”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 juli 2024 heeft de nv Sodexo Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 juli 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Jens Mosselmans, Mathijs Van Haver en Thomas Dirven, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “de levering van cateringdiensten ter attentie van de verzoekers om internationale bescherming die in de opvangcentra van Fedasil verblijven, de personeelsleden van Fedasil en externen die deelnemen aan activiteiten in de opvangcentra van Fedasil”.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

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 2019 0777 is van toepassing.

In artikel 3 ‘Deontologische code voor de openbare aankoop bij Fedasil’ van dit bestek wordt gesteld dat “[d]e openbare aankoop bij Fedasil wordt geleid door de deontologische code van de openbare aankoop van Fedasil, die de waarden, voornaamste principes en instructies geeft om te respecteren bij het gunnen en uitvoeren van de overheidsopdrachten, zowel door de medewerkers van Fedasil als van de ondernemers”.

In artikel 5.2.3.2 ‘Nieuwe sites’ wordt gesteld dat deze opdracht van toepassing zal zijn voor de nieuwe sites van Fedasil die tijdens de looptijd van de opdracht geopend zullen worden. Deze zullen gegund worden op basis van de procedure van toepassing voor een navolgende opdracht van de raamovereenkomst.

In artikel 5.2.3.3 ‘Sluiting van sites’ wordt benadrukt dat “in het geval van een eventuele sluiting van een site tussen het moment van de lancering van de opdracht en de gunning, Fedasil overeenkomstig de artikels 58, § 1, lid 3, en 85 van de wet, ervan kan afzien om het betrokken perceel te gunnen”.

Luidens artikel 5.2.3.5 ‘Raming’ wordt de opdracht op basis van de vermoedelijke hoeveelheden in haar geheel geraamd op 90.490.465,73 euro, exclusief btw.

Luidens artikel 5.4 ‘Raamovereenkomst en navolgende opdrachten’ wordt de opdracht gesloten volgens de techniek van een raamovereenkomst met meerdere deelnemers. Dit houdt in dat elke navolgende opdracht die voortvloeit uit de raamovereenkomst gegund zal worden aan de deelnemer aan wie, op basis van de raamovereenkomst, de navolgende opdracht wordt gegund (= de deelnemer die de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend bepaald op basis van de gunningscriteria voor een navolgende opdracht). Luidens artikel 5.5 ‘Percelen’ kunnen de navolgende opdrachten binnen de raamovereenkomst opgedeeld worden in percelen. Elk perceel kan apart gegund worden, in principe met het oog op een aparte uitvoering. Het voorwerp van elk perceel komt overeen met het algemeen voorwerp van de raamovereenkomst, toegepast op een site in het bijzonder. De initiële navolgende opdracht is opgedeeld in 37 percelen, die worden opgesomd in een tabel (één per betrokken centrum). De inschrijver kan een offerte indienen voor een, meerdere of alle percelen.

Luidens artikel 21 ‘Gunning’ zijn alle geselecteerde inschrijvers deelnemer aan de raamovereenkomst en kunnen zij offertes indienen voor alle navolgende opdrachten. Voor elke navolgende opdracht of, indien de navolgende opdracht gebruikmaakt van percelen, voor elk perceel afzonderlijk van een navolgende opdracht, is het enig gunningscriterium de prijs (de laagste prijs), omschreven als volgt:

- “1. Gewicht: 100 punten op 100
2. Score: De offerte die de laagste prijs voorstelt krijgt 100 punten. De andere offertes krijgen een aantal punten berekend op basis van de regels van drie en worden geklasseerd op basis van deze score.
3. Evaluatie: Geëvalueerd op basis van het totaal bedrag van de inventaris (in EUR alle taksen inbegrepen, ook eventuele BTW).
[...].”

In artikel 24 ‘Ondertekening van de offerte’ wordt het volgende vermeld:

“[...]

24.2. Bevoegde of gemandateerde persoon

FEDASIL vestigt de aandacht van de ondernemers op het feit dat, volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State, de ondertekening van een offerte/BAFO dat in het kader van een overheidsopdracht ingediend werd, niet onder het dagelijks beheer valt. FEDASIL is daarom van mening dat, tenzij uitdrukkelijk anders bepaald werd in de statuten of in een specifiek mandaat, een gedelegeerd bestuurder voor het dagelijkse beheer niet rechtsgeldig een inschrijver kan aanstellen.

Het verslag van afgifte wordt ondertekend door de bevoegde perso(o)n(en) of de perso(o)n(en) die gemachtigd is (zijn) om de inschrijver te verbinden. [...].”

3.3. Vóór de indiening van de eerste offertes worden infosessies en plaatsbezoeken in de verscheidene opvangcentra georganiseerd.

3.4. Er zijn zes inschrijvers, waaronder de nv Umami Catering (verzoekende partij) en de nv Sodexo (tussenkomende partij). Zij dienen offertes in voor verscheidene percelen, uiterlijk op 24 januari 2023.

Nadat elk van de inschrijvers aan de verwerende partij, op haar verzoek, verduidelijkingen bij zijn eerste offerte heeft verstrekt, worden de inschrijvers uitgenodigd een BAFO in te dienen, per perceel, uiterlijk op 30 oktober 2023.

3.5. Op 9 januari 2024 vraagt de verwerende partij aan alle inschrijvers om de verbintenistermijn van hun offerte, die verstrijkt op 28 januari 2024, te verlengen met 90 kalenderdagen te rekenen vanaf de eerste kalenderdag volgend op de 28 januari 2024. Alle inschrijvers stemmen hiermee in.

Op 18 april 2024 vraagt de verwerende partij aan alle inschrijvers om de verbintenistermijn van hun offerte te verlengen met negentig kalenderdagen vanaf 29 april 2024. Ook hiermee stemmen alle inschrijvers in.

3.6. Op 26 februari 2024 stelt de dienst overheidsopdrachten van Fedasil een voorstel van gunningsverslag op, ter attentie van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie. Als contactpersoon staat N., attaché overheidsopdrachten, vermeld.

Onder punt A ‘De raamovereenkomst en de initiële navolgende opdracht’ wordt het voorwerp en de bekendmaking uiteengezet.

Onder punt B ‘Raamovereenkomst’ wordt betreffende de uitsluitingsgronden en selectiecriteria geconcludeerd dat geen enkele inschrijver moet worden uitgesloten en alle inschrijvers de kwalitatieve selectie doorstaan. Alle inschrijvingen zijn regelmatig wat de vereisten betreft die betrekking hebben op deelname aan de raamovereenkomst, zodat deze wordt gesloten met de zes inschrijvers die “onder andere kunnen deelnemen aan de initiële navolgende opdracht”.

Onder punt C ‘Initiële navolgende opdracht’, wordt voor elke inschrijver wat de geldigheid van de verbintenis betreft, “OK” vermeld. Wat de naleving van de (formele) minimale of substantiële eisen betreft, wordt bij elke inschrijver “OK” vermeld, behoudens bij de nv Duo Catering voor perceel 25, gelet op de afwezigheid bij het verplichte plaatsbezoek. Voorts wordt een prijsonderzoek gevoerd op de initiële offertes en de verbeterde offertes, alsook de regelmatigheid van de BAFO’s gecontroleerd. Daarbij wordt de offerte van de nv Aramark voor perceel 1 substantieel onregelmatig bevonden, alsook de offertes van de nv Compass Group voor alle percelen waaraan werd deelgenomen, omdat hierin “andere BTW-tarieven dan die opgelegd in de uitnodiging voor het indienen van de BAFO werden aangewend”.

Ten slotte worden de finale offertes beoordeeld op basis van het gunningscriterium prijs, volgens de regel van drie. Omwille van de recent aangekondigde sluiting van het opvangcentrum te Koksijde, wordt voorgesteld dit perceel 9 niet te gunnen.

Aldus wordt voorgesteld om de raamovereenkomst open te stellen aan de zes deelnemers, en 36 van de 37 percelen te gunnen aan de respectieve inschrijvers met de hoogste score voor elk van die percelen.

3.7. Dit gunningsverslag, als voorstel op 26 februari 2024 ondertekend door de directeur-generaal van Fedasil, wordt achtereenvolgens voorgelegd voor advies aan de preventiedienst, de dienst Overheidsopdrachten, de dienst Budget en Financiën, en de inspectie van Financiën.

Op 7 april 2024 geeft de inspecteur-generaal van Financiën een negatief advies.

Na beroep tegen dit negatief advies deelt de staatssecretaris voor Begroting aan de staatssecretaris voor Asiel en Migratie met een brief van 22 mei 2024 mee dat zij haar voorwaardelijk akkoord kan geven.

3.8. Op 3 juni 2024 ondertekent de staatssecretaris voor Asiel en Migratie het gunningsverslag van 26 februari 2024.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een e-mailbericht en een aangetekende brief van 10 juni 2024, ondertekend door de directeur-generaal van Fedasil, wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat zij werd geselecteerd als deelnemer aan de raamovereenkomst, dat de percelen 1, 4, 5, 7, 10 tot 13, 15, 17, 27, 28 en 30 tot 33 van de initiële navolgende opdracht aan haar worden gegund, en dat de overige percelen van de initiële navolgende opdracht waarvoor zij offerte indiende in het kader van de raamovereenkomst niet aan haar werden gegund. Als bijlage wordt een niet-ondertekend gunningsverslag van 26 februari 2024 meegedeeld.

De verzoekende partij stelt in een brief van 14 juni 2024 aan Fedasil, dat het bijgevoegd pdf-document, “slechts een niet-ondertekend gunningsverslag van 26 februari 2024 bevat, maar niet de gemotiveerde gunningsbeslissing van Fedasil”. Op basis van de informatie opgenomen in de kennisgevingsbrief en het niet-ondertekend gunningsverslag, stelt de verzoekende

partij vragen in verband met de verlenging van de verbintenistermijn na 28 april 2024, de selectie van de inschrijver nv Duo Catering, en de belangenconflictrechts van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016. Zij vraagt ten slotte dat haar inzage zou worden verleend in het administratief dossier “gelet op de regels inzake de openbaarheid van bestuur enerzijds en de korte verhaaltermijnen anderzijds”. In een brief van 17 juni 2024 vraagt de verzoekende partij voorts naar het standpunt van Fedasil omtrent de handtekeningsbevoegdheid.

Met een e-mailbericht en brief van 18 juni 2024 wordt “de (inhoudelijk volstrekt gelijklopende) gunningsbeslissing” meegedeeld, “ditmaal met toevoeging van de handtekening van de bevoegde staatssecretaris (waarmee de aanbestedende overheid zich de overwegingen van het gunningsverslag integraal eigen maakt)”. Als bijlage wordt het gunningsverslag van 26 februari 2024, zonder datum ondertekend door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, gevoegd.

In een brief van 19 juni 2024 antwoordt Fedasil als volgt:

“1. Geldigheidstermijn

U stemde, samen met alle andere inschrijvers, uitdrukkelijk in met de verlenging van de verbintenistermijn met 90 kalenderdagen te rekenen vanaf de eerste kalenderdag volgend op 28 april 2024.

De reden waarom de gemotiveerde gunningsbeslissing deze verlenging niet apart vermeldt, is te wijten aan het feit dat het ontwerp van gunningsbeslissing reeds de administratieve (goedkeurings-) procedure aan het doorlopen was. Het ontwerp van gemotiveerde gunningsbeslissing werd naderhand niet meer bijgesteld, wat verklaart waarom er geen melding wordt gemaakt van de tweede verlenging van de verbintenistermijn.

Fedasil bevestigt voor de goede orde dat alle inschrijvers ingestemd hebben met de tweede verlenging (wat ook zal blijken uit het administratief dossier - zie infra, punt 4) en dat de niet-vermelding hiervan in de gemotiveerde gunningsbeslissing in elk geval de wettigheid van deze beslissing niet aantast.

2. Selectie criterium omzet [D.]

[...]

3. Belangenconflict

Op uw verzoek om u een lijst te bezorgen van alle medewerkers die gedurende de ganse loop van de gunningsprocedure de kandidaturen en/of offertes hebben behandeld en/of de onderhandelingen hebben gevoerd en/of beslissingen hebben genomen kunnen we helaas niet zonder meer ingaan, gelet op de beperkingen die ons zijn opgelegd in het kader van de bescherming van persoonsgegevens.

Wel kunnen we uitdrukkelijk bevestigen dat Fedasil zich bewust was van het door u aangehaald advies nr. 2023/3 van de federale deontologische commissie en dat Fedasil alle nodige maatregelen heeft genomen met betrekking tot eventuele betrokken medewerkers die banden zouden hebben met bepaalde inschrijvers, zoals zal blijken uit het administratief dossier. Fedasil heeft hierbij bijzondere aandacht geschonken aan de rol gespeeld door twee personen, met name [O.L. en S.N.].

- Ten aanzien van [O.L.] (die voorheen werkzaam was bij een van de inschrijvers), drongen zich geen bijkomende maatregelen op, omdat de interventie van [O.L.] zich in essentie beperkte tot administratieve hulp bij plaatsbezoeken en tot het beantwoorden van een beperkt aantal technische vragen over technische specificaties. [O.L.] had op geen enkel ogenblik toegang tot de offertes en heeft geen enkele rol gespeeld bij de beoordeling van de offertes, zodat hier geen sprake kan zijn van een (schijn van) belangenconflict. [O.L.] heeft dus – voor de duidelijkheid – geen rol gespeeld ‘bij de onderhandelingen of beslissingen’ waarnaar wordt verwezen in het advies nr. 2023/3.
- Ten aanzien van [S.N.] was de situatie anders, omdat [zij] (ofschoon zij geen eindbeslissingen nam) nauwer betrokken was bij het dossier (waarvoor overigens geen dienstig alternatief bestond, gelet op de kaderinvulling bij (de dienst overheidsopdrachten) bij Fedasil. Ten eerste moet in dat verband worden bevestigd dat [S.N.] geen enkele beslissingsbevoegdheid had in het kader van de plaatsing van de overheidsopdracht. Desalniettemin werden, wegens haar meer verregaande betrokkenheid, een aantal maatregelen genomen door Fedasil teneinde zelfs de schijn van een belangenconflict te vermijden. In dat verband, wordt – na het inwinnen van intern en extern juridisch advies over deze situatie – onder andere besloten om (uit voorzorg, en teneinde elke schijn van belangenconflict te vermijden) alle documentatie die werd opgesteld door [S.N.] extern te laten screenen (de situatie indachtig, dat [S.N.] werkzaam is geweest bij één van de inschrijvers). Derwijze kan er geen sprake zijn van een ‘indruk of zelfs verdenking van onethisch handelen’.

4. Toegang tot administratief dossier

[...]

5. Clausule betreffende ondertekening offertes/BAFO's

Wat de opmerking betreft in uw brief van 17 juni jl. inzake de gevolgen van arrest nr. 249.726 van de Raad van State van 5 februari 2021, erkent Fedasil dat sommige auteurs in dit arrest een ommeslag in de rechtspraak van de Raad van State hebben gelezen. Deze visie wordt evenwel niet unaniem gedeeld in de rechtspraak en in de rechtsleer.

Fedasil merkt op dat zelfs indien inschrijvers op grond van dit arrest zouden kunnen argumenteren dat het ondertekenen en indienen van een offerte zou kwalificeren als een daad van ‘dagelijks bestuur’ in de zin van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen, de Raad van State in zijn arrest duidelijk heeft overwogen dat het aan de inschrijvers zelf is om aan te tonen waarom de ondertekening en indiening van een offerte zou vallen onder het voormeld begrip ‘dagelijks bestuur’. Het staat dus buiten kijf dat de

ondertekeningsbevoegdheid na voormeld arrest niet automatisch toevalt aan de dagelijks bestuurder, zodat niet kan worden ingezien waarom de vermelde besteksbepaling problematisch zou zijn (of zelfs zou berusten op onjuiste premissen). Deze besteksbepaling geeft enkel de mening weer van Fedasil over de eisen ter zake van ondertekening, welke door alle inschrijvers werden nageleefd in casu.

Alsdan valt niet in te zien waarom een kentering in de rechtspraak – zelfs al zou er sprake van zijn in casu – de genomen gunningsbeslissing onwettig zou maken of anderszins zou aantasten. Waarom uit de vermeende kentering in de rechtspraak zou volgen dat het bestek (of de gunningsbeslissing) onwettig zouden zijn, of waarom Fedasil genoopt zou zijn hieraan een bijzondere motivering te wijden, blijkt niet uit uw schrijven van 17 juni 2024, noch uit enige rechtsleer of rechtspraak waarop Fedasil acht mocht slaan.

In elk geval moet worden herhaald dat Fedasil heeft kennisgenomen van de statuten en overige documenten aangebracht door alle inschrijvers, waarna het heeft vastgesteld – zoals dat blijkt uit de gemotiveerde gunningsbeslissing – dat alle inschrijvers rechtsgeldig vertegenwoordigd werden door een bevoegde of gemandateerde persoon en dat zij de inschrijvers daardoor geldig hebben kunnen verbinden. Op basis van deze geldigheidscontrole werd dus niemand geweerd, zodat moeilijk kan worden ingezien welk belang Umami zou hebben om dit punt thans op te werpen.

Ook valt op dat u dit bezwaar pas in dit stadium opwerpt, terwijl u reeds geruime tijd kennis heeft van het bestek en hieromtrent nooit in tempore non suspecto een opmerking heeft gemaakt. Dat is uiteraard weinig ernstig zodat Fedasil het niet dienstig acht om thans op deze problematiek verder in te gaan.

6. Ondertekening Staatsecretaris

Tot slot voerde u terecht aan dat wegens een vergissing het gunningsverslag dat u werd bezorgd niet vergezeld ging van de handtekening van de bevoegde staatssecretaris. Aan deze vergetelheid werd inmiddels geremedieerd: u ontving immers ondertussen het ondertekende gunningsverslag.

Fedasil kan uw stelling evenwel niet volgen dat u geen kennis zou hebben gehad op 10 juni 2024 van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

Ten eerste, heeft de staatssecretaris zich alle overwegingen van het gunningsverslag (dat u integraal mocht ontvangen, met uitzondering van de ondertekeningspagina) eigen gemaakt, zodat u volledig zicht kreeg op de motieven die ten grondslag lagen aan de gunningsbeslissing.

Dat erkent u overigens zelf, nu u inmiddels verscheidene van deze motieven ter discussie heeft gesteld en Fedasil hieromtrent heeft bevraagd.

Dat, ten tweede, de datum van 26 februari 2024 nog vermeld staat op de gemotiveerde gunningsbeslissing (rechtsbovenaan op de eerste pagina) is het gevolg van het feit dat deze datum niet verwijderd werd nadat het eerste voorstel van gunningsverslag op die datum werd opgesteld. Dit betreft andermaal een vergissing (nu de gunningsbeslissing, zoals blijkt uit het administratief dossier, werd genomen en ondertekend door de bevoegde staatssecretaris op 3 juni 2024), maar geen vergissing waardoor u zou kunnen zijn verschalkt, nu de inhoud van de gemotiveerde

gunningsbeslissing glashelder is en u hiervan kennisgenomen heeft op 10 juni 2024.

Deze materiële vergissingen – die inmiddels zijn rechtgezet en verduidelijkt – zijn niet van dien aard dat zij u de kennisname van de gemotiveerde gunningsbeslissing hebben verhinderd, zodat wat Fedasil betreft, de gemotiveerde gunningsbeslissing u wel degelijk op 10 juni 2024 werd bezorgd (met alle gevolgen die hieraan vastknopen). U erkent dit duidelijk zelf, door ervan uit te gaan dat de beslissing werd genomen (en deze aan vragen te onderwerpen). Daarenboven blijkt uit een samenlezing van de kennisgeving en het document dat ‘gemotiveerde beslissing NL_10.06.2024’ werd genoemd dat het wel degelijk om een gemotiveerde gunningsbeslissing gaat.”

Met een brief van 21 juni 2024 bezorgt Fedasil aan de verzoekende partij het akkoord van de staatssecretaris van Begroting van 22 mei 2024 met betrekking tot deze opdracht.

IV. Tussenkost

4. De nv Sodexo Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van “artikel 4, [eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016] en meer bepaald het transparantiebeginsel”, artikel 81 van dezelfde wet, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), en artikel 7:121 Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen,

“[o]mdat belangrijke informatie en motieven in de gemotiveerde gunningsbeslissing ontbreken terwijl de gemotiveerde gunningsbeslissing alle nodige informatie en motieven moet bevatten opdat de inschrijvers zouden weten of het zin heeft zich tegen de gunningsbeslissing te verzetten.”

Volgens de verzoekende partij kan een gunningsbeslissing weliswaar integraal gesteund zijn op een gunningsverslag, maar dat gunningsverslag moet dan zelf alle vereiste en correcte motivering bevatten. Dit is te dezen niet het geval omdat in de gemotiveerde gunningsbeslissing niets wordt vermeld over de handelingen en gebeurtenissen in de periode van meer dan drie maanden tussen de opmaak van het gunningsverslag op 26 februari 2024 en de ondertekening door de staatssecretaris, die volgens de verwerende partij op 3 juni 2024 zou hebben plaatsgevonden. Het staat evenwel vast dat er in die periode nog meerdere handelingen en gebeurtenissen hebben plaatsgevonden, die hadden moeten worden beschreven en gemotiveerd in de gunningsbeslissing.

Het eerste middel valt uiteen in drie onderdelen.

7. In een *eerste onderdeel* stelt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing onvolledig is wat de verbintenistermijn betreft. Het gunningsverslag van 26 februari 2024, waarop de gunningsbeslissing steunt,

vermeldt niets over de essentiële kwestie van de eventuele verlenging van de verbintenistermijn door de inschrijvers na 28 april 2024. De niet-gekozen inschrijvers moeten aan de hand van de gunningsbeslissing kunnen vaststellen dat de prijs van de gekozen inschrijver nog altijd geldig was op het ogenblik dat de gunningsbeslissing is genomen. Minstens de formele motiveringsplicht is aldus geschonden. De artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet zijn geschonden, alsook artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 en meer in het bijzonder het transparantiebeginsel.

Aangezien in het gunningsverslag niet is vastgesteld dat de prijzen van de gekozen inschrijvers nog altijd geldig waren, kon de staatssecretaris op het ogenblik van de ondertekening van de gunningsbeslissing niet met zekerheid tot de vaststelling komen dat de gekozen inschrijvers nog steeds de beste prijs boden in toepassing van artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016. Aldus is ook deze bepaling geschonden.

Bevestigingen *a posteriori* in de brief van 19 juni 2024 kunnen het gebrek aan formele motivering niet ongedaan maken.

8. In een *tweede onderdeel* stelt de verzoekende partij dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de mededeling van de verwerende partij in de brief van 19 juni 2024 dat het “ontwerp van gemotiveerde gunningsbeslissing [...] naderhand niet meer [werd] bijgesteld”, en de mededeling in de brief van 18 april 2024, waarbij om een tweede verlenging van de verbintenistermijn werd gevraagd, dat nog “aanpassingen aan het ontwerp nodig zijn” op basis van de opmerkingen van de bevoegde instanties. Er wordt in de gunningsbeslissing van 3 juni 2024 niet gemotiveerd wat die onverwachte opmerkingen waren noch waarom er dan toch geen aanpassingen nodig geweest zouden zijn. Ook in de brief van 19 juni 2024 spreekt de verwerende partij over een eerste voorstel tot gunningsverslag, waaruit logischerwijze kan worden afgeleid dat er daarna nog andere voorstellen zouden zijn gevolgd. Ook de staatssecretaris van Begroting verwijst in haar brief van 22 mei 2024 naar een gewijzigde gunningsbeslissing.

Een gunningsbeslissing door verwijzing naar een gunningsverslag kan slechts aanvaard worden voor zover er geen tegenstrijdigheden bestaan tussen het gunningsverslag en andere, latere stukken uit het administratief dossier, en voor zover dat gunningsverslag het laatste en definitieve verslag is, dat bovendien volledig is. De motieven van het gunningsverslag, en bijgevolg ook de daarop gesteunde gunningsbeslissing, zijn echter manifest onvolledig en tegenstrijdig met andere, latere stukken van het administratief dossier. De materiële en formele motiveringsplicht zijn ook op dit onderdeel geschonden, alsook de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet. Ook artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 en meer in het bijzonder het transparantiebeginsel zijn geschonden.

9. In een *derde onderdeel* voert de verzoekende partij aan dat de gunningsbeslissing niet de nodige motieven bevat inzake de beoordeling van de handtekeningsbevoegdheid.

Artikel 24.2 van het bestek gaat volgens de verzoekende partij uit van de achterhaalde regels en rechtspraak van de Raad van State omtrent de handtekeningsbevoegdheid. De problematiek van de bevoegde bestuurder(s) en bijgevolg ook de rechtspraak van de Raad van State zijn immers grondig gewijzigd ingevolge de inwerkingtreding van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen in 2019. Met name blijkt uit artikel 7:121 WVV onder meer dat de handtekening wel degelijk als daad van dagelijks bestuur kan worden beschouwd. De bovenvermelde bestekbepaling is op dat punt aldus onwettig en artikel 7:121 WVV is aldus geschonden. Bijgevolg had de beslissing inzake de handtekeningsbevoegdheid formeel moeten worden gemotiveerd in het gunningsverslag, terwijl slechts het volgende wordt vermeld: “OK”.

Het antwoord in de brief van 19 juni 2024 kan volgens de verzoekende partij niet overtuigen. Het bestek verwijst foutief naar verouderde rechtspraak. Daarom had de verwerende partij haar oordeel over de handtekeningen formeel moeten motiveren in de gunningsbeslissing en kon zij niet volstaan met de loutere bevestiging dat de handtekeningen conform waren. De verzoekende partij kon aan de hand van de vermeldingen in de gunningsbeslissing

niet naar behoren nagaan of de handtekeningen van de partijen aan wie de betrokken percelen gegund zijn, beantwoorden aan de thans geldende regels inzake de handtekeningsbevoegdheid.

De artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, alsook artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 en meer in het bijzonder het transparantiebeginsel zijn aldus geschonden. Voor zover als nodig merkt de verzoekende partij op dat op basis van de Labonormrechtspraak, onwettigheden in het bestek ook nog kunnen worden aangevochten op het moment dat de gunningsbeslissing wordt aangevochten.

Beoordeling

Formele motivering

10. De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze. Ook uit artikel 4, eerste lid, 8°, samengenomen met artikel 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet blijkt dat de gunningsbeslissing de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, dient te bevatten.

De formele motiveringsplicht is een doelnorm. Om te oordelen of de formele motiveringsplicht is geschonden, dient ermee rekening te worden gehouden of de verzoekende partij belangenschade heeft geleden. Wanneer de bestuurde langs nog andere wegen dan uit de bestuurshandeling de motieven ervan kent en deze in zijn verzoekschrift aan de Raad van State heeft kunnen betrekken, heeft hij zich met kennis van zaken kunnen verweren tegen de beslissing en is het doel van de formele motiveringsplicht bereikt.

11. Te dezen werd de verzoekende partij met de kennisgevingsbrief van 10 juni 2024, waarbij het (niet-ondertekend) gunningsverslag (met als datum 26 februari 2024) werd meegedeeld, alsook de overige mededelingen als bedoeld

in de artikelen 8, § 1, en 9/1, § 2, van de rechtsbeschermingswet, wel degelijk op de hoogte gebracht van het bestaan van de bestreden beslissing tot gunning van de opdracht aan de andere inschrijvers en van de motieven daarvoor.

Met de verwerende partij wordt aangenomen dat de bevoegde staatssecretaris zich de motieven van het gunningsverslag integraal eigen heeft gemaakt door de ondertekening ervan. De datum van ondertekening op 3 juni 2024 lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid uit het voorblad IN-OUT van de signataire, waaruit blijkt dat het dossier “catering” vanuit het kabinet van de staatssecretaris op die datum werd terugbezorgd aan het secretariaat van Fedasil.

Voorts heeft de verwerende partij in haar brief van 19 juni 2024, over de punten waaromtrent de verzoekende partij in haar brieven van 14 en 17 juni 2024 bezwaren had geformuleerd, nadere verduidelijkingen verstrekt.

12. De verzoekende partij heeft aan de hand van de voornoemde kennisgeving van 10 juni 2024 en de brief van 19 juni 2024, en dus vóór het instellen van haar vordering tot schorsing, op het eerste gezicht met kennis van zaken kunnen uitmaken of het opportuun is om de beslissing, waarbij bepaalde percelen van de opdracht aan andere inschrijvers en niet aan haar werden gegund, te bestrijden. Zij heeft zulks ook gedaan, getuige de thans aangevoerde middelen. Het normdoel van de formele motiveringsplicht lijkt te dezen in elk geval te zijn bereikt.

13. Aldus lijkt de verzoekende partij alvast geen belang te hebben bij het eerste middel voor zover daarin de schending van de formele motiveringsplicht en de daarmee overeenstemmende bepalingen van de rechtsbeschermingswet, en in hetzelfde verband, van de zorgvuldigheidsplicht en het transparantiebeginsel wordt aangevoerd.

Eerste onderdeel

14. De verzoekende partij stelt in een eerste onderdeel dat zij op basis van de bestreden beslissing niet kan vaststellen of de gekozen inschrijvers hebben ingestemd met de verlenging van de verbintenistermijn na 28 april 2024.

15. Te dezen blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij op 18 april 2024, dus alvorens de opdracht te gunnen, aan de inschrijvers in kwestie schriftelijk heeft gevraagd of zij kunnen instemmen met een verlenging van de verbintenistermijn en dat deze daarmee schriftelijk en zonder voorbehoud hebben ingestemd, zodat de verwerende partij kon overgaan tot de gunning van de opdracht. De verwerende partij bevestigt dit uitdrukkelijk in haar brief van 19 juni 2024 aan de verzoekende partij.

Zoals hoger gesteld (overweging 12), heeft de verzoekende partij geen belang bij het middel. Overigens lijkt de formele motiveringsplicht niet te vereisen dat de verwerende partij in de gunningsbeslissing zelf dient te vermelden dat zij heeft voldaan aan de verplichting om aan de inschrijvers in kwestie schriftelijk te verzoeken of zij instemmen met het behoud van hun offerte. Het lijkt te volstaan dat de naleving van deze verplichting kan blijken uit de gegevens van het dossier, zoals te dezen.

16. Voor zover de verzoekende partij nog stelt dat de bevoegde staatssecretaris op het ogenblik van de ondertekening van de gunningsbeslissing niet zeker kon zijn dat de gekozen inschrijvers nog steeds de beste prijs boden, en bijgevolg artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 zou zijn geschonden, is deze kritiek op het eerste gezicht niet dienend. De gekozen inschrijvers hebben nu eenmaal met de (tweede) verlenging van de verbintenistermijn ingestemd.

17. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

18. Anders dan hoe de verzoekende partij het ziet, lijkt er te dezen geen sprake van een gunningsbeslissing door verwijzing naar een (eerste versie van een) gunningsverslag van 26 februari 2024 dat nadien nog zou zijn gewijzigd.

In haar brief van 19 juni 2024 stelt de verwerende partij dat “de datum van 26 februari 2024 [...] op de gemotiveerde gunningsbeslissing (rechtsbovenaan op de eerste pagina) [...] het gevolg [is] van het feit dat deze

datum niet verwijderd werd nadat het eerste voorstel van gunningsverslag op die datum werd opgesteld” en dat dit een materiële vergissing betreft.

Uit het administratief dossier (en de navolgende ondertekeningen van het gunningsverslag op 27, 28 en 29 februari 2024) blijkt dat de eerste versie van het gunningsverslag dat op 26 februari 2024 was opgesteld, nog een administratieve goedkeuringsprocedure heeft doorlopen, waaronder het advies van de inspectie van Financiën. Het behoud van de datum van 26 februari 2024 op de finale versie van het gunningsverslag, ondertekend door de staatssecretaris op 3 juni 2024, lijkt bijgevolg op het eerste gezicht inderdaad een materiële vergissing te zijn. Zelfs daargelaten of in de periode tussen 26 februari 2024 en 3 juni 2024 al dan niet nog formele aanpassingen aan het gunningsverslag werden aangebracht, toont de verzoekende partij in ieder geval niet aan dat zij door deze materiële vergissing in haar belangen zou zijn geschaad. Het is immers enkel de finale versie van het gunningsverslag, ondertekend door de staatssecretaris, die geldt als gemotiveerde gunningsbeslissing.

19. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

20. In artikel 24.2 van het bestek wordt onder meer gesteld dat Fedasil van mening is dat “tenzij uitdrukkelijk anders bepaald werd in de statuten of in een specifiek mandaat, een gedelegeerd bestuurder voor het dagelijkse beheer niet rechtsgeldig een inschrijver kan aanstellen”.

Voor zover de verzoekende partij in dit onderdeel uiteenzet dat er ingevolge het (nieuwe) artikel 7:121 WVV sprake zou zijn van een versoepeling inzake de handtekeningsbevoegdheid voor het indienen van een offerte, lijkt zij hierbij enkel een belang te kunnen laten gelden indien zou blijken dat haar offerte werd ingediend door een gedelegeerd bestuurder, bevoegd voor het dagelijks bestuur, en haar offerte om die reden onregelmatig werd verklaard.

Uit de gunningsbeslissing blijkt evenwel dat alle offertes, zowel de initiële offertes als de BAFO's, werden ondertekend door een “[b]evoegde of gemandateerde persoon”. De verbintenis van alle inschrijvers, ook die van de verzoekende partij, wordt rechtsgeldig bevonden. Dit blijkt uit de vermelding “OK”, wat op het eerste gezicht in het licht van de formele motiveringsplicht volstaat wanneer geen bijzondere problemen inzake de regelmatigheid rijzen, zoals te dezen.

In die omstandigheden lijkt het middel niet dienend.

21. Het derde onderdeel is niet ernstig.

22. Het eerste middel is in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

23. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de artikelen 4, 5 en 6 van de wet overheidsopdrachten 2016, “het onderliggende gelijkheids-, transparantie-, mededingings- en zorgvuldigheidsbeginsel”, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en de materiële motiveringsplicht,

“[d]oordat de verwerende partij niet bewijst dat zij (de schijn van) het belangenconflict t.a.v. twee van haar personeelsleden die bij de opdracht betrokken waren, heeft voorkomen, onderkend en opgelost op basis van de op dergelijke problematiek toepasselijke principes en regels, waaronder haar eigen deontologische code.”

24. De verzoekende partij schetst vooreerst het wettelijk kader, met verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166 (punten 33 tot 47), en het arrest van de Raad van State van 20 maart 2024, nr. 259.205. Zij stelt dat aan het begrip belangenconflict een ruime opvatting moet worden gegeven en de schijn van een belangenconflict de

aanbestedende overheid er steeds toe moet brengen de belangenconflictrechts toe te passen.

Zij licht toe dat te dezen twee medewerkers van Fedasil, die voorheen werkzaam waren bij respectievelijk de nv Sodexo en de nv Compass Group, effectief betrokken zijn bij de behandeling van het dossier, wat Fedasil heeft bevestigd in haar brief van 19 juni 2024.

Wat O.L. betreft, stelt de verzoekende partij vast dat zij werkzaam was bij de nv Sodexo van juni 2012 tot juli 2021 en dat zij in dienst is getreden bij Fedasil in mei 2022. Deze kwestie is voor de verzoekende partij van direct belang, want voor bepaalde percelen heeft de nv Sodexo in haar BAFO een prijs geboden die (nauwelijks) lager was dan die van de verzoekende partij, waardoor de nv Sodexo de gunning heeft verkregen met de verzoekende partij als tweede laagste bieder. Wat S.N. betreft, stelt de verzoekende partij vast dat zij bij Fedasil de functie uitoefent van attaché overheidsopdrachten in de dienst Overheidsopdrachten en dat zij dit dossier voor Fedasil opvolgt. Zij heeft het gunningsverslag opgesteld en voert de briefwisseling in dit dossier namens Fedasil.

25. Het feit dat medewerkers van de aanbestedende overheid voorheen werkzaam waren bij een inschrijver is een objectief gegeven dat aanleiding moet geven tot de toepassing van de belangenconflictrechts van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016, en ook van de regels van de federale deontologische code en de eigen deontologische code.

Eenmaal een schijn van belangenconflict voorligt, zoals hier het geval is, is de bewijslast omgekeerd, en komt het aan de aanbestedende overheid toe te bewijzen dat zij het belangenconflict zorgvuldig heeft opgelost.

Uit haar brief van 19 juni 2024 blijkt dat Fedasil een mogelijk belangenconflict ten aanzien van deze twee medewerkers heeft geïdentificeerd. Dat er minstens een schijn van belangenconflict bestaat in hoofdzaak van deze twee medewerkers, is dan ook niet betwistbaar en betwist. Vervolgens rijst de vraag of Fedasil de mogelijke belangenvermenging, die daarvan het gevolg kan zijn,

zorgvuldig heeft voorkomen en opgelost, en haar beslissing op dat punt naar behoren heeft gemotiveerd, waarbij zij dus onder meer haar eigen deontologische regels in aanmerking moest nemen. Dat is manifest niet het geval.

In haar brief van 19 juni 2024 bevestigt S.N. namens Fedasil dat betreffende haarzelf en O.L. een mogelijk belangenconflict is geïdentificeerd, maar dat deze belangenconflictsituaties zijn opgelost door het nemen van een aantal maatregelen.

26. De verzoekende partij stelt vooreerst dat, wanneer zich een mogelijk belangenconflict voordoet, zoals hier het geval is en niet wordt ontkend, deze problematiek formeel had moeten worden beschreven en gemotiveerd in de gunningsbeslissing zelf. Ook blijktens de deontologische code van Fedasil, die in het bestek op de opdracht van toepassing is verklaard, diende zij de motieven over deze problematiek op te nemen in het gunningsverslag en de expliciete verklaringen van de betrokken personeelsleden aan dat verslag te hechten.

Dit is te dezen niet gebeurd, zodat een schending voorligt van de formele motiveringsplicht en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, alsook van de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 en meer in het bijzonder het transparantiebeginsel.

27. Voorts gaat de verzoekende partij nog in op de motivering *a posteriori* in de brief van 19 juni 2024 van Fedasil.

Aangezien het te dezen een onderhandelingsprocedure betreft met als enig gunningscriterium de prijs, waarbij de inschrijvers de kans is geboden om hun verbeterde prijzen aan te bieden in een BAFO, was het van cruciaal belang dat gedurende de ganse onderhandelingsprocedure de inschrijvers niet op de hoogte zouden zijn van de prijzen die door de andere inschrijvers werden geboden. De maatregelen die de verwerende partij minstens had moeten nemen, moesten er aldus op gericht zijn om *in concreto* te verhinderen dat de betrokken twee personen gedurende die ganse gunningsprocedure toegang zouden hebben tot de prijzen van

de inschrijvers, teneinde elk risico te vermijden dat zij die prijzen, lopende de onderhandelingsprocedure, zouden doorgeven aan hun vroegere werkgever.

Wat S.N. betreft, vermeldt zij in haar brief van 19 juni 2024 geen enkele maatregel die haar zou verhinderd hebben om toegang te krijgen tot die prijzen. Gelet op haar functie in dit dossier mag alleszins worden aangenomen dat zij wél toegang had tot die prijzen. Het feit dat zij geen “eindbeslissingen” zou hebben genomen in dit dossier, is daarbij niet determinerend. Het enig gunningscriterium was de prijs, dus de eindbeslissing daaromtrent was sowieso niet onderhevig aan enige discretionaire beoordeling. Veel belangrijker was het voorkomen dat S.N. in de mogelijkheid was om prijzen door te geven voorafgaand aan die gunningsbeslissing, waaromtrent klaarblijkelijk geen maatregelen zijn genomen.

Wat O.L. betreft, beweert de verwerende partij dat er zich geen bijkomende maatregelen zouden hebben opgedrongen omdat haar interventie zich in essentie zou hebben beperkt tot administratieve hulp bij plaatsbezoeken en tot het beantwoorden van een beperkt aantal technische vragen over technische specificaties. O.L. zou op geen enkel ogenblik toegang hebben gehad tot de offertes en geen rol hebben gespeeld bij de beoordeling ervan. Hoe deze maatregelen *in concreto* zijn verwezenlijkt, wordt echter niet meegedeeld. Tijdens de verplichte plaatsbezoeken heeft de verzoekende partij opgemerkt dat O.L. aanwezig was en afzonderlijk heeft gepraat met haar voormalige collega's van de nv Sodexo. Voorts verduidelijkt Fedasil niet op welke wijze zij *in concreto* zou hebben verhinderd dat O.L. toegang had tot de prijzen van de inschrijvers.

De zorgvuldige en efficiënte behandeling van de problematiek wordt aldus in elk geval niet aangetoond in de motivering *a posteriori*.

28. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel, naast de motiveringsplicht, is volgens de verzoekende partij aldus geschonden. De verwerende partij toont niet aan dat zij artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 en haar eigen deontologische code zorgvuldig heeft nageleefd op het vlak van het voorkomen en oplossen van belangenconflicten.

Beoordeling

29. Artikel 6, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 heeft betrekking op de verplichting voor de aanbestedende overheid om belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en op te lossen.

Artikel 6, § 1, tweede en derde lid, van de wet bepaalt welke situaties onder het begrip belangenconflict vallen, als volgt:

“Het begrip belangenconflict beoogt ten minste iedere situatie waarin een bij de plaatsing of de uitvoering betrokken ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is, met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten, alsook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.

De Koning kan ook andere situaties benoemen als belangenconflicten.”

30. De verzoekende partij voert in essentie aan dat twee medewerkers van Fedasil betrokken waren bij de behandeling van het dossier, terwijl zij voorheen werkzaam waren bij een inschrijver, wat volgens haar een objectief gegeven is om te concluderen tot de aanwezigheid van een (schijn van) belangenconflict.

De definitie van het begrip belangenconflict in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 veronderstelt enerzijds de aanwezigheid van een met de aanbestedende overheid verbonden persoon, die geacht wordt een invloed op de plaatsing of de uitvoering van een overheidsopdracht te kunnen uitoefenen, en, anderzijds, het bestaan van een direct of indirect, financieel, economisch of ander persoonlijk belang dat geacht kan worden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.

Opdat er sprake is van een belangenconflict moet bijgevolg, als eerste voorwaarde, de met de aanbestedende overheid verbonden persoon geacht

worden een invloed op de plaatsing of de uitvoering van de opdracht te kunnen uitoefenen.

31. Wat S.N. betreft, wordt vastgesteld dat zij nauw betrokken was bij het dossier en documentatie in dat verband heeft opgesteld.

De verzoekende partij stelt zelf dat aangezien het enig gunningscriterium de prijs was, een eindbeslissing “sowieso niet onderhevig [was] aan enige discretionaire beoordeling”. Zij betoogt evenwel dat de verwerende partij minstens maatregelen had moeten nemen om te verhinderen dat de betrokken personen gedurende de gunningsprocedure toegang zouden hebben tot de prijzen van de inschrijvers, teneinde elk risico te vermijden dat zij die prijzen, lopende de onderhandelingsprocedure, zouden doorgeven aan hun vroegere werkgever.

Te dezen stelt de Raad vast dat geen enkel perceel aan de vroegere werkgever van S.N., de nv Compass Group werd gegund, aangezien diens offertes voor alle percelen waaraan werd deelgenomen onregelmatig zijn verklaard, omdat hierin “andere BTW-tarieven dan die opgelegd in de uitnodiging voor het indienen van de BAFO werden aangewend”.

Deze vaststelling volstaat op het eerste gezicht om aan de verzoekende partij haar belang bij het tweede middel, wat S.N. betreft, te ontzeggen. Zelfs indien het risico zou hebben bestaan van het doorgeven van prijzen, heeft deze mogelijkheid de verzoekende partij alvast niet geschaad. Voor zover de verzoekende partij ter terechtzitting stelt dat met de nv Compass Group wel de raamovereenkomst werd gesloten, lijkt dit gegeven haar evenmin rechtstreeks te kunnen schaden. Bij een eventuele navolgende opdracht zullen de inschrijvers immers eerst prijsoffertes moeten indienen en een nieuwe gunningsprocedure moeten doorlopen.

32. Wat O.L. betreft, maakt de verwerende partij op het eerste gezicht aannemelijk dat deze medewerker op geen enkel ogenblik toegang had tot de offertes.

Zij zet uiteen dat de interventie van O.L. was beperkt tot administratieve hulp bij de plaatsbezoeken en tot het beantwoorden van een beperkt aantal technische vragen over technische specificaties. Haar rol lijkt aldus op het eerste gezicht reeds uitgespeeld te zijn geweest op het ogenblik van de indiening van de eerste offertes.

De verzoekende partij toont bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat er in hoofde van O.L. sprake is van een (schijn van) belangenconflict in de zin van artikel 6, §1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, noch van de daarmee verband houdende motiveringsverplichting.

In dezelfde zin kan het middel voor zover daarin de schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* wordt aangevoerd, doordat de verwerende partij de in het bestek opgenomen deontologische code voor openbare aankoop zou hebben miskend, evenmin worden bijgevallen.

Voor zover de verzoekende partij nog verwijst naar het advies nr. 2023/3 van 15 mei 2023 van de Federale Deontologische Commissie, lijkt te kunnen worden volstaan met de vaststelling dat het bestek er niet naar verwijst en dat dit advies evenmin in de aanhef van het middel wordt ingeroepen als zijnde geschonden. Ten overvloede wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat dit advies van toepassing is op “openbare mandatarissen” zoals gedefinieerd in artikel 2, § 1, van de wet van 6 januari 2014 ‘houdende oprichting van een Federale Deontologische Commissie en houdende de Deontologische Code voor de openbare mandatarissen’, en bijgevolg niet op de betrokken medewerkers van Fedasil.

33. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid de aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

34. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

35. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Sodexo Belgium tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vijftien juli tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere