

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.497 van 15 maart 2012
in de zaak A. 203.768/XII-6855**

In zake: de BVBA HOEVE GERVAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Stoffelsbergstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN SCHERPENHEUVEL-ZICHEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 februari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het O.C.M.W. te Scherpenheuvel-Zichem, [...] d.d. 07.02.2012 waarbij wordt beslist om de opdracht ‘Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling’ te gunnen aan het OCMW Laakdal [...] tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 633.360,00”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geertrui De Groote, die loco advocaat Inke Dedecker verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. In uitvoering van haar beslissing van 29 september 2011 schrijft verwerende partij een algemene offerteaanvraag uit voor leveringen, in de aankondiging vermeld als “leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling”.

3.2. Het bijzonder bestek nr. 2011/012 is op deze opdracht van toepassing.

De opdracht wordt gegund voor een periode van 4 jaar, stilzwijgend verlengbaar voor telkens een periode van 1 jaar. De voorziene begindatum van de leveringen is 1 januari 2012.

Er zijn drie gunningscriteria, die in het bestek als volgt worden omschreven:

“I.9 Gunningscriteria

Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Criterium 1: kwaliteit en smaak van de maaltijden	60

	<p>Er wordt een jury van 5 personen samengesteld. Zij zullen op basis van voorbeeldmaaltijden punten toekennen voor dit criterium.</p> <p>De ‘kwaliteit en smaak’ van de maaltijden wordt getoetst aan 4 items.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 48 punten: kwaliteit en smaak van de proefmaaltijd waarvan: 9 punten voor de soep - weging: 9-6-3-0 30 punten voor de hoofdmaaltijd - weging: 30-20-10-0 9 punten voor het dessert - weging: 9-6-3-0 - 12 punten: variatie in menu-aanbod - weging: 12-8-4-0 <p>Criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid en telkens dalend met één stap.</p>	
2	Criterium 2: geboden prijs per maand	25
	<p>Om de prijzen te kunnen vergelijken zal per offerte een sommatie gemaakt worden van de individuele eenheidsprijzen vermenigvuldigd met de hoeveelheden op basis van 2010. De inschrijver met de laagste prijs krijgt 25 punten. Voor de overige inschrijvingen worden de punten omgekeerd evenredig toegekend op basis van de laagste ingediende offerte.</p>	
3	Criterium 3: logistieke service-systeem	15
	<p>Wordt getoetst aan de hand van de twee volgende items</p> <ul style="list-style-type: none"> - presentatie van de maaltijden en gebruiksvriendelijkheid van het verpakkingsmateriaal <p>(openen, gevaar voor morsen...): 10 punten - weging 10-8-6-4-2-0</p> <ul style="list-style-type: none"> - plaats van de afhaling: 5 punten - weging 5-4-3-2-1-0 <p>De criteria worden vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid en telkens dalend met één stap.</p>	

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de volgens deze afweging voordeligste inschrijver”.

Het bestek bepaalt voorts dat bij de offerte onder meer een voorbeeld van maandmenu moet worden gevoegd en dat “op vraag van de opdrachtgever [...] op een bepaalde dag hetzelfde menu zoals afgeleverd bij een OCMW uit de opgegeven referentielijst aan de opdrachtgever aangeboden [zal] dienen te worden, het betreft zes menu’s, waarvan drie dieet en drie gewoon”.

3.3. De voorliggende opdracht wordt op 3 oktober 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 6 oktober 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.4. De offertes worden geopend op 28 november 2011. Naast de bvba Hoeve Gervan hebben ook het OCMW van Laakdal en de bvba Veresto een offerte ingediend.

3.5. Op 15 december 2011 wordt een verslag van nazicht opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd en de drie offertes worden na een administratief en technisch nazicht als regelmatig beschouwd. Vervolgens worden de offertes vergeleken op basis van de gunningscriteria en wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan het OCMW van Laakdal, de inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige inschrijving, en dit tegen een nagerekend inschrijvingsbedrag van 633.360,00 euro.

3.6. Op 20 december 2011 keurt verwerende partij het verslag van nazicht goed en beslist de opdracht te gunnen aan het OCMW van Laakdal.

3.7. Op 5 januari 2012 stelt de bvba Hoeve Gervan bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de gunningsbeslissing van 20 december 2011. Met een arrest nr. 217.429 van 23 januari 2012 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing, in essentie omdat het verslag van nazicht niet tijdig aan de bvba Hoeve Gervan werd bezorgd zodat zij niet de motieven lijkt te hebben gekend waarop de gunningsbeslissing steunt en zodoende de formele motiveringsplicht lijkt te zijn geschonden.

3.8. Op 30 januari 2012 wordt een nieuw verslag van nazicht opgesteld dat in wezen niet verschilt van het vorige. Alle inschrijvers worden opnieuw geselecteerd en de drie offertes worden na een administratief en technisch nazicht als regelmatig beschouwd. Vervolgens worden de offertes vergeleken op basis van de gunningscriteria en wordt opnieuw voorgesteld de opdracht te gunnen aan het OCMW van Laakdal, de inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige inschrijving, en dit tegen een nagerekend inschrijvingsbedrag van 633.360,00 euro.

De vergelijking van de offertes, de finale rangschikking en het voorstel tot gunning in dit verslag van nazicht luiden als volgt:

“Vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria

Nr.	Naam	Motivering	Score
<p>Er wordt een jury van 5 personen samengesteld bestaande uit: voorzitter M.J. Hendrickx, J. Beyens, E. Wuyts, J. Stroobants, T. Lintermans. Zij zullen op basis van voorbeeldmaaltijden punten toekennen voor dit criterium.</p> <p>De secretaris van de jury, Corinne Haeneefstingels, ontvangt de maaltijden en kent de maaltijden per firma een kleur toe om de beoordeling in anonimiteit te laten verlopen.</p> <p>Na de beoordeling koppelt de secretaris van de jury de kleuren aan de gegevens van de firma's.</p> <p><u>Gunningscriterium nr. 1: Criterium 1: kwaliteit en smaak van de maaltijden</u></p> <p>Beoordeling op 60 punten</p> <p>De 'kwaliteit en smaak' van de maaltijden wordt getoetst aan 4 items. - 48 punten: kwaliteit en smaak van de proefmaaltijd waarvan:</p> <p>9 punten voor de soep - weging: 9-6-3-0</p> <p>30 punten voor de hoofdmaaltijd - weging: 30-20-10-0</p> <p>9 punten voor het dessert - weging: 9-6-3-0</p> <p>12 punten: variatie in menu-aanbod - weging: 12-8-4-0</p> <p>Criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid en telkens dalend met één stap.</p>			
1	OCMW Laakdal	<p><u>Soep - 9 punten</u></p> <p>Chinese kippensoep</p> <p>Hoeveelheid: 400cc</p> <p>Goed afgekruid soep, zachte smaak, met fijne stukjes kip, goed gebonden. Mooie geel, groene kleur.</p> <p><u>Hoofdmaaltijd - 30 punten</u></p> <p>Menu: gekookte aardappelen, rode kool, kalfsvleesbrood.</p> <p>Temperatuur: 55 graden</p> <p>Hoeveelheid: aardappelen 220 gr., rode kool 200 gr., kalfsvleesbrood 200 gr.</p> <p>Mooi ogende gekookte aardappelen, juiste gaarheid.</p> <p>Rode kool smaakt niet naar grootkeuken, lekker, mooie kleur, juiste gaarheid.</p> <p>Kalfsvleesbrood smaakvol klaargemaakt, niet vet. Goede kwaliteit, goed gebakken en gekruid, geen harde buitenkant.</p>	60

		<p><u>Dessert - 9 punten</u> Flanpudding. Hoeveelheid: 140 gr. Zeer lekker, smaakt van alle desserts meest naar huisgemaakte pudding. Goede textuur, mooie kleur.</p> <p><u>Variatie in menu-aanbod - 12 punten.</u> Zeer gevarieerd menuaanbod.</p> <p>Deze firma levert systematisch de maximum hoeveelheid van de gevraagde hoeveelheden in het lastenboek. De dieetmaaltijden zijn aangepast.</p>	
3	BVBA Hoeve Gervan	<p><u>Soep - 3 punten</u> Groentensoep Hoeveelheid - 400 cc Flauwe smaak, eerder waterige soep, niet voldoende gebonden. Mooie kleur.</p> <p><u>Hoofdmaaltijd - 30 punten</u> Menu: gekookte aardappelen, wortelen en erwten, chipolata in saus. Temperatuur: 55 graden Hoeveelheid: aardappelen 220 gr., wortelen en erwten 170 gr., chipolata 110 gr. Mooi ogende gekookte aardappelen, juiste gaarheid, iets te flauw van smaak. Wortelen en erwten goed afgekruid, ajuin overheerst niet. Chipolata was niet pikant maar goed gekruid, de saus was iets te flauw.</p> <p><u>Dessert - 3 punten</u> Pudding. Hoeveelheid: 100 gr. Pudding met flauwe smaak, smaak van chocolade niet duidelijk aanwezig. Te vaste structuur.</p> <p><u>Variatie in menu-aanbod - 12 punten.</u> Zeer gevarieerd menuaanbod.</p> <p>De dieetmaaltijden zijn aangepast.</p>	48

2	BVBA Veresto	<p><u>Soep - 6 punten</u> Champignonsoep Hoeveelheid: 400cc Goed afgekruid soep, met stukjes champignon, te dik gebonden. Mooie kleur.</p> <p><u>Hoofdmaaltijd - 20 punten</u> Menu: gekruide gekookte aardappelen, appelmoes, kippendrumsteak. Temperatuur: 55 graden. Hoeveelheid: aardappelen 210 gr., appelmoes 180 gr., kippendrumsteak 200 gr. Mooi ogende gekookte gekruide aardappelen, juiste gaarheid. Appelmoes te zuur, minder appetijtelijk door te bruine kleur. Kippendrumsteaks gaar maar niet gekorst, heeft hierdoor minder aantrekkelijk zicht, ietsje te droog. Appelmoes en gekruide gekookte aardappelen werd door de jury niet als een geslaagde combinatie bevonden.</p> <p><u>Dessert - 6 punten.</u> Yoghurt met fruit. Hoeveelheid: 130 gr. Goede smaak, niet te zuur, mooie kleur. Iets te dun, lopend van samenstelling.</p> <p><u>Variatie in menu-aanbod - 12 punten.</u> Zeer gevarieerd menuaanbod.</p> <p>De dieetmaaltijden zijn aangepast.</p>	44
<p><u>Gunningscriterium nr. 2: Criterium 2: geboden prijs per maaltijd</u> Beoordeling op 25 punten Om de prijzen te kunnen vergelijken zal per offerte een sommatie gemaakt worden van de individuele eenheidsprijzen vermenigvuldigd met de hoeveelheden op basis van 2010. De inschrijver met de laagste prijs krijgt 25 punten. Voor de overige inschrijvingen worden de punten omgekeerd evenredig toegekend op basis van de laagste ingediende offerte.</p>			
3	BVBA Hoeve Gervan	De inschrijver met de laagste prijs krijgt 25 punten.	25
2	BVBA Veresto	$25 \times 104.000: 110.620 = 23,50$ punten	23,5
1	OCMW Laakdal	$25 \times 104.000: 158.340 = 16,42$ punten	16,42

Gunningscriterium nr. 3: Criterium 3: logistieke service-systeem

Beoordeling op 15 punten

Wordt getoetst aan de hand van de twee volgende items:

- presentatie van de maaltijden en gebruiksvriendelijkheid van het verpakkingsmateriaal (openen, gevaar voor morsen...): 10 punten - weging 10-8-6-4-2-0.

- plaats van de afhaling: 5 punten - weging 5-4-3-2-1-0

De criteria worden vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid en telkens dalend met één stap.

1	OCMW Laakdal	<p><u>- Presentatie van de maaltijden en gebruiksvriendelijkheid van het verpakkings-materiaal - 10 punten.</u></p> <p>De soep en maaltijden waren geportioneerd in gescheiden aluminium maaltijdbakjes met dito deksel. Het deksel was makkelijk verwijderbaar.</p> <p>Het dessert was verpakt in plastic recipiënt, makkelijk te openen.</p> <p>De overdoos bestond uit isolerend materiaal.</p> <p>Verzorgde en smaakvolle presentatie van de maaltijden.</p> <p><u>- Plaats van de afhaling- 5 punten.</u></p> <p>De maaltijden dienen afgehaald te worden in de keuken van het ocmw te Laakdal, Vogelzang 24.</p>	15
3	BVBA Hoeve Gervan	<p><u>- Presentatie van de maaltijden en gebruiksvriendelijkheid van het verpakkings-materiaal - 10 punten.</u></p> <p>De soep was in een aluminium maaltijdbakje met kartonnen deksel, was makkelijk om te openen. De hoofdmaaltijd was geportioneerd in aluminium maaltijdbakje met dito deksel, het deksel was makkelijk verwijderbaar.</p> <p>De overdoos bestond uit isolerend materiaal.</p> <p>Het dessert was verpakt in plastic recipiënt, makkelijk om te openen. Het dessert was mooi gepresenteerd met een klein chocolaatje als afwerking.</p> <p>Verzorgde en smaakvolle presentatie van de maaltijden.</p> <p><u>- Plaats van de afhaling: 5 punten.</u></p> <p>De maaltijden dienen afgehaald te worden</p>	15

		bij Hoeve Gervan, Schransstraat 16 te 3560 Linkhout.	
2	BVBA Veresto	<p><u>- Presentatie van de maaltijden en gebruiksvriendelijkheid van het verpakkings-materiaal - 8 punten</u></p> <p>De soep en de maaltijden waren geportioneerd in gescheiden aluminium maaltijdbakjes met dito deksel. Het deksel was makkelijk verwijderbaar. De aluminium bakjes voor de soep werden te groot bevonden, waardoor het gevaar voor morsen groter is.</p> <p>De overdoos bestond uit isolerend materiaal.</p> <p>Het dessert was verpakt in plastic recipiënt, makkelijk te openen.</p> <p>Verzorgde en smaakvolle presentatie van de maaltijden.</p> <p><u>- Plaats van de afhaling: 5 punten</u></p> <p>De maaltijden dienen afgehaald te worden op de loskade van Sint Augustinus, Fabiolalaan te Diest.</p>	13

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score en prijs excl. btw)

Nr.	Naam	Motivering	Score	Prijs excl. btw*
1	OCMW Laakdal		91,42	€ 633.360,00
3	BVBA Hoeve Gervan		88	€ 416.000,00
2	BVBA Veresto	<p>Appelmoes en gekruide gekookte aardappelen werd door de jury niet als een geslaagde combinatie bevonden.</p> <p>De dieetmaaltijden zijn aangepast.</p>	80,5	€ 442.480,00

* Nagerekende bedragen.

Voorstel tot gunning van de opdracht

Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het administratief en technisch nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de [jury] voor om de opdracht te gunnen aan de firma met de economisch meest voordelige

regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte, zijnde OCMW Laakdal, Vogelzang 24 te 2430 Vorst (Laakdal), tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 633.360,00 incl. btw (0% btw) (8,08% minder dan de indicatieve raming)”.

3.9. Op 7 februari 2012 beslist verwerende partij de gunningsbeslissing van 20 december 2011 in te trekken en dit met verwijzing naar het schorsingsarrest nr. 217.429 van 23 januari 2012.

Met een aangetekende brief en e-mail van 8 februari 2012 deelt verwerende partij dit intrekingsbesluit mee aan verzoekende partij.

3.10. Eveneens op 7 februari 2012 keurt verwerende partij het verslag van nazicht van 30 januari 2012 goed en beslist de opdracht te gunnen aan het OCMW van Laakdal. Dit is de bestreden beslissing.

3.11. Met een aangetekende brief en e-mail van 8 februari 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan het OCMW van Laakdal. De bestreden beslissing en het verslag van nazicht worden bijgevoegd. Er wordt verwezen naar de wachttermijn.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

4.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

5. Verzoekende partij steunt een eerste middel op “de schending van artikel 1§1 en van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de schending van artikel 115 lid 1 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken in samenhang met de schending van de basisbeginselen van de overheidsopdrachtenreglementering, zijnde het gelijkheidsbeginsel zoals eveneens bepaald in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het transparantiebeginsel en het mededingingsbeginsel en in samenhang met de schending van het materieel motiveringsbeginsel zoals ook bepaald in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...] en de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen in essentie geschonden omdat het eerste gunningscriterium, “kwaliteit en smaak van de maaltijden”, onwettig is. Zij

werpt op dat “dergelijk gunningscriterium smaak dat dan nog het determinerende criterium is, geen objectief criterium is en dan ook niet als een geldig criterium kan worden weerhouden. Een criterium smaak is immers in se subjectief en kan op geen enkele mogelijke manier achteraf nog worden gecontroleerd door bijvoorbeeld de Raad van State”.

Van de drie gunningscriteria is het criterium smaak van de maaltijden ontegenzeggelijk het determinerende criterium. Zij wijst op de weging van dit criterium en benadrukt dat zij het maximum behaalt op het tweede en derde gunningscriterium, die wel objectief controleerbaar zijn. Haar offerte voldoet aan de vereiste hoeveelheid en bestanddelen van soep en dessert, op de hoofdmaaltijd krijgt zij het maximum van 30 punten alsook het maximum van 12 punten op variatie in menu-aanbod. Ook dit element is objectief controleerbaar. Haar offerte voldoet aan de vereiste van aangepaste dieetmaaltijden, element dat eveneens objectief controleerbaar is. De opdracht werd dan ook enkel en alleen niet aan haar gegund - en wel aan het OCMW van Laakdal - omdat de soep en de pudding zogezegd een te flauwe smaak hadden, waar zij telkens 3 punten voor krijgt en het OCMW van Laakdal telkens 9 punten.

Vervolgens stelt zij vast dat de drie inschrijvers compleet verschillende maaltijden hebben gemaakt en dat verwerende partij “dus zogezegd een vergelijking [heeft] gemaakt op basis van drie maaltijden die compleet van elkaar verschillen. Ook dit kan niet beantwoorden aan de vereiste dat de verwerende partij de offertes op een objectieve wijze moet vergelijken; men kan nu eenmaal geen appels met peren vergelijken”.

Ten slotte voert verzoekende partij aan dat niet kan worden gecontroleerd of de leden van de jury enige deskundigheid hebben in het evalueren van smaak. Zij meent dat een subjectief gunningscriterium als smaak leidt tot favoritisme, temeer, zo voegt zij eraan toe ter terechtzitting, alle juryleden verbonden zijn met verwerende partij en zij de maaltijden van het OCMW Laakdal kennen en dus kunnen herkennen.

Beoordeling

6. Verzoekende partij neemt aanstoot aan het gebruik van het gunningscriterium “kwaliteit en smaak van de maaltijd”, in het bijzonder van het subcriterium “kwaliteit en smaak van de proefmaaltijd”.

Dit criterium lijkt rechtstreeks te kunnen worden betrokken op het voorwerp van de opdracht en lijkt verwerende partij geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid te laten. Evenmin blijkt dat dit geen objectieve beoordeling mogelijk maakt of niet toelaat de voordeligste offerte te bepalen. Het feit dat deze beoordeling een zekere subjectiviteit kan inhouden, volstaat niet om op het eerste gezicht anders te besluiten. In dit geval is hieraan bovendien tegemoet gekomen door de proefmaaltijd van elke inschrijver anoniem te laten beoordelen door een jury van vijf personen. Verzoekende partij toont in dit verband niet met de reeds op het eerste gezicht vereiste ernst aan dat voor de beoordeling van de proefmaaltijden een bijzondere deskundigheid is vereist.

De gehanteerde beoordelingsmethode - een maaltijd proeven uit het door elke inschrijver voorgelegde weekmenu voor 12-18 december 2012, waarbij telkens de maaltijd van woensdag 14 december wordt geproefd, en aldus een maaltijd die effectief wordt aangeboden en waarvan mag worden aangenomen dat deze volgens de inschrijver kwaliteits- en smaakvol is - en niet aan elke inschrijver een zelfde proefmaaltijd opleggen, lijkt evenmin de grenzen van een zorgvuldige beoordeling door verwerende partij te buiten te gaan.

De omstandigheid dat bijgevolg niet voor elke inschrijver dezelfde maaltijd werd geproefd volstaat niet om reeds op het eerste gezicht te besluiten dat hierdoor geen objectieve vergelijking van de offertes mogelijk was. Elke maaltijd wordt dan immers getoetst aan de voor die maaltijd geldende smaak- en kwaliteitseisen en verzoekende partij toont niet aan dat het oordeel van verwerende partij in dat licht onzorgvuldig is, noch dat de verschillen tussen de maaltijden (telkens een soep, een hoofdschotel met vlees, aardappelen en groenten, en een dessert) elke vergelijking onmogelijk maken.

In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat geen controle door de Raad van State mogelijk is, dient te worden opgemerkt dat de Raad zich niet in de plaats van het bestuur mag stellen en dus niet de maaltijden in de plaats van verwerende partij mag beoordelen. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Verzoekende partij toont niet aan dat die controle hier niet mogelijk is.

Voorts dient hier te worden vastgesteld dat verzoekende partij de opmerkingen van verwerende partij in het verslag van nazicht inzake de door haar aangeboden soep en dessert niet betwist, noch de daarvoor toegekende punten. Verzoekende partij merkt enkel op dat zij de opdracht niet krijgt enkel en alleen wegens de smaak van de soep en het dessert. Hiermee is niet aangetoond dat dit een onzorgvuldige beoordeling is. Het feit dat zij de goedkoopste inschrijver is, toont het tegendeel niet aan nu het hier gaat om een offerteaanvraag. Dit geldt evenzeer voor de argumenten van verzoekende partij dat zij de maximale score haalde op het subcriterium “variatie in het menuaanbod” en op het derde gunningscriterium, en dat haar dieetmaaltijden zijn aangepast, hetgeen trouwens ook geldt voor de gekozen inschrijver.

Ten slotte doet het feit dat alle juryleden verbonden zijn aan verwerende partij er niet toe besluiten dat zij niet onafhankelijk zouden kunnen oordelen. Dat zij in staat zouden zijn geweest de maaltijden van het OCMW Laakdal te herkennen wordt door verzoekende partij niet aanneembaar gemaakt.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

7. Verzoekende partij steunt een tweede middel op “de schending van artikel 1§1 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in samenhang met de schending van de basisbeginselen van de

overheidsopdrachtenreglementering, zijnde het gelijkheidsbeginsel zoals eveneens bepaald in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het transparantiebeginsel en het mededingingsbeginsel en de schending van het verbod om het bestek op maat te schrijven van één kandidaat en in samenhang met de schending van het materieel motiveringsbeginsel zoals ook bepaald in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...] en de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen in essentie geschonden omdat verwerende partij de puntenverdeling tussen de gunningscriteria in het bestek, namelijk hun weging, heeft aangepast op maat van de gekozen inschrijver.

Verzoekende partij verwijst daartoe naar het feit dat uit het dossier blijkt dat verwerende partij reeds vroeger, in de loop van 2010 en 2011, “de opdracht heeft toegewezen” aan het OCMW van Laakdal, zonder enige overheidsopdracht uit te schrijven, wat nochtans noodzakelijk is. Deze handelwijze is volstrekt onwettig.

Vervolgens wijst zij er op dat in de Europese aankondiging van 29 januari 2011 van een eerdere gunningsprocedure voor het “Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling”, de volgende gunningscriteria worden opgegeven:

“Economisch meest voordelige aanbidding, gelet op de onderstaande criteria:

1. Criterium 1: kwaliteit en smaak van de maaltijden. Weging 50
2. Criterium 2: geboden prijs per maaltijd. Weging 30
3. Criterium 3: logistieke service-systeem. Weging 20”.

Deze procedure werd door verwerende partij met een beslissing van 28 april 2011 stopgezet, zonder dat verzoekende partij weet waarom.

Vervolgens, zo stelt verzoekende partij vast, blijken in de Europese aankondiging van 6 oktober 2011 van de huidige opdracht voor het “Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling” de volgende gunningscriteria te worden opgegeven:

“Economisch meest voordelige aanbidding, gelet op de onderstaande criteria:

1. Criterium 1: kwaliteit en smaak van de maaltijden. Weging 60
2. Criterium 2: geboden prijs per maaltijd. Weging 25
3. Criterium 3: logistieke service-systeem. Weging 15”.

De weging van de gunningscriteria werd volgens verzoekende partij enkel aangepast om het OCMW van Laakdal die de opdracht *de facto* al enige tijd uitvoert, te bevoordelen. Verzoekende partij herrekent daartoe de toegekende scores en zij stelt vast dat zij, met de oorspronkelijke wegingen, een totaal van 90 op 100 zou scoren en niet haar huidige 88 op 100 terwijl het OCMW van Laakdal nog slechts 89,704 op 100 zou scoren en niet 91,42 op 100.

Beoordeling

8.1. In zoverre verzoekende partij aanstoot neemt aan het feit dat verwerende partij vroeger het OCMW van Laakdal heeft belast met het leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling zonder een overheidsopdracht uit te schrijven, toont zij niet aan hoe dit gegeven, indien al grieftoudend, leidt tot de onwettigheid van de thans bestreden beslissing die de opdracht gunt aan het OCMW van Laakdal na een algemene offerteaanvraag.

8.2. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat zij de redenen niet kent waarom een eerder uitgeschreven opdracht waarvoor zij niet had ingeschreven, werd stopgezet, dient te worden vastgesteld dat zij ook hier niet aantoonst waarom dit *prima facie* tot de onwettigheid zou leiden van de thans bestreden beslissing.

8.3. In de mate dat zij aanvoert dat in die stopgezette algemene offerteaanvraag dezelfde drie gunningscriteria werden gehanteerd maar met een andere weging, dat zij in dat kader als eerste zou zijn gerangschikt en dat de nieuwe opdracht enkel werd uitgeschreven om de wegingen te veranderen, zo minder belang te hechten aan de prijs en de opdracht te kunnen gunnen aan het OCMW van Laakdal, toont zij niet aan dat dit laatste de bedoeling was van de aangepaste weging.

Uit de beslissing van 28 april 2011 tot stopzetting van de eerder uitgeschreven algemene offerteaanvraag blijkt trouwens dat deze stopzetting is gemotiveerd door de noodzaak in de technische bepalingen een wijziging aan te brengen bij de samenstelling van de maaltijden, nu het rauw wegen van de bereidingen een onmogelijke keuringsmethode blijkt voor de aanbestedende overheid en moet worden vervangen door de hoeveelheden gewogen na bereiding.

Weliswaar werd tegelijklijk blijkbaar de weging van de criteria gewijzigd maar verzoekende partij toont niet aan dat die nieuwe weging is doorgevoerd met schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het blijkt evenmin dat de nieuwe weging van de gunningscriteria is toegespitst op één specifieke inschrijver. Verzoekende partij gaat er trouwens aan voorbij dat vervolgens een nieuwe opdracht werd uitgeschreven en dus niet uitgesloten kan worden dat andere inschrijvers een offerte indienen of zelfs dat dezelfde inschrijvers met een andere offerte inschrijven of dat andere maaltijden worden beoordeeld. Voorts wordt vastgesteld dat verzoekende partij zelf geen offerte indiende in het kader van de eerdere, stopgezette opdracht, zodat de wijziging van de weging van de gunningscriteria alleszins niet lijkt te kunnen steunen op een eerdere oordeelsvorming van verwerende partij over haar offerte.

8.4. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

9. Verzoekende partij steunt een derde en laatste middel op “de schending van artikel 1 en artikel 2 en artikel 57§1 en artikel 57§4 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn [...] in samenhang met de schending van het materieel motiveringsbeginsel zoals ook bepaald in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...] en de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De bestreden beslissing komt er, aldus verzoekende partij, op neer dat het OCMW van Laakdal maaltijden aan huis zal bedelen aan inwoners van de gemeente Scherpenheuvel-Zichem, die in toepassing van artikel 2 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, ressorteren onder het gebied van verwerende partij en niet onder het gebied van het OCMW van Laakdal.

In toepassing van artikel 1, artikel 2, artikel 57, § 1, en artikel 57, § 4, van de organieke wet van 8 juli 1976 dient het OCMW van Laakdal maatschappelijke dienstverlening te verzekeren aan de inwoners van de gemeente Laakdal. Aldus gunt verwerende partij de opdracht aan een OCMW dat voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdracht buiten de grenzen van zijn wettelijke opdracht dient te treden.

Ook verwijst verzoekende partij naar een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 29 maart 2010 waarbij een OCMW is veroordeeld voor het overtreden van de eerlijke handelspraktijken doordat het betrokken OCMW buiten de grenzen van zijn wettelijke opdracht is getreden, wat volgens het Hof van Beroep een schending uitmaakt van artikel 1 en 57 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

Beoordeling

10.1. Verzoekende partij lijkt voorbij te gaan aan artikel 61 van de organieke wet van 8 juli 1976 dat een OCMW toelaat overeenkomsten te sluiten met een ander OCMW. Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan dat een OCMW dit niet zou mogen doen via een overheidsopdracht. Blijkens het bestek worden de maaltijden trouwens door het OCMW van Scherpenheuvel-Zichem afgehaald bij de gekozen inschrijver en dus door hem huis-aan-huis bedeed. Evenmin lijkt hij aldus zijn beslissingsbevoegdheid te hebben beperkt of uit handen te hebben gegeven.

10.2. Het arrest van 29 maart 2010 van het Hof van Beroep te Gent waarnaar verzoekende partij verwijst leidt niet tot een ander besluit. Dit arrest betreft immers niet de thans aan de orde zijnde problematiek. Het Hof van Beroep

oordeelt in dit arrest dat het betrokken OCMW zijn wettelijk omschreven opdracht heeft overschreden door zonder enige restrictie of welkdanige controle voor eenieder van de betrokken gemeente een collectief aankoopstelsel open te stellen en te organiseren, zonder nader individueel onderzoek naar de noodzaak voor enige persoonlijke materiële bijstand. Er blijkt niet dat dit te dezen ook het geval is.

10.3. In de mate dat in dit middel de schending van de materiële-motiveringsplicht wordt aangevoerd in zoverre deze OCMW-problematiek in de bestreden beslissing niet wordt vermeld, lijkt dit vreemd aan de ingeroepen materiële-motiveringsplicht en veeleer de formele motivering te betreffen. In de mate dat via de verwijzing naar de wet van 29 juli 1991 alsnog de schending van de formele-motiveringsplicht zou worden aangevoerd, wordt niet aangetoond dat de bestreden beslissing op dit punt, dat voordien niet betwist werd, een formele motivering dient te bevatten.

10.4. Het derde middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 maart 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra