

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**  
**VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER**

**A R R E S T**

**nr. 214.713 van 26 juli 2011**  
**in de zaak A. 201.061/XII-6648.**

In zake:           de NV HORESERVI CATERING  
                      bijgestaan en vertegenwoordigd door  
                      advocaten Astrid Clabots en Gert Damiaans  
                      kantoor houdend te 3500 Hasselt  
                      Kolonel Dusartplein 34, bus 1  
                      bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

                      het GEMEENSCHAPSONDERWIJS, vertegenwoordigd door  
                      SCHOLENGROEP KEMPEN  
                      bijgestaan en vertegenwoordigd door  
                      advocaten Noël Devos en Guido Van den Eynde  
                      kantoor houdend te 2440 Geel  
                      Diestseweg 155  
                      bij wie woonplaats wordt gekozen

-----

*I. Voorwerp van de vordering*

1.               De vordering, ingesteld op 13 juli 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 29.06.2011 van de Scholengroep Kempen [...] met intrekking van eerdere beslissing dd. 01.06.2011 (waarin werd beslist de opdracht te gunnen aan Sodexo Belgium NV [...] tegen de voorgestelde eenheidsprijzen vermeld in de offerte van deze inschrijver [...]) en waarin andermaal werd beslist de opdracht te gunnen aan Sodexo Belgium NV [...] tegen de voorgestelde eenheidsprijzen vermeld in de offerte van deze inschrijver”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 juli 2011, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gert Damiaans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Cauwenberghs, die loco advocaat Guido Van den Eynde 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. Scholengroep Kempen schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van leveringen, in de aankondiging genaamd “Productie en leveren van maaltijden volgens het principe van de koude lijn”. Het bijzonder bestek nr. 2011/01 is toepasselijk en de geraamde waarde van deze opdracht bedraagt 7.509.000 euro, btw niet inbegrepen.

4. Blijkens artikel I.1 van het bestek gaat het om het leveren van maaltijden in koude lijn aan scholen/kinderdagverblijven verspreid over scholengroepen 1, 3, 7, 11, 13, 14 en 16 van het gemeenschapsonderwijs en vermeld in een bijgevoegde indicatieve lijst.

De opdracht is vastgesteld voor een periode van 3 jaar, jaarlijks opzegbaar en is maximaal met 1 jaar verlengbaar.

Artikel I.5 betreft de kwalitatieve selectie en vereist inzake de technische bekwaamheid onder meer de bijvoeging van een document 13 “opdrachtnemer implementeert in de scholen een autocontrolesysteem (bij te voegen document schema ACS). Daarnaast voorziet hij in een opleidingstraject voor het keukenpersoneel. (schema opleidingstraject)”.

Artikel I. 10 bevat de volgende gunningscriteria :

#### “I.10 GUNNINGSCRITERIA

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

##### 1. Prijs: 50 Punten

In de opgegeven prijzen dienen volgende elementen vervat te zijn : voedingskost, personeelskost, transportkost, investeringskost en andere kosten (recycleerbare wegwerpverpakking, onderhoud- en vaatwasproducten, afvalverwerking, hygiëneartikelen, keukenlinnen en kledij van het personeel, ratten- en insectenbestrijding, technisch onderhoud van de toestellen, ledigen van vetput(ten), kosten nutsvoorzieningen en verzekeringen.....)

De prijzen worden opgegeven exclusief BTW. De inschrijver dient het toegepast BTW-tarief afzonderlijk te vermelden.

De inschrijver moet alle nodige inlichtingen verstrekken om de opdrachtgevende overheid in staat te stellen de aangeboden prijzen te onderzoeken.

De opdrachtgever vraagt om te streven naar een prijs die acceptabel is t.o.v. het gemiddeld sociaal profiel van de leerlingen. Het succes van de schoolmaaltijd wordt in aanzienlijke mate mee bepaald door de redelijke kostprijs.

##### 2. Kwaliteit en smaak: 50 Punten

-Samenstelling en diversiteit van de voorgestelde maaltijden.

Beoordeling zal gebeuren op basis van de ingediend maandmenu's. (10 punten)

-Ter beoordeling van het criterium kwaliteit en smaak zal er een comité worden samengesteld

(Algemeen directeurs, directies, leerkrachten, kinderen...).

Intekenaars zullen 1 soep en 4 hoofdgerechten aanbieden, die identiek zijn aan de gerechten die zij normaal in de scholen aanbieden.

De soep : tomatensoep

De vier gerechten zijn

- worst — rode kool — natuuraardappelen

- cordon bleu — gegratineerde bloemkool — gebakken aardappelen

- visfilet — puree — broccoli

- macaroni kaas en ham.

De proeverij zal plaats vinden in de Salons van het 't Stokthofs, Koningin Astridlaan 58 te 2300 Turnhout. Dag en uur wordt later meegedeeld.

De proeverij zal blind gebeuren. De gerechten zullen beoordeeld worden op:

- presentatie — uitzicht — consistentie (7,5 punten)
- geur (7,5 punten)
- smaak (kruiding, bereidingswijze, cuisson..... ) (15 punten)

De blindproeverij telt voor 30 punten mee in de beoordeling van het criterium kwaliteit en smaak.

- Daarnaast zal er uit de ingediende referentielijst een willekeurige school of instelling gekozen worden waar, in de periode tussen 01/04/2011 en 31/05/2011, ter plaatse het dagmenu zal geproefd worden. De delegatie die ter plaatse komt bestaat uit 6 personen.

Naast de evaluatie op gebied van presentatie, geur en smaak, zal er ook het functioneren en de samenwerking met de betrokken cateraar besproken worden met de verantwoordelijke van de bezochte school of instelling.

Proeverij ad hoc telt voor 10 punten mee.

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

Artikel I.12 bepaalt dat het bestuur de “economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte” kiest.

5. De aankondiging van de opdracht wordt op 4 februari 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 9 februari 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

6. De offertes worden geopend op 29 maart 2011. Blijkens het verslag van nazicht dienen de verzoekende partij, Scholengroep Brussel Agape en de NV Sodexo Belgium een offerte in.

7. De blindproeverij vindt plaats op 4 mei 2011 in de Salons van 't Stokthof te Turnhout. Dit zou de afdeling hotel-restaurant van het KTA Molenhof zijn.

In een e-mail van 20 april 2011 deelt Scholengroep Kempen mee dat een twintigtal personen deel uitmaken van het proefpanel, en dat voor iedere inschrijver een regeneratieoven is voorzien. In een e-mail van 2 mei 2011 wordt meegedeeld dat “het uiteindelijk aantal proefpersonen voor de smaakproef 30 is”.

Dit lijkt verband te houden met het feit dat 7 leerlingen van het 7<sup>e</sup> specialisatiejaar banketaannemer-traiteur van de hotelschool 't Stoktshof, onder begeleiding van een leerkracht BP en TC en de technisch adviseur-coördinator, worden ingeschakeld voor het dekken van de tafels, het onthaal van het proefpanel en voor de bediening van de maaltijden en verder dat zij, ter realisatie van de leerplandoelstellingen degustatie, beoordeling en opwaardering van maaltijden, de proefmaaltijden, volgens een verklaring van de technisch adviseur-coördinator in een aparte setting, proefden. In dit e-mail bericht van 2 mei 2011 wordt verder iedere inschrijver gevraagd zijn eigen microgolfoven mee te brengen omdat men ook een gedeelte van de maaltijden wil opwarmen met een microgolfoven.

8. In een verslag van nazicht van 25 mei 2011 worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes regelmatig bevonden. De offertes worden vervolgens als volgt vergeleken en gerangschikt :

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

| NR.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | NAAM                          | MOTIVERING                                                | SCORE |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|-----------------------------------------------------------|-------|
| Gunningscriterium nr. 1: Prijs<br>Beoordeling op 50 punten<br>In de opgegeven prijzen dienen volgende elementen vervat te zijn : voedingskost, personeelskost, transportkost, investeringskost en andere kosten (recycleerbare wegwerpverpakking, onderhoud- en vaatwasproducten, afvalverwerking, hygiëneartikelen (handschoenen, maskers, hoofddeksels), keukenlinnen en kledij van het personeel, ratten- en insectenbestrijding, technisch onderhoud van de toestellen, kosten nutsvoorzieningen en verzekeringen. De prijzen worden opgegeven exclusief BTW.<br>De inschrijver dient het toegepast BTW-tarief afzonderlijk te vermelden. De inschrijver moet alle nodige inlichtingen verstrekken om de opdrachtgevende overheid in staat te stellen de aangeboden prijzen te onderzoeken. De opdrachtgever vraagt om te streven naar een prijs die acceptabel is t.o.v. het gemiddeld sociaal profiel van de leerlingen. Het succes van de schoolmaaltijd wordt in aanzienlijke mate mee bepaald door de redelijke kostprijs. |                               |                                                           |       |
| 1                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | HORESERVI CATERING NV         | (€ 6.792.233,02 / € 6.792.233,02) *<br>50 = 50            | 50    |
| 3                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | SODEXO Belgium NV             | (€ 6.792.233,02 / € 7.037.999,32) *<br>50 = 48,25 = 48,25 | 48,25 |
| 2                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | SCHOLENGROEP BRUSSEL<br>AGAPE | (€ 6.792.233,02 / € 7.253.090,00) *<br>50 = 46,82 = 46,82 | 46,82 |
| Gunningscriterium nr. 2: Kwaliteit en smaak<br>Beoordeling op 50 punten<br>- Samenstelling en diversiteit van de voorgestelde maaltijden. - aard en graad van de                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                               |                                                           |       |

door de inschrijver voorgestelde garanties inzake samenstelling, diversiteit en compatibiliteit met het project gezonde voeding - wijze van presentatie van de maaltijden. Ter beoordeling van het criterium kwaliteit en smaak zal er een comité worden samengesteld. Dit comité zal in de scholen waar de inschrijver de catering in koude lijn waarneemt een aantal gerechten proeven. Deze proeverij zal bestaan uit een gegratineerd gerecht, een gepaneerd gerecht, een gebakken gerecht en een gestoomd gerecht. De kosten van deze proeverij vallen ten laste van de opdrachtgever. Van deze proeverij wordt een verslag gemaakt waarin alle aspecten van de genuttigde gerechten aan bod komen. De inschrijver bezorgt bij de intekening een referentielijst van scholen waar de te proeven maaltijden kunnen genuttigd worden.

|   |                               |       |
|---|-------------------------------|-------|
| 3 | SODEXO Belgium NV             | 47,3  |
| 1 | HORESERVI CATERING NV         | 42,72 |
| 2 | SCHOLENGROEP BRUSSEL<br>AGAPE | 38,77 |

4. Bijkomende motivering: Beoordeling gunningcriteria kwaliteit en smaak.

Het criterium smaak en kwaliteit werd in fasen beoordeeld.

1. Ontleding van de aangeboden maandmenu : 10 punten.

2. Blindproeverij : 30 punten

3. Proeverij ad hoc: 10 punten.

4.1. Samenstelling en diversiteit van de voorgestelde maaltijden.  
(10 punten)

De bijgevoegde maandmenu's van de drie firma's geven blijk van creativiteit en variatie zonder daarom de nutriciteit van de maaltijd uit het oog te verliezen.

Alle drie de firma's verdienen op dit onderdeel dan ook 10 punten.

Agape: 10 punten

Horeservi: 10 punten

Sodexo: 10 punten

4.2. Blindproeverij

- Tijdens blindproeverij van de maaltijden werden de gepresenteerde maaltijden beoordeeld op 3 criteria:

- presentatie - uitzicht - consistentie : 7,5 punten

- geur: 7,5 punten

- smaak (kruiding - bereidingswijze - cuisson): 15 punten

Totaal blindproeverij : 30 punten.

Aan elke proefpersoon van het proefpanel werd een evaluatieformulier gegeven. Er werd gevraagd om elke gepresenteerd gerecht te beoordelen op presentatie, geur en smaak.

De firma die het best scoorde op een onderdeel kreeg het cijfer 1, de tweede beste firma kreeg quotering 2 en de derde beste firma kreeg het cijfer 3.

Het was mogelijk om firma's gelijkwaardig te beoordelen op een onderdeel.

Algemene scores blindproeverij

1. Sodexo: 535 punten

2. Horeservi 607 punten

### 3. Agape 641 punten

Deze scores geven een eerste indicatie maar moeten verder gedetailleerd worden.

Scores deelaspecten

|                     | Presentatie<br>Leerlingen<br>Dir. + 1krm. | Geur<br>Leerlingen<br>Dir. + 1krm. | Smaak<br>Leerlingen<br>Dir. + 1krm. | Totaal<br>Leerlingen<br>Dir. + 1krm. |
|---------------------|-------------------------------------------|------------------------------------|-------------------------------------|--------------------------------------|
| Agape<br>Totaal     | 93 216<br>209                             | 94 120<br>214                      | 95 123<br>218                       | 641                                  |
| Horeservi<br>Totaal | 71 114<br>185                             | 79 122<br>201                      | 81 140<br>221                       | 607                                  |
| Sodexo<br>Totaal    | 79 111<br>190                             | 79 99<br>178                       | 78 89<br>167                        | 535                                  |

#### Presentatie (7,5 punten)

1. Horeservi: 185 punten 7,5
2. Sodexo: 190 punten 7,3
3. Agape: 209 punten 6,64

Er moet hier wel een kanttekening geplaatst worden.

De presentatie van Horeservi was niet conform de presentatie op de scholen.

#### Geur (7,5 punten).

1. Sodexo: 178 punten 7,5p.
2. Horeservi: 201 punten 6,64 p.
3. Agape: 214 punten 6,24p.

Leerlingen plaatsen Sodexo en Horeservi op gelijke hoogte dit in tegenstelling tot de directie en leerkrachten.

#### Smaak (15 punten)

1. Sodexo: 167 punten 15p.
2. Agape : 218 punten 11,49p.
3. Horeservi: 221 punten 11,33 p.

Beide groepen van het proefpanel geven Sodexo de meeste punten op het gebied smaak.

Totale score

|           | PRESENTATIE<br>7,5 | GEUR<br>7,5 | SMAAK<br>15 | TOTAAL<br>30 |
|-----------|--------------------|-------------|-------------|--------------|
| AGAPE     | 6,64               | 6,24        | 11,49       | 24,37        |
| HORESERVI | 7,5                | 6,64        | 11,33       | 25,47        |
| SODEXO    | 7,3                | 7,5         | 15          | 29,8         |

#### Rangschikking per gerecht

| Beoordeling per gerecht | AGAPE | HORESERVI | SODEXO |
|-------------------------|-------|-----------|--------|
| Tomatensoep             |       |           |        |

|                                      |     |   |     |   |     |   |
|--------------------------------------|-----|---|-----|---|-----|---|
| Leerlingen                           | 57  | 3 | 49  | 2 | 37  | 1 |
| Directie en Leerkrachten             | 74  | 3 | 70  | 2 | 63  | 1 |
| Rode kool – worst – natuuraardap.    |     |   |     |   |     |   |
| Leerlingen                           | 62  | 3 | 41  | 1 | 42  | 2 |
| Directie en leerkrachten             | 86  | 3 | 83  | 2 | 43  | 1 |
| Cordon bleu – bloemkool – geb. aard. |     |   |     |   |     |   |
| Leerlingen                           | 57  | 3 | 53  | 2 | 42  | 1 |
| Directie en leerkrachten             | 72  | 2 | 81  | 3 | 52  | 1 |
| Visfilet – broccoli –puree           |     |   |     |   |     |   |
| Leerlingen                           | 54  | 2 | 45  | 1 | 61  | 3 |
| Directie en leerkrachten             | 56  | 1 | 76  | 3 | 73  | 2 |
| Macroni Kaas/ham                     |     |   |     |   |     |   |
| Leerlingen                           | 52  | 2 | 43  | 1 | 54  | 3 |
| Directie en leerkrachten             | 71  | 3 | 66  | 1 | 68  | 2 |
| TOTAAL                               | 641 |   | 607 |   | 535 |   |

#### 4.3 Proeverij ad hoc

Doel van de proeverij ad hoc is na te gaan in hoeverre de gepresenteerde maaltijden van de blindproeverij overeenstemmen met de maaltijden die in de scholen worden gegeven. (maaltijdproeverij ad hoc 5 punten)

Daarnaast wordt de samenwerking met de betreffende cateraar onderzocht (5 punten) op het vlak van:

- bestellingen (hoe, wanneer, correcties, stipte leveringen)
- variatie van maaltijden
- is er een overlegorgaan (menucommissie) — is er inspraak in het menu
- zijn er promotionele acties (wat - wanneer — hoe — worden deze acties pedagogisch/didactisch ondersteund)
- hoe ervaren de keukenmedewerkers de samenwerking met de huidige cateraar
- hoe wordt de verpakking verwerkt.

Agape: 4,4/10 (werking : 2,4/5 maaltijd : 2/5)

Commentaar: weinig soepel bestelsysteem, geen menucommissie (1 persoon = aanspreekpunt), preisoep = stevig gepeperd  
macaroni is smaakloos.

Horeservi: 7,25/10 (werking 3,5/5 maaltijd 3,75/5)

Commentaar: flexibele menusamenstelling, vele veiligheidscontroles, menucommissie komt geregeld samen, cateraar doet promoacties bij contactavonden.

Maaltijd : bloemkoolsoep (smaakt eerder kunstmatig)  
vispannetje en spinaziepuree is correct.

Sodexo: 7,5/10 (werking 4/5 maaltijd 3,5/5)

Commentaar: diverse directies ervaren de samenwerking als zeer positief. Wensen nog meer inspraak in samenstelling van de menu's.

Maaltijd : waren geen opmerkingen.

# Overzicht globale score smaak en kwaliteit

|             | Maandmenu | Blindproeverij | Proevrij ad hoc | Totaal |
|-------------|-----------|----------------|-----------------|--------|
|             | 10 p.     | 30 p.          | 10 p.           | 50 p.  |
| Agape :     | 10        | 24,37          | 4,4             | 38,77  |
| Horeservi : | 10        | 25,47          | 7,25            | 42,72  |
| Sodexo :    | 10        | 29,80          | 7,50            | 47,30  |

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

| NR | NAAM                          | SCORE | PRIJS INCL. BTW * |
|----|-------------------------------|-------|-------------------|
| 3  | SODEXO BELGIUM NV             | 92,55 | € 7.037.999,32    |
| 1  | HORESERVI CATERING NV         | 92,72 | € 6.792.233,02    |
| 2  | SCHOLENGROEP BRUSSEL<br>AGAPE | 85,59 | € 7.253.090,00    |
|    |                               |       |                   |

\* Nagerekende bedragen”.

Er wordt op basis van die vergelijking voorgesteld de opdracht te gunnen aan de NV Sodexo Belgium als “firma met de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte”.

Bij dit verslag van nazicht zijn 21 fiches met een beoordeling van de blindproeverij gevoegd : 9 van leerlingen en 12 van leerkrachten en directie.

9. De raad van bestuur van Scholengroep Kempen beslist op 1 juni 2011 de gunning van de opdracht aan de n.v. Sodexo Belgium goed te keuren.

10. Met een brief van 6 juni 2011 deelt Scholengroep Kempen aan de verzoekende partij mee dat zij de opdracht op 1 juni 2011 heeft gegund aan de NV Sodexo Belgium. De gunningsbeslissing van 1 juni 2011 en het verslag van nazicht worden bijgevoegd.

11. In een aangetekende brief van 14 juni 2011 en in een e-mail van 15 juni 2011 verwijst de verzoekende partij naar deze kennisgeving, naar het verslag van nazicht meer bepaald het gedeelte “gunningscriterium n° 2 : kwaliteit en smaak” en vraagt zij de evaluatiematrix mee te delen welke ertoe leidde de diverse scores te bepalen. In een e-mail van 15 juni 2011 antwoordt Scholengroep Kempen verbaasd te zijn door deze vraag nu de informatie in het gunningsverslag vrij duidelijk leek, en geeft zij enige verduidelijking.

12. De verzoekende partij dient op 21 juni 2011 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen deze gunningsbeslissing van 1 juni 2011. Dit is de zaak gekend onder het rolnummer G/A. 200.715/XII-6626.

13. De raad van bestuur van Scholengroep Kempen trekt vervolgens bij besluit van 29 juni 2011, eensdeels, de gunningsbeslissing van 1 juni 2011 in “[a]angezien de motivering weergegeven in het gunningsverslag niet opgenomen werd in de beslissing en de beslissing onder meer omwille van schending van de formele motiveringsplicht bestreden werd voor de Raad van State” en gunt, anderdeels, in wat gekwalificeerd wordt als een nieuwe beslissing, de opdracht opnieuw aan de NV Sodexo Belgium, hetgeen vervolgens wordt gemotiveerd met een samenvatting van het verslag van nazicht van 25 mei 2011. Daarbij wordt de vergelijking van de offertes bijna volledig hernomen met de scores en de eindrangschikking van het verslag van nazicht, en de conclusie dat de offerte van Sodexo de meest voordelige regelmatige offerte is rekening houdend met de gunningscriteria vermeld in het bestek. Tegelijk wordt beslist een nieuwe wachtperiode na te leven na kennisgeving van die beslissing.

Dit is de thans bestreden beslissing.

14. Met een brief gedateerd op “6 juni 2011” deelt Scholengroep Kempen aan de verzoekende partij deze beslissing mee. Overeenkomstig artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten wordt een wachtperiode van 15 dagen toegekend.

De verzoekende partij stelt de bestreden beslissing op 30 juni 2011 te hebben ontvangen.

15. Op 13 juli 2011 dient verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

16. Bij arrest nr. 214.637 van 14 juli 2011 verwerpt de Raad van State de vordering in de zaak G/A. 200.715 als zonder voorwerp en zonder belang voor de verzoekende partij.

#### *IV. Ontvankelijkheid*

17. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering niet.

18. In de mate de vordering ook gericht is tegen de in de beslissing van 29 juni 2011 vervatte intrekking van de gunningbeslissing van 1 juni 2011 wordt in de huidige stand van het geding ambtshalve vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering op dat punt.

De vordering wordt in zoverre verworpen.

#### *V. De schorsingsvoorwaarden*

19. 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 driefvoudige 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.

20. Evenwel is 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 te dezen van toepassing.

Luidens het in de wet 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, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

#### *VI. Onderzoek van de middelen*

22. In het kader van de verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan de Raad van State enkel een prima facie onderzoek van de middelen, verrichten, zoals deze zich in een eerste lezing tot hun essentie laten herleiden, zonder noodzakelijk op elk onderdeel ervan te moeten ingaan.

#### *A. Eerste middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

23. Verzoekende partij formuleert het eerste middel als volgt :

“Het eerste middel is gebaseerd op de schending van het gelijkheidsbeginsel, van het verbod om het bestek op maat te schrijven van één kandidaat en van art. 1§1 Overheidsopdrachtenwet [lees de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming voor aanneming van werken, leveringen en diensten].

Doordat de beoordeling van de gunningscriteria op maat van de firma SODEXO is gebeurd, die op dit ogenblik al op bij SCHOLENGROEP KEMPEN aangesloten locaties opdrachten uitvoert.

Terwijl art. 10 GW voorziet dat alle Belgen gelijk zijn voor de wet.

Terwijl art. 11 GW voorziet dat het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend zonder discriminatie moet verzekerd worden.

Terwijl het verboden is om het bestek op maat van één van de kandidaten te schrijven.

En terwijl tenslotte in art. 1§1 Overheidsopdrachtenwet is voorzien dat overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten worden gegund na mededinging”.

In de toelichting stelt de verzoekende partij vooreerst dat “Uit verschillende elementen in het dossier blijkt dat SCHOLENGROEP KEMPEN alleszins reeds op voorhand de intentie had om het dossier in ieder geval te gunnen aan SODEXO; beide gunningscriteria werden beoordeeld ‘naar de hand van’ SODEXO”.

Vervolgens gaat de verzoekende partij eerst omstandig in op de beoordeling van het gunningscriterium “prijs”. Haar prijs zou “all-inn” zijn terwijl Sodexo op verschillende vlakken - autocontrolesysteem, kwaliteitsverantwoordelijke, assortiment dessert en gebruik centrale keuken - meerkosten aanrekent en “welke zij nadien optioneel zal aanrekenen” en waarmee in de prijsvergelijking geen rekening is gehouden. Met verwijzing naar een als stuk 11 voorgelegd krantenartikel voert zij in dit kader ook aan dat er sprake is van een gemiddelde maaltijdprijs van 3 euro, hetgeen niet overeenkomt met wat zij aanbood en dat blijkbaar de facto met Sodexo onderhandeld werd.

Inzake de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit en smaak” stelt de verzoekende partij dat de criteria samenstelling en diversiteit, blindproeverij en proeverij ad hoc “naar de hand van Sodexo werden gezet”. Concreet werpt zij op dat dat Sodexo reeds geruime tijd andere opdrachten uitvoert voor de verwerende partij, verwijst zij naar de vermelding bij de resultaten van de ad hoc proeverij “diverse directies ervaren de samenwerking [met Sodexo] als zeer positief” en stelt zij dat de verplichte proefsessie gebeurde met een Burlodge oven waarmee Sodexo reeds vertrouwd was, dat men zeer goed wist welke maaltijden door wie werden geserveerd nu er vooraf geen loting was georganiseerd, dat een aantal leerkrachten en /of directieleden ook geregeld in de keuken zijn komen kijken en dat bij de beoordeling de leerlingen soms werden beïnvloed door een leerkracht. Verder voert verzoekende partij aan dat in het lastenboek was opgenomen dat een menu bestaande uit o.m. worst deel uitmaakte van de proeverij

zonder dat het bestek de samenstelling ervan nader omschreef, en dat de eters gevogelte- en varkensworst dienden te beoordelen hetgeen niet kan leiden tot een objectieve vergelijking.

Tenslotte voert zij aan dat in de oorspronkelijke beslissing werd verwezen naar een “goedkeuring” dd. 1 juni 2011 “zodanig dat de eigenlijke beslissing, waarvan vooreerst om schorsing van uitvoering ervan bij UDN werd verzocht, in feite dateert van 06.06.2011, terwijl er op 01.06.2011 al beslist zou zijn geweest – dus in een eerdere, voorafgaande beslissing – dat de opdracht aan SODEXO gegund zou worden. Deze opmerking geldt blijvend voor wat betreft de thans bestreden beslissing”.

Zij concludeert :

“Het is dan ook duidelijk dat SODEXO bij de toetsing van de gunningscriteria op allerhande wijze werd bevoordeeld :

1. Prijs : er werd geen rekening gehouden met de vele optionele prijzen, posten welke in de offerte van HORESERVI inbegrepen zijn ! De facto ligt de prijs van SODEXO zelfs nog hoger waarmee de all-in prijs van verzoekster nog voordeliger blijkt te zijn en waarmee verzoekster van de 50 te verdienen punten behoorde hoger te hebben gescoord ! Wanneer men in het eindresultaat ziet dat het verschil in punten tussen HORESERVI en SODEXO 2.83 bedraagt, is dit zeer betekenisvol en is het duidelijk dat mocht men de prijsvergelijking correct hebben doorgevoerd de opdracht aan HORESERVI zou zijn toegekomen !
2. Kwaliteit en smaak : met voorkennis kon SODEXO zich bedienen van geëigend keukenmateriaal, materiaal waarvan de andere inschrijvers zich niet konden bedienen.
3. De beoordelingen in het voordeel van SODEXO werden grotendeels door personeel gegeven, welke volstrekt op de hoogte waren over WIE WELKE gerechten serveerde”.

### *Beoordeling*

24. In de mate wordt aangevoerd dat het verboden is het bestek op maat van één van de kandidaten te schrijven, wordt niet concreet aangegeven, laat staan uiteengezet, welke bestekbepaling als dusdanig op maat van Sodexo werd geschreven.

In zoverre wordt het middel verworpen.

De in de toelichting vermelde elementen waaruit de verzoekende partij de bevoordeling van Sodexo afleidt, betreffen de bevoordeling die volgens haar zou zijn gebeurd bij de toetsing van de offertes zelf aan de gunningscriteria.

25. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou onttrokken zijn aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

26. Inzake de beoordeling van het gunningscriterium “prijs” voert de verzoekende partij vooreerst op basis van een krantenartikel aan dat er sprake is van een gemiddelde maaltijdprijs van 3 euro, hetgeen niet overeenkomt met wat zij aanbood en dat blijkbaar de facto met Sodexo onderhandeld werd wat “meteen [verduidelijkt] waarom men in het krantenartikel gewag maakt van een maaltijdprijs van 3,00 EUR. Prijs of kost die in geval van aanlevering door verzoekster nooit het geval zou zijn ! Bij Sodexo wel ...”.

De enkele passage in een krantenartikel “Zij zaten, samen met zes andere scholengroepen, mee in de onderhandelingen met SODEXO” volstaat niet prima facie om aan te nemen dat te dezen bij de gunning effectief “de facto onderhandeld” werd “met Sodexo”. De verzoekende partij toont dit verder niet concreet aan en het administratief dossier bevat daarvoor evenmin concrete aanwijzingen.

In de mate de verzoekende partij in het gewag maken in dit krantenartikel van een maaltijdprijs van 3 euro een bewijs ziet dat de prijs van Sodexo hoger zal zijn dan deze waarmee in de vergelijking rekening werd gehouden en dat een aantal meerkosten daarin niet zijn begrepen, blijkt niet prima facie hoe dit uit deze verklaring afgeleid kan worden.

27. In de mate de verzoekende partij de inhoudelijke beoordeling van het criterium “prijs” betwist, mist deze grief om de volgende redenen prima facie feitelijke grondslag.

28. Vooreerst voert de verzoekende partij daartoe aan dat in haar prijs alle kosten inzake kwaliteitsopvolging zijn inbegrepen terwijl dit bij Sodexo niet het geval is aangezien uit p. 48 tot 52 van de offerte van Sodexo volgt dat stappen 2 – 5 en 6 van de implementatie van haar autocontrolesysteem zoals de verderzetting van de functie van kwaliteitsverantwoordelijke optioneel zijn en niet inbegrepen in de maaltijdprijs.

In de huidige stand van het geding kan vastgesteld worden dat de offerte van Sodexo op p. 42 van haar offerte in deel 10 c “beschrijving van de procedure autocontrole” en dat gevoegd is bij het deel “Technische bekwaamheid” van de inschrijver. Vereiste bewijsstukken (selectiecriteria) (p. 37 e.v.) op p. 42 e.v. de voedselveiligheid binnen de centrale keuken beschrijft en het eigen volledig gecertificeerde autocontrolesysteem dat bestaat uit het uitvoeren van risico-analyse met een HACCP plan en ABC Food Safety gids als resultaat, de organisatie van opleidingen, het realiseren van autocontrole, externe controles, producttraceerbaarheid en beheer van voedselincidenten en – alarmen.

Pagina 47 e.v. van de offerte van Sodexo bevat vervolgens een beschrijving van de werkwijze voor “het autocontrolesysteem van uw schoolkeuken, zodat uw schoolkeuken voldoet aan de inspecties van het FAVV (= Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen)”. In dat laatste kader verwijst Sodexo naar de terbeschikkingstelling per schoolkeuken van de “Autocontroleplannen voor Grootkeukens en Verzorgingsinstellingen”, naar de implementatie leidraad “ABC Leveringskeuken Koude Lijn” en het opgemaakt HACCP-plan per schoolkeuken op basis van de voorgestelde frequentie alsook naar de uitwerking per prioriteit van een volledig opleidingstraject. Een van die opleidingen is het “ABC Goede Hygiënische Praktijken en Autocontrole”, opleiding bestemd voor elke medewerker van de schoolkeuken maar tevens voor de directie van de schoolkeuken. Dit zijn, kort samengevat, de stappen 1, 3 en 4 in

de “schematische voorstelling voor de implementatie van het autocontrolesysteem” op p. 48 van die offerte.

Daarnaast wordt als optie verwezen naar de verificatie van het huidig toegepast autocontrolesysteem op basis van een specifieke checklist, alsook naar de opvolging van de implementatie via een specifieke checklist en de continue opvolging van het autocontrolesysteem op uw schoolkeuken – dit zijn stappen 2, 5 en 6, en wordt vermeld “Bij de aanstelling van de kwaliteitsverantwoordelijke kunnen de aangeboden opties verwezenlijkt worden” (zie met name p. 48).

In de huidige stand van het geding kan dan ook worden aangenomen dat de andere stappen inzake het autocontrolesysteem – de voornoemde stappen 1, 3 en 4 in de prijs inbegrepen zijn.

Aangezien uit niets blijkt dat de verwerende partij voor deze optie koos, lijkt prima facie met die meerprijs verder terecht geen rekening te zijn gehouden in de prijsvergelijking.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat aldus werd afgeweken van het bestek.

Het bestek bepaalt in artikel I.5. dat de inschrijver in de scholen een autocontrolesysteem installeert en daarnaast voorziet in een opleidingstraject voor het keukenpersoneel. Om de voornoemde redenen lijkt Sodexo dit te doen en aldus lijkt de gevraagde implementatie in de scholen van een autocontrolesysteem, anders dan de verzoekende partij stelt, in de prijs van Sodexo begrepen. In deel 13 a “Autocontrolesysteem” van de offerte (p. 97 e.v.) gaat Sodexo opnieuw in op het autocontrolesysteem (schema ACS) : er wordt verwezen naar de eerdere beschrijving van de procedure autocontrole en de handleiding Autocontrole-systeem wordt bijgevoegd. In deel 13 b (p. 167 e.v.) wordt ingegaan op het opleidingstraject keukenpersoneel. Voor het opleidingstraject met betrekking tot autocontrole, wordt verwezen naar de beschrijving van de procedure autocontrole in deel 10c. Er wordt daarbij ook voorgesteld de keukenploegen van de verschillende scholen bepaalde opleidingen te laten volgen, opleidingstraject dat in overleg zal worden bepaald.

In de mate de verzoekende partij stelt dat wanneer er een aantal opleidingen gegeven worden met betrekking tot een autocontrolesysteem “het meer dan logisch is” dat er naderhand ook een opvolging is van de implementatie ervan, kan in de huidige stand van het geding volstaan worden met de vaststelling dat de verzoekende partij inzake de opvolging van de implementatie van het autocontrolesysteem zelf stelt : “dat was inderdaad niet expliciet gevraagd in het lastenboek”.

29. Sodexo omschrijft op p. 226 van de offerte wat de voornoemde functie van kwaliteitsverantwoordelijke omvat, stelt dat deze functie van groot belang is en stelt voor “om dit verder te zetten vanaf september 2001”. “Indien u voor deze optie kiest”, zal maandelijks 5.291 euro plus 6 % BTW aangerekend worden. De verzoekende partij verwijst met name naar de volgende elementen in deze functieomschrijving : het uitvoeren van autocontrole, de eventuele nalevering bij een foutief gelopen bestelling, de opvolging leveringsroutes en de bespreking met de directie van menu’s en prijsoffertes voor schoolfeesten, en leidt daaruit af dat dit niet, zoals vereist, in de prijs voorzien is.

In de mate zij hieruit afleidt dat de implementatie van de autocontrole niet zonder meerprijs in de maaltijdprijs begrepen is, werd dit reeds besproken.

Artikel III.1 van het bestek bepaalt onder meer :

“De opdrachtnemer maakt een beschrijving van de technische uitrusting van de onderneming en van de organisatie van de catering.

Bij de beschrijving van de organisatie wordt er vertrokken van de aankoop van de grondstoffen (traceerbaarheid), het productieproces, de bestelprocedure en de leveringen.

Inschrijver specificeert of hij gebruik wenst te maken van de bestaande structuren (centrale keuken) in Diest.”

en

“Installatie van een overlegorgaan-menucommissie.

Op regelmatige tijdstippen (vier maal per jaar) zal er over de samenstelling van de menu’s vergaderd worden. Tevens worden de geserveerde menu’s van de voorbije periode geëvalueerd. Inschrijver biedt

ook themamenu's aan (Carnaval, Pasen, Sinterklaas, Halloween e.d.). Deze themamenu's worden tegen de normale menuprijs aangeboden.

Op deze vergaderingen is er een vertegenwoordiger van de opdrachtnemer aanwezig”.

Uit het feit dat de functie van kwaliteitsverantwoordelijke bij Sodexo optioneel is, kan niet prima facie afgeleid worden, zoals de verzoekende partij doet, dat een meerprijs wordt aangerekend voor de besprekingen over menu's, naleveringen en opvolging leveringsroutes. In de offerte van Sodexo (p. 44 en p. 148 – 149) wordt trouwens verwezen naar de eigen regels inzake traceerbaarheid, en wordt ingegaan op het belang van de restaurantcommissie bestaande “uit afgevaardigden van de school, afgevaardigden van de medewerkers, eventueel van de vakbond en “twee leden van Sodexo” (p. 252).

In de mate de verzoekende partij uit dit voorstel van Sodexo de functie van kwaliteitsverantwoordelijke verder te zetten, afleidt dat zij er al van uit gaat dat het contract verder gezet wordt, toont zij niet aan hoe dit een bevoordeling van Sodexo aantoonst laat staan dat de prijsvergelijking verkeerd gebeurde.

30. Vervolgens werpt de verzoekende partij in verband met de beoordeling van het gunningscriterium prijs op dat Sodexo voor het assortiment dessert een prijs van 0,34 euro vraagt (p. 255 van haar offerte ), wat in strijd is met artikel III.1 van het bestek dat aangepaste menu's zonder supplementaire meerkost worden aangeboden en waarvoor bij de verzoekende partij geen meerkost wordt gevraagd.

Dit artikel III.1 bepaalt onder meer :

“een menu bestaat uit soep – hoofdgerecht – dessert.

De menu's zijn nutritioneel evenwichtig samengesteld.

Het dessert bestaat uit een stuk fruit of een zuivelproduct”.

-Opdrachtnemer biedt ook volgende menu's aan:

-vetarm : 7/dag (\*)

-varkensvrij: 450/dag (\*)

-vegetarisch : 20/dag (\*)

-arachidevrij : 1/dag (\*)

-glutenvrij : 2/dag (\*)

-melkvrij : 8/dag (\*)

-aanbieden van aangepaste desserts

(\*) = indicatieve hoeveelheid die momenteel dagelijks wordt aangekocht.

Deze menu's worden tegen de gangbare prijs aangeboden, zonder supplementaire meerkost."

Sodexo geeft op p. 255 van haar offerte de factuuratieprijs van de maaltijden (in euro) en vermeldt daar afzonderlijk "assortiment dessert". Hieruit blijkt echter niet prima facie dat voor deze aangepaste menu's en het aanbieden van aangepaste desserts bedoeld in artikel III.1, een meerkost wordt aangerekend. Het lijkt veeleer te gaan om een extra aanbod desserts, hetgeen niet werd gevraagd en dus niet werd betrokken in de prijsvergelijking op basis van de prijzen vermeld in Bijlage B Inventaris bij het bestek en bij elke offerte. Dat het gewone dessert in de maaltijdprijs begrepen is, lijkt ook afgeleid te kunnen worden uit de offerte van Sodexo die op p. 65 onder het assortiment voor de school vermeldt dat middagmaal bestaat uit soep, hoofdschotel en een dessert. Dit is ook telkens opgenomen in de voorgestelde maandmenu's (p. 69 e.v.).

31. In de mate de verzoekende partij in dit verband herhaalt dat bij Sodexo voor de optie kwaliteitsverantwoordelijke een meerkost geldt van 5.608,50 euro, btw inbegrepen (p. 256 van haar offerte), werd dit reeds besproken.

32. In verband met de beoordeling van het gunningscriterium "prijs" werpt de verzoekende partij tenslotte op dat Sodexo in haar offerte (p. 256) stelt dat er voor het gebruik van de centrale keuken in Diest een meerprijs dient gerekend van 4,4 eurocent per maaltijd om de kosten van het ter beschikking stellen van de centrale keuken in Diest te dekken.

In de huidige stand van het geding kan vastgesteld worden dat het voornoemde artikel III.1 van het bestek bepaalt "Inschrijver specificeert of hij gebruik wenst te maken van de bestaande structuren (centrale keuken) in Diest". De door verzoekende partij ingeroepen passage in de offerte van Sodexo luidt :

"Gebruik keuken in Diest

Om de kosten voor het ter beschikking stellen van de centrale keuken in Diest te dekken voorziet Sodexo in een vergoeding van 4,4 eurocent per maaltijd gefactureerd aan de GO. Op het huidige aantal maaltijden stemt dit overeen met een jaarlijks bedrag van +/- 34.000,00 €".

Deze formulering verschilt van de formulering van de “Optie : Kwaliteitsverantwoordelijke” op dezelfde pagina waar wordt gezegd “Deze kost wordt u maandelijks gefactureerd aan : 5.291,00 € + 6 %btw = 5.608,50€” en lijkt eerder te wijzen op een aan de verwerende partij betaalde vergoeding dan een meerprijs.

Zelfs indien het een meerprijs zou zijn en dit moest worden toegevoegd aan de prijs van Sodexo waarmee vergeleken werd (6.639.622 + 34.000 euro x 6 %) lijkt dit de eindrangschikking niet te wijzigen. Sodexo zou dan op prijs nog slechts 48,01 scoren in plaats van 41,25 maar het totale scoreverschil op de twee gunningscriteria samen bedraagt 2,83.

33. Inzake de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit en smaak”, stelt verzoekende partij dat de criteria samenstelling en diversiteit, blindproeverij en proeverij ad hoc “naar de hand van Sodexo werden gezet”. Hiermee wordt niet aangetoond dat deze criteria zelf in het bestek op maat van Sodexo werden geschreven, maar lijkt aanstoot te worden genomen aan de wijze waarop de offertes aan deze criteria werden getoetst. In de mate de verzoekende partij aldus de inhoudelijke beoordeling van het bovenvermelde criterium betwist, is deze grief in de huidige stand van het geding om de volgende redenen niet ernstig.

34. Vooreerst roept de verzoekende partij daartoe in dat Sodexo reeds geruime tijd andere opdrachten uitvoert voor de verwerende partij. In dat kader verwijst zij naar de vermelding bij de resultaten van de ad hoc proeverij. Zij stelt bij de blindproeverij ook dat “Uit de resultaten van de proeverij” “(...) SODEXO : (...) diverse directies ervaren de samenwerking als zeer positief (...)” en “wanneer men dan vaststelt dat de resultaten van de blindproeverij voor HORESERVI doen vaststellen dat de 9 beoordelende leerlingen deze keuken verkozen boven die van SODEXO, en dit in tegenstelling tot leerkrachten en directie”, blijkt dat vanuit personeel en directie los van smaak of kwaliteit de voorkeur werd gegeven aan Sodexo. “Men oordeelt dat de bestaande

samenwerking positief is, en niet geblindeerde borden worden resoluut beter beoordeeld”.

Vooreerst dient opgemerkt dat de ingeroepen rechtsregels en beginselen niet uitsluiten dat een inschrijver die reeds een zelfde opdracht uitvoert voor de aanbestedende overheid voor een nieuwe opdracht inschrijft.

Verder dient opgemerkt dat de geciteerde overweging “diverse directies ervaren de samenwerking als zeer positief” niet vermeld wordt bij de blindproeverij maar in het kader van de proeverij ad hoc. Het bestek vermeldt daarbij:

“Daarnaast zal er uit de ingediende referentielijst een willekeurige school of instelling gekozen worden waar, in de periode tussen 01/04/2011 en 31/05/2011, ter plaatse het dagmenu zal geproefd worden. De delegatie die ter plaatse komt bestaat uit 6 personen.

Naast de evaluatie op gebied van presentatie, geur en smaak, zal er ook het functioneren en de samenwerking met de betrokken cateraar besproken worden met de verantwoordelijke van de bezochte school of instelling.

Proeverij ad hoc telt voor 10 punten mee”.

Blijkens het verslag van nazicht was het doel van deze proeverij ad hoc na te gaan “in hoeverre de gepresenteerde maaltijden van de blindproeverij overeenstemmen met de maaltijden die in de scholen worden gegeven. (maaltijdproeverij ad hoc 5 punten en om de samenwerking met de betreffende cateraar te onderzoeken (5 punten) op het vlak van:

- bestellingen (hoe, wanneer, correcties, stipte leveringen)
- variatie van maaltijden
- is er een overlegorgaan (menucommissie) - is er inspraak in het menu
- zijn er promotionele acties (wat - wanneer - hoe - worden deze actiespedagogisch/didactisch ondersteund)
- hoe ervaren de keukenmedewerkers de samenwerking met de huidige cateraar
- hoe wordt de verpakking verwerkt”.

De verzoekende partij toont niet aan hoe dit criterium op zich Sodexo bevoordeelde aangezien voor elke inschrijver een dagmenu in een school waar al geleverd wordt, geproefd wordt en het functioneren en de samenwerking beoordeeld wordt. Zij betwist de wettigheid van dit criterium verder niet noch de concrete beoordeling zoals opgenomen in het verslag van nazicht en de motivering.

Het argument dat “niet geblindeerde” borden door directie en personeelsleden resoluut beter worden beoordeeld is in het kader van de proeverij ad hoc niet relevant.

35. In de mate de verzoekende partij in verband met dit gunningscriterium stelt dat Sodexo zich met voorkennis kon bedienen van “geëigend keukenmateriaal”, waarvan de andere inschrijvers zich niet konden bedienen, gaat het blijkbaar om het feit dat aan elke deelnemer werd gemeld dat de verplichte proefsessie zou gebeuren met behulp van een “Burlodge”-oven, ovens die ter beschikking zijn in de centrale keuken van de verwerende partij en oven waarmee Sodexo dus reeds vertrouwd was en is, dat bij de blindproeverij er voor de verzoekende partij en Agape geen Burlodge-oven voorhanden bleek te zijn terwijl Sodexo “toevallig” een eigen Burlodge-oven mee had en dat “de gastronormen (opwarmbakken om in de regeneratieoven te plaatsen) van het merk BURLODGE – SODEXO zeer goed bekend zijn”.

Wat dit laatste punt betreft verwijst de verzoekende partij naar het “detail van het keukenmateriaal van de centrale keuken” waarin volgens haar duidelijk vermeld staat dat “ de gastronormen (opwarmbakken om in de regeneratieoven te plaatsen) van het merk BURLODGE – SODEXO zeer goed bekend zijn” en het verslag van nazicht dat evenwel geen dergelijke passage lijkt te bevatten.

Uit het dossier blijkt verder dat aan alle inschrijvers werd meegedeeld dat voor iedere inschrijver een regeneratieoven voorzien is. Aangezien vervolgens bleek dat slechts 2 regeneratieovens aanwezig waren in de keuken van ’t Stokshof, waar volgens het bestek de proeverij zou plaats vinden, werd volgens de verwerende partij Sodexo verzocht om een regeneratieoven mee te brengen. Het enkele feit dat Sodexo aldus kon werken met een eigen oven, toont niet prima facie dat zij hierdoor onrechtmatig werd beoordeeld. Volgens de verwerende partij werkte Sodexo voorheen niet in deze keuken en de verzoekende partij beweert niet dat zij benadeeld werd door het moeten werken met een regeneratieoven noch toont zij aan dat er een voor haar nadelig verschil was in de werking van de ter beschikking gestelde oven en deze gebruikt door Sodexo. Volgens de verwerende

partij is een “Burlodge”-oven trouwens een regeneratieoven van het merk “Burlodge”.

36. Inzake de beoordeling van kwaliteit en smaak, stelt de verzoekende partij verder dat men zeer goed wist welke maaltijden door wie werden geserveerd nu er vooraf geen loting was georganiseerd dat een aantal leerkrachten en /of directieleden ook geregeld in de keuken zijn komen kijken en dat bij de beoordeling de leerlingen soms werden beïnvloed door een leerkracht.

Opnieuw wordt hiermee niet aangetoond dat het bestek op maat van Sodexo zou zijn geschreven.

Verder gaat het hier om een aantal beweringen waarvan geen begin van bewijs wordt geleverd. Zij tonen dan ook de beweerde bevoordeling van Sodexo niet aan. Volgens de verwerende partij waren de maaltijden trouwens voorzien van nummers. Dit lijkt bevestigd te worden door de bijgevoegde beoordelingsfiches die in de commentaar soms een nummer vermelden. De verzoekende partij spreekt de beweerde beïnvloeding van leerlingen uit het proefcomité door leerkrachten ook zelf tegen nu ze benadrukt dat de leerlingen haar maaltijden zouden verkiezen en de directie en leerkrachten deze van Sodexo.

Het argument dat de leerlingen de keuken van Horeservi verkozen boven deze van Sodexo, dit zogenaamd in strijd met de directie en leerkrachten, toont verder geen bevoordeling aan en lijkt ook feitelijk onjuist. De leerlingen beoordeelden Horeservi als volgt: 71 voor presentatie, 79 voor geur en 81 voor smaak. Zij beoordeelden Sodexo als volgt: 79 voor presentatie, 79 voor geur en 78 voor smaak. Aangezien de maaltijden werden gekwoteerd van 1 tot 3 met 1 de beste, 2 de tweede beste en 3 de derde beste, scoorde de verzoekende partij bij leerlingen alleen beter voor presentatie, even goed voor geur en minder goed voor smaak, hetgeen meetelde voor 15 punten terwijl presentatie en geur allebei voor 7,5 punten zouden meetellen.

Indien de beoordelaars wisten wiens maaltijden werden geserveerd of indien leerkrachten leerlingen uit het proefcomité zouden hebben beïnvloed, kon trouwens verwacht worden dat de verzoekende partij hierover

tijdens of onmiddellijk na de proeverij opmerkingen zou hebben gemaakt en niet pas in het verzoekschrift.

Volgens de verwerende partij was, indien er communicatie was tussen leerkracht en leerling, dit aan de tafel van de leerlingen van de hotelschool alwaar de leerkrachten instonden voor de begeleiding van hun leerlingen bij het opdienen van de maaltijden. De leerlingen van de hotelschool die opdienden, namen deel aan de proeverij, maar maakten volgens de nota geen deel uit van het comité dat presentatie, smaak en geur beoordeelde aangezien voor hen de proeverij niet blind was doordat deze leerlingen en hun leerkracht, mevrouw Van Baelen en het afdelingshoofd van de hotelschool, de heer Macquoi, wisten wie wat serveerde aangezien zij de keuken in en uitliepen om de bereide gerechten op te dienen. Deze groep zat volgens de verwerende partij aan een andere tafel, duidelijk afgescheiden van het comité en deed mee aan de proeverij tussen het opdienen door en nam enkel deel aan de proeverij omdat ze gevraagd waren om op te dienen en omdat ze vervolgens verzochten te mogen deelnemen om educatieve redenen zoals bevestigd door het afdelingshoofd van de hotelschool, de heer Macquoi.

37. In de mate de verzoekende partij tenslotte aanvoert dat in het lastenboek was opgenomen dat een menu bestaande uit o.m. worst deel uitmaakte van de proeverij zonder dat het bestek de samenstelling ervan nader omschreef, en dat de eters gevogelte- en varkensworst dienden te beoordelen hetgeen niet kan leiden tot een objectieve vergelijking, kan worden vastgesteld dat één van de in artikel III.1 van het bestek opgelegde maaltijden was: worst - rode kool - natuuraardappelen.

Vooreerst wordt niet aangetoond en kan ook niet ingezien worden waarom dit op maat van Sodexo geschreven zou zijn.

Bij gebrek aan verdere specificatie van de soort worst lijkt verder aangenomen te kunnen worden dat hiermee bedoeld is wat normaal begrepen wordt onder worst. De verzoekende partij die gevogelteworst aanbood, toont in ieder geval niet prima facie aan dat dit is wat gebruikelijk onder “worst” wordt verstaan.

In verband met de door de verzoekende partij uit eigen beweging aangeboden gevogelteworst moet verder in de huidige stand van het geding vastgesteld worden dat de verzoekende partij toen blijkbaar wel aannam dat dit bedoeld was onder “worst” en dat een en ander vergelijkbaar was. Evenmin vroeg zij voordien enige verduidelijking.

In de mate de verzoekende partij van mening was dat de verwijzing naar een menu worst-rode kool-aardappelen zonder dat de samenstelling van de worst vermeld wordt, de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt nu verschillende soorten worsten voorgesteld en geproefd kunnen worden die niet vergelijkbaar zijn, had zij, dit, prima facie, vooraf aan de verwerende partij moeten signaleren. Door dit niet te doen en naar eigen inzicht gevogelteworst aan te bieden, heeft zij het risico genomen dat dit vergeleken zou worden met andere soorten worsten.

38. In de mate de verzoekende partij tenslotte aanvoert dat in de oorspronkelijke beslissing werd verwezen naar een “goedkeuring” dd. 1 juni 2011 “zodanig dat de eigenlijke beslissing, waarvan vooreerst om schorsing van uitvoering ervan bij UDN werd verzocht, in feite dateert van 06.06.2011, terwijl er op 01.06.2011 al beslist zou zijn geweest – dus in een eerdere, voorafgaande beslissing – dat de opdracht aan SODEXO gegund zou worden” toont zij niet concreet aan waarom “Deze opmerking blijvend [geldt] voor wat betreft de thans bestreden beslissing” aangezien die eerste beslissing werd ingetrokken. Het bestaan van dergelijke eerdere beslissing wordt niet aangetoond.

39. Daargelaten de vraag of aldus niet eerder machtsafwending zou worden ingeroepen, tonen de opgeworpen grieven prima facie evenmin aan dat “Uit verschillende elementen in het dossier blijkt dat SCHOLENGROEP KEMPEN alleszins reeds op voorhand de intentie had om het dossier in ieder geval te gunnen aan SODEXO; beide gunningscriteria werden beoordeeld ‘naar de hand van’ SODEXO” zoals verzoekende partij stelt.

Er wordt in de huidige stand van het geding evenmin aangetoond dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden of artikel 1, § 2 van de wet van

24 december 1993. De opdracht werd gegund na mededinging en er blijkt niet dat de inschrijvers ongelijk werden behandeld in de bestekbepalingen of bij de beoordeling van hun offertes.

40. Het eerste middel is niet ernstig.

#### *B. Tweede middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

41. Verzoekende partij formuleert het tweede middel als volgt :

“Het tweede middel is gebaseerd op de schending van artt. 2 en 3 van de Wet van 29.07.1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel.

De opdracht werd gegund aan SODEXO onder de beperkte bewoordingen dat deze de ‘economische meest voordelige’ offerte voorlegde, met loutere verwijzing naar cijfergegevens (rasters) die niet meer dan een loutere herneming zijn van het PV van gunning, zonder verdere specificatie over hoe men tot deze slotsom is gekomen.

Na lezing van het eerste middel, is het nochtans betekenisvol om te vernemen minstens op welke basis de prijsvergelijking is gebeurd (in acht nemende het verschil tussen de all-in prijzen van verzoekster en de techniek van optionele prijzen van SODEXO).

In art. 2 van de wet van 29.07.1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen is voorzien dat de bestuurshandelingen van de besturen uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd.

In art. 3 van dezelfde wet is voorzien dat de bestuurshandelingen de juridische en feitelijke overwegingen dienen te vermelden die aan de grondslag van de beslissing liggen en dat deze afdoende zijn.

Het materieel motiveringsbeginsel houdt daarenboven in dat een overheidsbeslissing gemotiveerd wordt met begrijpelijke motieven die juridisch en feitelijk correct zijn en die voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing te schragen.”

In de toelichting stelt de verzoekende partij verder “De motivering is niet geschraagd op de juiste gegevens” en werpt zij op dat de Scholengroep Kempen als reactie op het eerste verzoekschrift meende aan haar verplichtingen ter zake te kunnen voldoen door de vervangende beslissing en daarin te kunnen volstaan met een loutere opname van het verslag van nazicht van

de offertes in haar beslissing zodat de facto niets gewijzigd is aangezien door de vorige beslissing ook naar dit verslag werd verwezen. Zij meent dat het feit dat niet genoegzaam gemotiveerd werd, een blijvend gegeven is.

Concreet merkt zij verder op dat haar prijs “all – in” vergeleken werd met een prijs waarin voorbehoud is gemaakt voor opties en dat uit de loutere motivering “luidende, zeer algemeen, ‘de economisch meest voordelige’ (nog steeds) niet afgeleid [kan] worden waarom men tot deze conclusie kwam”. Hoogstens kan men aannemen dat dit steunt op het “eind-puntenresultaat” maar dit resultaat is niet correct : “Quid met het prijsverschil tussen partijen ? Het feit dat HORESERVI op dit punt het beste scoorde en zelfs méér dan dat, posten in haar prijs heeft inbegrepen welke de firma SODEXO onvermijdelijk nadien bijkomend zal moeten aanrekenen ? Dit valt niet te rijmen met de algemene stijlcausule “de economisch meest voordelige offerte”. Door zich te baseren louter op een “puntenresultaat”, heeft verwerende partij “zich niet voldoende gekwetten van haar motiveringsverplichting”.

### *Beoordeling*

42. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Het tweede gunningscriterium betreft 50 van de 100 punten en beoordeelt de “kwaliteit en smaak”. Dit lijkt in beginsel een bij uitstek kwalitatief inhoudelijk gunningscriterium. De aard van dat criterium lijkt dan ook dusdanig dat in beginsel een loutere puntentoekenning niet als een afdoende motivering zou kunnen volstaan.

43. In de mate de verzoekende partij in deze grief stelt dat de opdracht gegund zou zijn aan Sodexo met als enige motivering zonder verdere specificatie dat deze de “economisch meest voordelige” offerte zou zijn, gaat zij prima facie voorbij aan het feit dat dit oordeel - in feite de conclusie van het verslag van nazicht en van de bestreden beslissing - steunt op de eerder opgemaakte eindrangschikking die zelf steunt op een beoordeling van de offertes in het licht van elk van de gunningscriteria, beoordeling zoals opgenomen in het verslag van nazicht dat haar eerder met eerste – ingetrokken – gunningsbeslissing was meegedeeld en dat deze beoordeling thans volledig werd opgenomen in de bestreden beslissing.

In de besteden beslissing wordt aldus het maximum der punten toegekend aan de verzoekende partij voor de prijs en worden de punten aan de andere kandidaten toegekend conform het proportioneel verschil tussen de prijs van de verzoekende partij enerzijds en de respectievelijke kandidaten anderzijds. Deze prijzen worden ook vermeld alsook de ingevulde eenheidsprijzen.

Inzake het gunningscriterium smaak en kwaliteit krijgen alle inschrijvers voor de samenstelling en diversiteit van de voorgestelde maaltijden het maximum der punten omdat de bijgevoegde maandmenu's blijken te geven van creativiteit en variatie zonder daarom de nutriciteit van de maaltijden uit het oog te verliezen. Voor de blindproeverij wordt de beoordelingswijze beschreven en de toegekende scores voor presentatie, geur en smaak per gerecht en opgesplitst tussen leerlingen enerzijds en directie en leerkrachten anderzijds. Voor de proeverij ad hoc wordt het doel omschreven en wat wordt beoordeeld, gevolgd door een score per inschrijver telkens met een korte inhoudelijke verantwoording.

De grief dat er geen verdere motivering was waarom dit beschouwd werd als economisch meest voordelige offerte, mist dan ook feitelijke grondslag.

Evenmin lijkt de beslissing aldus enkel te steunen op een puntenresultaat, nu voor het eerste criterium, prijs, de prijzen worden vermeld en de berekeningswijze van de corresponderende punten, en voor het tweede, kwalitatieve, criterium, deze punten ook kort inhoudelijk worden verantwoord. Voor presentatie, smaak en geur worden de toegekende punten soms gemotiveerd

in de scorefiches, fiches die aan de verzoekende partij voor het indienen van het verzoekschrift waren meegedeeld.

De verzoekende partij toont verder niet aan waarom zij niet in de mogelijkheid was, op basis van de bestreden beslissing en het verslag van nazicht, de gunningsbeslissing met kennis van zaken te betwisten zodat in de huidige stand van het geding voldaan lijkt aan de formele motiveringsplicht. Evenmin toont zij aan waarom die motivering niet draagkrachtig is.

44. In de mate in dit middel de materiële motiveringsplicht geschonden wordt geacht omdat de motivering niet geschraagd is op de “juiste gegevens” wordt dit niet verder toegelicht dan met verwijzing naar het feit dat de totaalscores niet juist zijn gelet op het prijsverschil dat groter was dan beoordeeld omdat in de prijs van de verzoekende partij posten zijn begrepen die Sodexo onvermijdelijk nadien bijkomend zal moeten aanrekenen.

In de mate zij de vraag stelt “Quid met het prijsverschil tussen partijen ?” blijkt uit de beoordeling dat hiermee rekening werd gehouden maar dat dit niet opwoog tegen de betere beoordeling van Sodexo voor de andere criteria. In de mate zij aanvoert dat zij op dit punt het best scoorde en zelfs méér dan dat, en dat zij posten in haar prijs heeft inbegrepen welke de firma Sodexo onvermijdelijk nadien bijkomend zal moeten aanrekenen, lijkt deze grief samen te vallen met het eerste middel en is dit onderdeel om dezelfde redenen niet ernstig. Uit dat eerste middel blijkt verder dat de meegedeelde formele motivering haar in staat stelde dit inhoudelijk te betwisten.

45. Het tweede middel is niet ernstig.

## **BESLISSING**

### **1. De Raad van State verwerpt de vordering.**

**2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig juli 2011, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

|                 |                        |
|-----------------|------------------------|
| Pierre Lefranc, | staatsraad,            |
|                 | waarnemend voorzitter, |
| bijgestaan door |                        |
| Silja Doms,     | griffier.              |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Silja Doms**

**Pierre Lefranc**