

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.592 van 26 november 2013
in de zaak A. 206.264/XII-7062**

In zake: de BVBA 't VLEESHUIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nicolaas Vinckier
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Hoogleedsesteenweg 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN MENEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Melissa Verplancke
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 september 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het OCMW Menen d.d. 3 juli 2012 [...] waarbij de overheidsopdracht voor het leveren van vleeswaren wordt gegund aan de bvba Limousin Puur”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 oktober 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nicolaas Vinckier, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Melissa Verplancke, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor de levering van vlees uit en dit bij wijze van een algemene offerteaanvraag. Het betreft een opdracht volgens prijslijst.

Het bestek vermeldt onder artikel I.10 de volgende gunningscriteria:

“[...]”

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	50
	Prijs en kortingspercentage op catalogusprijs worden geëvalueerd volgens de regel van drie. [...]	
2	Kwaliteit	35
	Zie technische bepalingen. De kwaliteit van de aangeboden producten wordt beoordeeld op basis van een plaatsbezoek (+technische fiche). De aangeboden producten moeten in een catalogus aangeduid staan en volledig beschreven worden in het Nederlands.	
3	Service en levering	15
	[...]	

[...]”.

Bij de technische bepalingen van het bestek wordt er vermeld dat de producten dienen te voldoen aan de HACCP-wetgeving “ondermeer door autocontrole en traceerbaarheid”.

3.2. Er zijn vier inschrijvers waaronder de bvba Limousin Puur en de verzoekende partij.

3.3.1. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat het tweede gunningscriterium kwaliteit betreft vermeldt dit naast de score van de offerte van de verzoekende partij (29,53 punten) en deze van de bvba Limousin Puur (35 punten) het volgende:

“De kwaliteit van de producten werd beoordeeld a.d.h.v. een bedrijfsbezoek (+technische fiche) en referenties. De belangrijk[s]te beoordelingscriteria waren: algemene hygiëne, traceerbaarheid en vleeskwaliteit.”

Bij de eindrangschikking wordt de offerte van de bvba Limousin Puur een score gegeven van 99 op 100 en die van de verzoekende partij 94,07 op 100, dit zijn de eerste twee plaatsen.

3.3.2. De aparte beoordelingsfiche kwaliteit verduidelijkt het systeem van kwaliteitsbeoordeling; hierbij wordt opgemerkt dat er een aantal elementen werden gewaardeerd, namelijk de “algemene hygiëne: voldoen aan de HACCP-normering”, de “traceerbaarheid: relatie IN en OUT: De leverancier beschikt over een systeem of procedure om het verband te leggen tussen de binnenkomende en uitgaande producten en kan de traceerbaarheid garanderen in alle stappen van productie, transformatie en distributie” en de “vleeskwaliteit: De vleeskwaliteit werd tijdens het plaatsbezoek visueel beoordeeld. Op basis van de kleur en de marmering (hoeveelheid zichtbaar vet) van het vers vlees werd beslist of de kwaliteit heel goed, goed, aanvaardbaar of slecht is”.

Er wordt een schaal voorgesteld waarbij de waardering “heel goed” 4 punten krijgt, “goed” 3 punten, “aanvaardbaar” 2 punten en “slecht” 1 punt.

De puntenverdeling voor de offertes van de verzoekende partij en de bvba Limousin Puur voor dit criterium is:

	‘t Vleeshuis	Limousin
Algemene hygiëne (4ptn)	4	4
Traceerbaarheid (4ptn)	3	4
Vleeskwaliteit: kleur (4ptn)	3	4
Vleeskwaliteit: marmering (4ptn)	3,5	4
Totaal (4ptn)	3,38	4
Totaal (35ptn)	29,53	35,00

Bij de puntentoekenning “algemene hygiëne” wordt vermeld: “maximale punten, aangezien elke leverancier voldoet aan HACCP-normering”. Bij de puntentoekenning “traceerbaarheid” voor de verzoekende partij wordt vermeld: “te veel tijd tussen inpakken en etikettering, houdt risico’s in”.

3.3.3. In, wat door de verwerende partij genoemd wordt, een “[u]itgetikte versie van de handgeschreven nota tijdens het plaatsbezoek” wordt het volgende vermeld:

“In het bestek staat beschreven dat de kwaliteit van de aangeboden producten beoordeeld zal worden a.d.h.v. een bedrijfsbezoek.

Tijdens de bedrijfsbezoeken stelden de aangestelde kok en de coördinator ouderen- en thuiszorg vast dat er verschillen merkbaar waren qua kwaliteit tussen de bezochte bedrijven. N.a.v. het plaatsbezoek heeft men op het vlak van kwaliteit 4 belangrijke items kunnen onderscheiden, waarbij de inschrijvers verschillen:

- algemene hygiëne
- traceerbaarheid
- kleur van het vers vlees
- marmering van het vers vlees

Deze verschillen kunnen toegelicht worden op basis van de volgende waardeschaal:

- heel goed
- goed
- aanvaardbaar

- slecht

Belangrijke verschillen in waardering dienen becommentarieerd te worden.

De kwaliteit van de aangeboden producten dient gewaardeerd op 35 punten (cfr. bestek). Om tot dit punt te komen, hebben we een cijfer toegekend aan onze waardering: heel goed = 4 punten, goed = 3 punten, aanvaardbaar = 2 punten en slecht = 1 punt. Vervolgens werd een gemiddelde bepaald van de 4 geselecteerde items.

4 belangrijke items inzake kwaliteit:

1) Algemene hygiëne

Aangezien elke leverancier voldeed aan de HACCP-normering (Hazard Analysis Critical control points), kreeg iedereen een 'heel goed'.

2) Traceerbaarheid: relatie IN en OUT

Elke leverancier beschikt over een systeem of procedure om het verband te leggen tussen de binnenkomende en de uitgaande producten en kan de traceerbaarheid garanderen in alle stappen van de productie, transformatie en distributie.

De kok en de kwaliteitscoördinator stelden echter bij 't Vleeshuis vast dat er meer tijd verstreek tussen inpakken en etikettering dan bij de andere firma's. Volgens hen houdt dit eventuele risico's in inzake traceerbaarheid (mogelijkheid van menselijke fouten bij het verplaatsen van verpakte maar nog niet geëtiketteerde producten).

(Traceerbaarheid is belangrijk in geval van voedselvergiftigingen of problemen binnen WZC's.)

3) Kleur van het vers vlees

Het kleur (glans en stevigheid) van het voorradig vlees werd visueel beoordeeld door de aangestelde kok, die reeds vele jaren ervaring heeft in de voedingssector.

Criteria kleur (glans en stevigheid):

- Glans is een indicatie van het vochtgehalte in vlees (eventueel toegevoegd water)
- Leeftijd van de geslachte dieren volgens oplopende intensiteit van de kleur (kalf->vaars -> koe / lam -> schaap/ varkensvlees /...)
- Stevigheid en kleur van gemalen vlees om de correcte samenstelling in te schatten.
- Om toevoegingen zoals antioxidanten, vleesvermalers, kleurstoffen of kruiden op zicht vast te stellen.
- Dofheid van de kleur bij het overdreven inprikken van vlees wegens verlies van vleessappen.

Waardering:

‘heel goed’

Limousin:

Geen bemerkingen m.b.t. de kleur van het vlees

[...]

‘goed’

[...]

‘t Vleeshuis:

Bemerking:

Rundsvlees bestemd voor steaks heeft een doffe kleur (= veelvuldig geprikt).

De biefstukken werden ruim geprikt om ze malser te maken, hierdoor gaan de sappen verloren ten nadele van smaak en consistentie.

4) Marmering van het vers vlees

Het marmering van het voorradig vlees werd visueel beoordeeld door de aangestelde kok, die reeds vele jaren ervaring heeft in de voedingssector.

Criteria marmering:

- Zichtbare vetgehalte (marmering), tevens kwaliteitskenmerk voor bepaalde rundvleessoorten
- Correcte opkuis van het vlees bij het versnijden mbt. vliezen, kraakbeen, overtolligheden,...
- Correcte versnijding en afbakening van de aangeboden stukken (vb. carré -> spiering/tussenribstuk -> zesrib) door vaststelling van de marmering.

Waardering:

‘heel goed’

Limousin [...]:

Geen bemerkingen inzake de marmering van het vlees

‘bijna heel goed’

‘t Vleeshuis:

Bemerking:

Bij het gehakt met grove maling kon opgemerkt worden dat de witte vetpartikels primeerden op de roze of rode partikels van mager vlees waardoor kan uitgegaan worden dat het vetgehalte aan de hoge kant is”.

3.4. Op 3 juli 2012 beslist de verwerende partij onder verwijzing naar het gunningsverslag de opdracht te gunnen aan de bvba Limousin Puur.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ en van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’. Zij merkt op dat het gunningscriterium kwaliteit in het bestek enkel toegelicht wordt door een verwijzing naar een plaatsbezoek en dat dit enkel kan gaan over de vleeskwaliteit. Bij dit plaatsbezoek werden er vier subgunningscriteria gehanteerd, namelijk algemene hygiëne, traceerbaarheid, vleeskwaliteit kleur en vleeskwaliteit marmering, elk op een zelfde aantal punten. Deze subgunningscriteria werden niet vooraf aan de inschrijvers medegedeeld en de subgunningscriteria algemene hygiëne en traceerbaarheid hebben niets van doen met de vleeskwaliteit; de verwerende partij heeft dus criteria buiten het bestek om toegevoegd. Dit is een schending van de ingeroepen bepalingen.

Het verweer dat het bestek bij de gunningscriteria verwijst naar de technische bepalingen waar er sprake is van het moeten voldoen aan de HACCP-regelgeving en de traceerbaarheid, zodat de verzoekende partij wel vooraf de subgunningscriteria kende, weerlegt de verzoekende partij door op te merken dat voldoen aan die regelgeving een evidentie is en geen gunningscriterium. Voorts bevatten de technische bepalingen tal van bepalingen die niets te maken hebben met deze twee criteria en “[h]et kan niet de bedoeling zijn dat een inschrijver de technische bepalingen moet uitpluizen om uit te zoeken welke elementen daarin mogelijkermogelijk zouden kunnen geïnterpreteerd worden als vallende onder de omschrijving van een gunningscriterium”.

Ten slotte formuleert de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord kritiek op het gebruik van de subgunningscriteria kleur en marmering.

Bespreking

5. Uit het verslag van nazicht in samenhang met de beoordelingsfiche kwaliteit blijkt dat de offertes, wat het gunningscriterium kwaliteit betreft, zijn getoetst aan vier elementen, namelijk algemene hygiëne, traceerbaarheid, vleeskwaliteit kleur en vleeskwaliteit marmering.

De offertes worden stelselmatig en uitdrukkelijk getoetst aan die elementen en krijgen per element een score. Geen andere elementen dan die vier worden gehanteerd. Met de verzoekende partij mag worden aangenomen dat het om subgunningscriteria van het gunningscriterium kwaliteit gaat.

De verzoekende partij spitst haar kritiek toe op de twee subgunningscriteria algemene hygiëne en traceerbaarheid.

In het bestek wordt bij het gunningscriterium kwaliteit, vermeld:

“Zie technische bepalingen.

De kwaliteit van de aangeboden produkten wordt beoordeeld op basis van een plaatsbezoek (+technische fiche).”

Bij de technische bepalingen van het bestek wordt er vermeld dat de producten dienen te voldoen aan de HACCP-wetgeving “ondermeer door autocontrole en traceerbaarheid”. Op de beoordelingsfiche kwaliteit komt dit ook zo terug.

De twee kwestieuze subgunningscriteria komen dus letterlijk aan bod in het bestek en waren de inschrijvers dan ook vooraf bekend.

De verzoekende partij toont ook niet aan dat zij belang heeft bij de kritiek dat het voldoen aan de HACCP-wetgeving geen gunningscriterium is maar enkel relevant is om een ontvankelijke offerte in te dienen, aangezien alle inschrijvers het maximum van de punten hebben gekregen op dit subgunningscriterium. Evenmin toont de verzoekende partij aan dat de traceerbaarheid van de vleesproducten geen element van de kwaliteit van de opdracht mag zijn, zeker in het licht van de motivering van de score van de offerte van de verzoekende partij op dit criterium, namelijk dat te veel tijd tussen inpakken en etikettering risico's inhoudt.

De kritiek van de verzoekende partij op de draagwijdte van het derde en vierde subgunningscriterium is pas voor het eerst wat dit middel betreft geformuleerd in de memorie van wederantwoord, wat niet tijdig is om ontvankelijk te zijn.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht met betrekking tot de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit.

Zij wijst er op dat het nagaan van de kwaliteit een uiterst subjectieve opdracht is en dat zorgvuldigheid dan ook geboden is. Bovendien vereist een dergelijk subjectief criterium een bijzonder zorgvuldige motivering teneinde ervoor te zorgen dat subjectiviteit niet ontaardt in willekeur.

Te dezen is er geen beoordelingsmethodiek in het bestek of het gunningsverslag opgenomen; er wordt enkel verwezen naar de technische bepalingen en een plaatsbezoek. De beoordelingsfiche kwaliteit geeft wat meer duidelijkheid omtrent de wijze waarop de kwaliteit werd beoordeeld maar hieruit

blijkt dat er van de vier elementen die bij de kwaliteit worden betrokken, er twee zijn die geen aanduiding geven over de kwaliteit van het te leveren vlees.

Ook wijst zij erop dat er een loutere puntenscore wordt toegekend voor de verschillende elementen zonder deze ook maar in het minste te motiveren. “Zo krijgt verzoekster bijvoorbeeld een 3, respectievelijk 3,5 voor kleur en marmering van het vlees, waar Limousin Puur daarvoor telkens het maximum van 4 krijgt. Evenwel wordt niet in het minst gemotiveerd waarom verzoekster precies een lagere score behaalt. Op deze manier kan de motivering onmogelijk draagkrachtig zijn voor de bestreden beslissing.”

Voorts wijst zij erop dat het enige element waaromtrent op de beoordelingsfiche kwaliteit wordt gemotiveerd, de traceerbaarheid is waarvoor de verzoekende partij een lagere score krijgt omdat er teveel tijd zou zitten tussen het inpakken en de etikettering. “Ook deze motivering is echter op zijn best uiterst beknopt te noemen. Het klopt dat verzoekster met een systeem van etikettering werkt dat wellicht enigszins afwijkt van dat van de anderen. Verweester toont echter geenszins aan dat dit systeem daadwerkelijk risico’s zou opleveren” temeer traceerbaarheid eigenlijk een element is van de HACCP-normering en de offerte van de verzoekende partij hier helemaal aan voldoet en er de maximumscore kreeg.

De verzoekende partij merkt ook op dat de aangestelden van de verwerende partij die het plaatsbezoek uitvoerden, niet de expertise hebben om de traceerbaarheid na te gaan.

Ten slotte merkt zij op dat de kwaliteitsbeoordeling onvolledig is omdat enkel de kleur en marmering wordt beoordeeld en niet bijvoorbeeld de textuur, de malsheid, het vetgehalte of de smaak, toch ook belangrijke kwaliteitsindicatoren. Voor vele producten zijn de kleur en marmering als criteria zelf niet toepasbaar, zoals voor bepaalde soort hamburgers. Van de talloze producten samen die moesten worden aangeboden wordt er blijkbaar een score gegeven op 4 punten en opmerkelijk is ook volgens de verzoekende partij dat van de vergelijking van al die producten bij de vier inschrijvers er geen enkele schriftelijke neerslag noch motivering bestaat; dit alles wijst op een

onzorgvuldige handelwijze. De verzoekende partij is dan ook niet in staat te weten waarom zij een bepaalde waardering voor haar vlees kreeg. Weliswaar verwijst de verwerende partij in haar memorie van antwoord naar het stuk 13 van het administratief dossier, een zogenaamde weergave van een handgeschreven nota naar aanleiding van het bezoek, doch dit stuk lijkt *a posteriori* opgemaakt en geeft bovendien voor slechts twee vleeswaren van de honderddertig die werden aangeboden, een motivering voor de score van de verzoekende partij.

Beoordeling

7. De verzoekende partij geeft geen door haar geschonden geachte regel op waaruit zou moeten blijken dat de “beoordelingsmethodiek” in het bestek zou moeten worden opgenomen.

8. In de mate dat de verzoekende partij erop wijst dat de subgunningscriteria traceerbaarheid en algemene hygiëne geen elementen ter beoordeling van de kwaliteit zijn, mag in de eerste plaats worden verwezen naar de beoordeling van het eerste middel; voorts mag worden aangenomen dat beide criteria ook peilen naar de kwaliteit van de leveringen en dat het nagaan van de kwaliteit niet moet worden beperkt tot een keuring van de bij het plaatsbezoek aanwezige vleessoorten.

9. In de mate dat de verzoekende partij de motivering van de beoordeling door de verwerende partij van de marmering en de kleur van het vlees in vraag stelt, merkt de Raad van State op dat aan de hand van de getypte versie van de nota van het plaatsbezoek de verzoekende partij zich een idee kan vormen over het waarom van de puntentoekenning. Zij voert ook geen schending aan van de formele motiveringsplicht. Zij lijkt de feitelijke bevindingen vermeld in die motivering ook niet te betwisten.

10. Voor zover de verzoekende partij kritiek heeft op de puntentoekenning bij de traceerbaarheid van de vleesproducten van de verzoekende partij en hieraan koppelt dat zij vragen heeft bij de ervaring van de aangestelden van de verwerende partij in de mate dat die een uitspraak doen over de traceerbaarheid, stelt de Raad van State vast dat zij geen belang lijkt te hebben

bij deze kritiek; zelfs mocht de verzoekende partij bij dit subgunningscriterium het maximum van de punten hebben behaald dan nog blijft zij tweede in de eindrangschikking.

11. Ten slotte gaat de kritiek van de verzoekende partij inzake de al te beperkte invulling van het beoordelen van de kwaliteit van het vlees, namelijk enkel tot de marmering en de kleur, niet op.

In de eerste plaats wordt de vleeskwaliteit ook nog beoordeeld naar de algemene hygiëne en de traceerbaarheid.

Voorts verliest de verzoekende partij uit het oog dat de invulling van de begrippen marmering en kleur ruimer is dan de verzoekende partij laat uitschijnen; uit de getypte versie van de nota van het plaatsbezoek blijkt dat onder marmering het zichtbare vetgehalte, de correcte opkuis van het vlees bij het versnijden en de correcte versnijding en afbakening van de vleesstukken werd beoordeeld; onder kleur wordt in die nota dan weer verstaan glans, leeftijd van de dieren, stevigheid en kleur van het gemalen vlees, nagaan van toevoegingen zoals antioxidanten, vleesvermalers, kleurstoffen of kruiden en dofheid van kleur bij overdreven inprikken van vlees en verlies van sappen. Er wordt niet aangetoond dat de verwerende partij hierdoor aan het begrip kwaliteit geen zorgvuldige invulling zou hebben gegeven. De bewering van de verzoekende partij dat er slechts twee vleeswaren van de honderddertig werden beoordeeld is dan ook evenmin correct. De twijfel die de verzoekende partij uit ten aanzien van de echtheid van de versie van de nota van het plaatsbezoek wordt niet aanvaard; het stuk maakt deel uit van het administratief dossier en het wordt door de verzoekende partij niet van valsheid beticht.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 november 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest