

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 234.207 van 22 maart 2016

in de zaak A. 218.540/XII-8095

In zake: de NV HORESERVI CATERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV CULINOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 24 februari 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Gent d.d. 4 februari 2016 om het gunningsverslag met betrekking tot de overheidsopdrachten van diensten – Raamovereenkomst voor maaltijden voor verschillende onderwijsinstellingen van de Stad Gent – SLS/2015/030/2656

‡CCDQLBEEC-BCEDIDV‡

d.d. 25 januari 2016 goed te keuren en om deze opdracht aan Culinor NV [...] tegen de prijzen van de goedgekeurde offerte te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 maart 2016 heeft de nv Culinor gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 maart 2016, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Peter Teerlinck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Op 29 januari 2015 besluit het college van burgemeester en schepenen – met bekrachtiging door de gemeenteraad op 23 februari 2015 – van de stad Gent om een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten uit te schrijven voor een “Raamovereenkomst voor het produceren van maaltijden voor verschillende onderwijsinstellingen van de Stad Gent”.

Deze opdracht tegen prijslijst strekt tot het sluiten van een raamovereenkomst voor het bereiden en leveren van maaltijden, in de eerste plaats aan kinderdagverblijven, peuterspeelruimten, initiatieven voor buitenschoolse opvang, basis- en secundaire scholen en internaten behorende tot het departement Onderwijs, Opvoeding en Jeugd van de verwerende partij.

Daarnaast wordt ook voorzien in de mogelijkheid voor de verwerende partij om op te treden als aankoopcentrale of opdrachtcentrale voor diverse met de verwerende partij gelieerde entiteiten (OCMW Gent, Politiezone Gent, huidige en toekomstige IVA's, EVA's en AG's, ...), die zo eveneens als afnemer binnen de raamovereenkomst kunnen optreden.

De opdracht, voor een duur van 24 maanden, wordt geraamd op 4.450.000 euro, btw inbegrepen.

Er wordt gekozen voor een open offerteaanvraag.

Op de opdracht is het bestek SLS/2015/001/2436 van toepassing.

Daarin wordt de opdracht als volgt omschreven:

“Voorwerp van deze diensten: Maaltijden voor verschillende onderwijsinstellingen van de Stad Gent.

Toelichting: Deze opdracht omvat het leveren van bereide (school)maaltijden aan de kinderdagverblijven, de peuterspeelruimten, de stibo's (=stedelijke initiatieven voor buitenschoolse opvang), de basis- en secundaire scholen en internaten behorende tot het Departement Onderwijs, Opvoeding en Jeugd van de Stad Gent en facultatief aan de door de Stad Gent erkende of gesubsidieerde particuliere kinderopvanginitiatieven en opvanggezinnen. Daarnaast kunnen er afnemers zijn die opgesomd worden onder I.2 'Identiteit van de opdrachtgever'.

Leeftijdsgroepen:

- Baby's (4-6 maanden (altijd glutenvrij); 6-8 maanden; 8-10 maanden; 10-12 maanden)
- Peuters (12 tot 30 maanden)
- Kleuters in het stibo (vanaf 2,5 tot 6 jaar)
- Kinderen van de basisscholen (6 tot 12 jaar)
- Leerlingen van de secundaire scholen (12 tot 18 jaar)
- Dieetmaaltijden

- Maaltijden (+ 18 jaar)

Evolutie van het aantal maaltijden:

- 2012: 778.470 maaltijden
- 2013: 852.014 maaltijden
- 2014: 869.730 maaltijden

De actuele opdracht loopt af op 31 augustus 2015.

Het bestuur biedt maaltijden aan bereid volgens het koudlijnprocédé of ontkoppeld koken, en meer bepaald via de vacuümtechniek. Dit om de nutritionele, organoleptische, hygiënische en logistieke voordelen.

Tijdens de duurtijd van deze overheidsopdracht wordt onderzocht of dit procédé al dan niet de meest geschikte is voor de Stad Gent.

Op de leveringsplaatsen heeft de stad Gent geïnvesteerd in apparatuur voor bewaring en regeneratie, namelijk: koelkasten of -cellen en warmeluchtovens. Afhankelijk van de capaciteit van de instelling werden er microwaves en/of ovens en koelkasten geïnstalleerd.

Beschikbare regeneratietoestellen zijn:

- opwarmwagen Burlodge Multigen I/II met warme lucht (50 tot 100 porties)
- opwarmoven Inoxtrend Mini-L (Metos) met warme lucht (tot 17 porties)
- opwarmoven Rational met warme lucht. Om veiligheidsredenen is de steamfunctie uitgeschakeld (tot 39 porties)
- opwarmoven RB023/E (Metos) (tot 22 porties)
- microgolfovens voor kleine of individuele porties (bedoeld voor instellingen met kleine capaciteit/bezetting, bvb. kinderdagverblijven tot 28 plaatsen, of voor dieetmaaltijden)
- of een combinatie (afhankelijk van type en capaciteit van de instelling)
- koelkast 650 à 700 l

LET OP:

- voor deze toestellen zijn geen gastronormen aanwezig, enkel roosters
- ook de soepen worden opgewarmd in de regeneratietoestellen
- bovenstaande regeneratietoestellen kunnen van verschillende merken zijn, andere dan hierboven opgesomd.
- Verschillende opwarmtijden voor de bestanddelen van het hoofdgerecht van de menu zijn te vermijden

Op donderdagen houdt de stad Gent 'Donderdag Veggiedag'. Dit wil zeggen dat het standaard menuaanbod op donderdagen uit een vegetarische maaltijd bestaat.

De Stad Gent streeft de continue verbetering na van de schoolmaaltijden en dit in al zijn aspecten. Een zeer bijzondere aandacht gaat hierbij uit naar het verduurzamen van de maaltijden."

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 maart 2015.

Op 27 maart 2015 en op 30 maart 2015 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen aanvullende informatie bekendgemaakt.

‡CCDQLBEEC-BCEDIDV‡

In de bekendmaking van 4 maart 2015 in het Bulletin der Aanbestedingen wordt in de voorwaarden tot deelneming inzake “Vakbekwaamheid” onder meer de volgende vereiste minimumeis bepaald:

“Tenminste 3 referenties. Deze referenties bevatten een uitgebreide omschrijving van de diensten aan overheids- en/of privaatrechterlijke personen met een waardering of appreciatie door deze overheids- en/of privaatrechterlijke personen.

Referenties bij een overheid worden bewezen door certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of geïssueerd.”

In het bestek SLS/2015/001/246 treft men inzake de “Technische bekwaamheid van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (selectiecriteria)” exact dezelfde bewoordingen aan met daarbij de volgende aanvulling (blz. 15):

“Drie referenties van de voornaamste diensten gelijkaardig naar omvang en taakhoud (onderwijsinstellingen en/of kinderdagverblijven, ziekenhuizen, ...) uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar per geleverde dienst voor de reguliere catering met de vermelding van:

- de datum van uitvoering (periode 2012, 2013, 2014)
- het bedrag (min. 1.000.000,00 euro op jaarbasis)
- aantal maaltijden (min. 500.000 op jaarbasis)
- de publiek of privaatrechtelijke instantie waarvoor zij bestemd waren, inclusief de contactgegevens.”

In de bekendmaking van 27 maart 2015 in het Bulletin der Aanbestedingen beantwoordt de verwerende partij een met betrekking tot deze bepaling gestelde vraag als volgt:

“VRAGEN EN ANTWOORDEN - AANBESTEDING MAALTIJDEN VOOR ONDERWIJSINSTELLINGEN STAD GENT

1. Pag 15 - Technische bekwaamheid van de inschrijver-vereiste bewijsstukken. Drie referenties van de voornaamste diensten gelijkaardig naar omvang en taakhoud. Zoals nu omschreven MOETEN het onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven of ziekenhuizen zijn en wordt aangeduid als een minimumvereiste, maw voldoende reden voor uitsluiting.

Is dit laatste ook effectief zo?

ja dit is een reden voor uitsluiting. Maar de opsomming die in het bestek staat is niet limitatief.

Drie referenties van de voornaamste diensten gelijkaardig (betekent dus vergelijkbare instellingen) naar omvang en taakhoud (onderwijsinstellingen en/of kinderdagverblijven, ziekenhuizen, ...).”

3.3. Het bestek bepaalt de volgende vijf gunningscriteria (blz. 21), in afnemende volgorde van belangrijkheid:

- Kwaliteit/smaak/houdbaarheidstermijn (30 punten),
- Prijs (25 punten),
- Het menuaanbod/inhoud per portie (15 punten),
- Voorgestelde bestel- en leveringsprocedure/verpakkingsmodaliteiten (20 punten);
- Duurzaamheid: ecologische maatregelen (6 punten),
- Duurzaamheid: sociale maatregelen (4 punten).

Bij het vierde gunningscriterium wordt wat de menuplanning en de leveringsmodaliteiten betreft, in de technische bepalingen van het bestek vermeld:

“De leveringsmodaliteiten zijn, bij de uitvoering van deze opdracht, afhankelijk van een aantal factoren

- de productiecycclus van de onderneming;
- de frequentie van leveren staat ook in verband tot de aangeboden houdbaarheid van de maaltijd-componenten;
- de frequentie van leveren wordt mede bepaald door het aantal én door de opslagcapaciteit, alsook de vraag naar duurzame logistiek;
- de manier van kenbaar maken van het menuaanbod voor een volgende periode.

Het opstellen van de menuplanning moet toelaten dat men (de ouders, de leerlingen) er – op school, in de crèche,... – op voorhand kennis van kan nemen om zo een keuze te maken al of niet het eetmaal te bestellen.

De levering zelf mag enkel op schooldagen gebeuren, tijdens de openingsuren van de school (8.00u - 15.30u). Afwijkingen (vakantiedagen) kunnen enkel in gezamenlijk overleg met het opdrachtgevend bestuur worden vastgelegd.

Voor de stibo's de crèches en de peutertuinen geldt een andere regeling. Deze instellingen zijn ook tijdens de schoolvakanties geopend, met uitzondering van een collectieve sluiting tijdens de Gentse Feestweek en een week ervoor of erna (zie Deel II.5 Looptijd en uitvoeringstermijn).

De stibo's, de crèches en de peutertuinen zijn 's morgens geopend vanaf 7u30. In deze instellingen is de levering vanaf dit uur toegelaten. De leveringen dienen te gebeuren voor 16u.

Het opdrachtgevend bestuur stelt volgende eisen aan menuplanning en leveringsmodaliteiten:

Bij de voorgestelde menuplanning behoudt het bestuur een inspraakrecht. Dat betekent dat het voorgestelde menu, alvorens het aan de instellingen wordt kenbaar gemaakt (vb. bij aflevering van maaltijden voor een

volgende periode) tijdig aan het opdrachtgevend bestuur moet worden voorgelegd.

Hiertoe zal een diëtist(e)/voedingsdeskundige worden aangesteld. Alle aangebrachte suggesties en/of wijzigingen moeten worden opgevolgd. De dienstenverlener bezorgt het – eventueel aangepaste – menu tijdig, met tijdig wordt bedoeld in overleg tussen de aanbestedende overheid en de dienstverlener, (opgelet: menu wordt met de kinderen meegegeven vooraleer er besteld kan worden) aan de instelling. Er moet met een seizoensmenu gewerkt worden. Bestaande uit een periode 1: herfst, periode 2: winter, periode 3: lente en periode 4: zomer.

De inschrijvers worden verzocht, rekening houdende met bovenstaande bemerkingen, een procedurevoorstel inzake kennisgeving menu's, bestel- en leveringsprocedure uit te werken.

Deze procedure wordt als criterium mee in overweging genomen bij de gunning van de opdracht:

- De leveringen moeten zodanig worden georganiseerd dat op alle leveringsadressen (met uitzondering van de diëten) op dezelfde dag hetzelfde menu wordt aangeboden.
- De leveringen moeten zo gepland worden dat rauwkost, indien dit op het menu voorkomt, ten laatste de dag na levering wordt geconsumeerd.
- De leveringen per week staan in functie van de koelcapaciteit v/d apparatuur in de scholen of instellingen alsook de mobiliteit in de stad moet tot een minimum herleid worden.
 - De leverancier staat in voor het in de koelkast plaatsen van de maaltijden!
 - Indien er onvoldoende plaats is moet de leverancier verwittigen dat er geleverd werd. Leveringsdocumenten dienen op afdoende manier ondertekend te worden.
 - Bij wijziging van de menu of van de route dient de aanbestedende overheid verwittigd te worden, telefonisch en via mail.
- De aanbestedende overheid wenst een vast aanspreekpunt te hebben bij de leverancier (SPOC).
- De leverancier dient een routeplanning + een draaiboek aan de aanbestedende overheid, alsook een voorstel voor een flexibele levering tijdens schoolvakantieperiodes.
- De leverancier maakt gebruik van een overzichtelijk bestelformulier + leveringsdocument (lotnummers).
- (Digitale) rapportage over de hoeveelheid bestelde maaltijden op dagbasis/maandbasis/jaarbasis.
- De leverancier voorziet in een makkelijke controle tussen bestelling en levering bvb. verschillende kleurcodes m.b.t. consistentie voeding, gewicht, aantal maaltijden per verpakking, ...
- Naleveringen dienen voor 10u de dag zelf geleverd te worden.
- De dienstverlener dient een antwoord te kunnen bieden op ad hoc problemen. Situaties m.b.t. de catering bvb. een kinderdagverblijf vergeet te bestellen, een school bestelt te veel, overmacht situaties, een defecte koelkast,”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 22 april 2015. Vijf kandidaten, waaronder de verzoekende partij en de nv Culinor, dienen een offerte in.

3.5. In het verslag van nazicht van de offertes van 4 juni 2015 wordt voorgesteld om de opdracht niet te gunnen, aangezien bij nazicht van de offertes was gebleken dat alle ingediende offertes onregelmatig waren.

Op 18 juni 2015 besluit het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij het verslag van nazicht van de offertes goed te keuren en tot niet-gunning van de opdracht nu er geen regelmatige offertes werden ingediend.

3.6. Op 25 juni 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen, met bekrachtiging door de gemeenteraad op 28 september 2015, bij toepassing van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), tot het opstarten van een onderhandelingsprocedure met hetzelfde voorwerp en tot goedkeuring van het bestek SLS/2015/030/2656.

Het bestek SLS/2015/030/2656 lijkt identiek aan het oorspronkelijke bestek SLS/2015/001/2436. De gunningscriteria lijken dezelfde en ook de voorschriften betreffende de technische selectiecriteria lijken identiek.

Bij e-mailbericht van 3 juli 2015 worden de vijf oorspronkelijke inschrijvers uitgenodigd tot deelname aan de nieuwe onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

De offertes moeten uiterlijk op 3 augustus 2015 worden ingediend.

3.7. De vijf uitgenodigde partijen, waaronder de verzoekende partij en de nv Culinor, dienen elk, opnieuw, een offerte in.

3.8. Bij e-mailbericht van 6 augustus 2015 deelt de verwerende partij aan de nv Culinor mee dat er in het bestek drie referenties werden gevraagd met een minimum van 1.000.000 euro en een minimum van 500.000 maaltijden per jaar doch dat de drie referenties in haar offerte hier geen vermelding van maken. Bijgevolg wordt haar verzocht drie nieuwe referenties te bezorgen met daarbij de vermelding van het bedrag en het aantal maaltijden per jaar of de drie huidige referenties met daarbij de aanvulling van het bedrag en het aantal maaltijden per jaar.

Bij e-mailbericht van 11 augustus 2015 antwoordt de nv Culinor:

“Naar aanleiding van uw onderstaande vraag bevestigen wij u het volgende:

Voor de klant Delhaize, bevestigen wij u dat deze klant voldoet aan de door u gevraagde vereisten:

- De omzet was de laatste 3 jaar (2012, 2013 en 2014) telkens hoger dan 1.000.000€
- Het aantal verkochte maaltijden oversteeg eveneens de gevraagde 500.000 stuks

De klant (juridische dienst) opteert echter om geen ‘cijfer’ gegevens kenbaar te maken, enkel de appreciatie van ons werk zoals de referentie u eerder bezorgd.

In bijlage 2 zal u een nieuwe referentie terugvinden, namelijk Davigel SAS. Opgericht in 1963, en sedert 1992 ook actief in België, is Davigel s.a.s. een bedrijf waarvan de activiteiten volledig gericht zijn op de keukenprofessionals (foodservice- en grossiermarkt). Wij doen met hen een omzet van meer dan 1.200.000€, wat in equivalent +/- 900.000 maaltijden betreft (en dit al sedert minstens 2010) In bijlage zal u het getekende document terugvinden.

In bijlage 3 vindt u eveneens een nieuwe referentie, namelijk Carrefour Belgium. Met hen hebben we vorig jaar een omzet gerealiseerd van meer dan 5.000.000 € en hebben we meer dan 750.000 maaltijden geproduceerd. (en dit idem voor de jaren 2012 en 2013). Zij waren wel bereid te bevestigen dat zij op jaarbasis meer dan 500.000 maaltijden van ons aankochten.

Mocht u hierover nog vragen/opmerkingen hebben, aarzel dan zeker niet mij te contacteren.”

3.9. In het verslag van nazicht van de offertes van 25 januari 2016 wordt de offerte van de nv Culinor aangemerkt als de economisch meest voordelige regelmatige offerte.

Over de technische bekwaamheid van de nv Culinor wordt overwogen:

“De referenties aangeleverd in de offerte waren niet voldoende duidelijk. Op donderdag 6 augustus 2015 werd per e-mail contact opgenomen met de firma Culinor nv door de aanbestedende overheid om verduidelijking te verkrijgen van de referenties. Op dinsdag 11 augustus 2015 ontving de aanbestedende overheid per e-mail verduidelijking van de referenties.”

In de uiteindelijke rangschikking van de regelmatige offertes wordt de offerte van de nv Culinor als eerste gerangschikt met een score van 89,44 punten en een prijs van 2.621.791,33 euro, btw inbegrepen. De offerte van de verzoekende partij wordt als tweede gerangschikt met een score van 86,81 punten en een prijs van 1.947.808,35 euro, btw inbegrepen.

3.10. Op 4 februari 2016 keurt het college van burgemeester en schepenen het verslag van nazicht van de offertes goed en gunt zij de opdracht aan de nv Culinor.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

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

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in een eerste middel onder meer de schending aan van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006, het “beginsel van gelijke behandeling”, zoals vervat in artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006, het bijzonder bestek, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat de nv Culinor niet had mogen worden geselecteerd aangezien deze niet voldeed aan de gestelde selectiecriteria, nu de door haar voorgelegde drie referenties niet voldeden aan de minimumeis van gelijkaardigheid. De nv Culinor heeft, zelfs na daartoe een tweede kans te hebben gekregen, geen drie referenties voorgelegd die tegelijkertijd voldoen aan de eisen inzake omzet, aantal maaltijden en gelijkaardige taakinhoud (onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven of ziekenhuizen). De verwerende partij heeft zelf bevestigd dat de gelijkaardigheid ook de instellingen betrof. De

‡CCDQLBEEC-BCEDIDV‡

referenties van Delhaize, Davigel en Carrefour betreffen geen referenties uitgaande van dergelijke instellingen. De referenties van Sociaal Huis Oostende en de Universiteit Gent kunnen wel worden beschouwd als gelijkaardige instellingen maar voldeden niet aan de minimumvereisten inzake omzet en aantal maaltijden.

7. De verwerende partij betoogt in haar nota dat zij een ruime appreciatiebevoegdheid heeft om het afdoende vergelijkbare karakter tussen de opdracht en de geleverde referenties te beoordelen en dit rekening houdende met de doelstelling van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten, namelijk om de mededinging te laten spelen, zodat aan de gestelde selectiecriteria niet nodeloos een al te strikte invulling mag worden gegeven. De interpretatie van de referenties mag er niet toe leiden dat een inschrijver die wezenlijk in staat is om de opdracht uit te voeren, zou worden uitgesloten. De opsomming van instellingen in het bestek is overigens niet als limitatief te beschouwen.

De verwerende partij merkt voorts op dat de verzoekende partij het bestek verkeerd leest en een verwarring creëert, minstens tracht te creëren, tussen de diensten geleverd in het kader van de referenties, die gelijkaardig moeten zijn naar omvang en taakinhoud, en de afnemer van deze dienst, die een instelling moet betreffen die vergelijkbaar is met onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven en ziekenhuizen. De verzoekende partij focust – onterecht – op het gelijkaardig of zelfs gelijk zijn van de afnemer van deze diensten met onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven en ziekenhuizen. De nadruk bij de gevraagde referenties ligt evenwel “bij de diensten geleverd aan die referentiepersonen, die gelijkaardig moeten zijn naar omvang en taakinhoud”. De voornaamste dienst van huidige opdracht is het produceren en leveren van maaltijden volgens het koudelijnprocédé of ontkoppeld koken en meer bepaald via de vacuümtechniek.

De verwerende partij is dan ook van oordeel dat, nu gelijkaardige diensten werden geleverd aan Delhaize, Carrefour en Davigel, deze te beschouwen zijn als “vergelijkbare instellingen” in de zin van de verduidelijking in de aanvullende publicatie van 27 maart 2015.

8. Ook de tussenkomen de partij benadrukt van haar kant dat de vergelijkbare instellingen niet limitatief zijn opgesomd in het bestek en dat de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire beoordelingsvrijheid beschikt om de referenties van de inschrijvers te beoordelen, dat aan de gestelde selectiecriteria niet nodeloos een al te strikte invulling mag worden gegeven en dat het begrip “gelijkaardig” slaat op de aard van de referenties en moet worden geïnterpreteerd in het licht van de te gunnen opdracht, dat als voorwerp het leveren van maaltijden “bereid volgens het koudelijnprocédé of ontkoppeld koken en meer bepaald via de vacuümtechniek” heeft. Waar in het bestek dus referenties worden gevraagd “van de voornaamste diensten gelijkaardig naar omvang en taakinhoud”, betreft het derhalve de in de opdracht uit te voeren diensten van het leveren van maaltijden in koudelijn/koude aanlevering. Net zoals de verwerende partij, betoogt zij dan ook dat de gelijkaardigheid van referenties en instellingen moet blijken, en *in casu* ook blijkt, uit de gelijkaardigheid van de diensten zelf, namelijk het leveren van maaltijden in koudelijn.

De tussenkomen de partij wijst er ook nog op dat de referenties die de verzoekende partij heeft aangebracht, zelf niet beantwoorden aan de besteksvereisten en zij dus zelfs geen belang bij haar schorsingsvordering heeft, minstens geen belang bij haar middel in zoverre het de referenties betreft.

Beoordeling

9. Inzake de technische bekwaamheid bepaalt het bestek, zoals hiervoor aangehaald, dat de inschrijvers drie referenties “van de voornaamste diensten gelijkaardig naar omvang en taakinhoud (onderwijsinstellingen en/of kinderdagverblijven, ziekenhuizen, ...)” moeten voorleggen.

De verwerende partij verduidelijkte met een bericht in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 maart 2015 dat het, op straffe van uitsluiting, moet gaan om “vergelijkbare instellingen”, wat lijkt te moeten worden geïnterpreteerd als instellingen vergelijkbaar met onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven, ziekenhuizen en dergelijke.

Deze specificiteit stemt overeen met de toelichting bij de beschrijving van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen en het bestek, alsook met de omschrijving daarin van een aantal specifieke leveringsproblematieken zoals de menuplanning voor scholen en kinderdagverblijven, leveringen op schooldagen binnen openingsuren van scholen, collectieve sluitingen van de kinderdagverblijven en peuterspeelruimten.

De verwerende partij bekritiseert de verwarring die de verzoekende partij zou creëren tussen “gelijkaardig” en “vergelijkbaar”. Dit verweer lijkt niet relevant aangezien het de verwerende partij zelf is die in het Bulletin der Aanbestedingen deze termen in haar verduidelijking heeft betrokken en daarbij ook voor de instellingen van de eis van gelijkaardigheid is uitgegaan, stellende: “gelijkaardig (betekent dus vergelijkbare instellingen)”.

10. Terecht wijzen de verwerende en de tussenkomenende partij erop dat de opsomming van instellingen niet limitatief is en dat het mag gaan om andere instellingen dan onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven en ziekenhuizen. Overeenkomstig het bestek en de verduidelijkingen van de verwerende partij moeten die echter vergelijkbaar zijn. Dat die instellingen volgens de verwerende partij in elk geval vergelijkbaar worden indien aan hen maaltijden volgens het koudelijnprocedé of ontkoppeld koken, meer bepaald via de vacuümtechniek, worden geleverd, overtuigt in de huidige stand van het geding niet, in het licht van de te gunnen opdracht, die wat leveringsvoorwaarden betreft in het hiervoor vermelde vierde gunningscriterium wordt verduidelijkt.

11. Op het eerste gezicht blijkt voor de Raad van State niet meteen hoe Delhaize, Carrefour België en Davigol vergelijkbaar zijn – dus “op één lijn te stellen” volgens het Groot woordenboek van de Nederlandse taal Van Dale en niet te verwarren met “identiek” met onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven of ziekenhuizen. Minstens lijkt noch in het gunningsverslag noch in de bestreden beslissing te worden gemotiveerd waarom het te dezen, gelet op de taakhoud van de opdracht, gaat om instellingen vergelijkbaar aan onderwijsinstellingen, kinderdagverblijven of ziekenhuizen. Zulks leek te dezen nochtans noodzakelijk wegens de – relevant voor de opdracht of niet – door het bestek zelf aangegeven specificiteit van de instellingen waarvan referenties worden vereist.

‡CCDQLBEEC-BCEDIDV‡

De bestreden beslissing lijkt bijgevolg genomen met miskennis van een besteksbepaling die voor referenties gelijkaardigheid van instellingen lijkt op te leggen. Minstens lijkt het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden, nu niet blijkt dat de verwerende partij tegen het licht van die besteksbepaling de aard van de instellingen waarvan de gekozen inschrijver referenties voorlegde voldoende heeft onderzocht.

Het middel is in de aangegeven mate ernstig zodat de gevraagde schorsing kan worden bevolen.

12.1. De tussenkomen de partij betwist nog het belang van de verzoekende partij. Zo blijkt volgens de tussenkomen de partij dat slechts twee van de referenties van de verzoekende partij voldoen aan het vereiste aantal maaltijden van 500.000 per jaar.

12.2. De referenties van de verzoekende partij blijken te zijn aanvaard door de verwerende partij. Zoals hiervoor is vastgesteld, dient de schorsing te worden bevolen. Het is na die schorsing van de bestreden beslissing aan de verwerende partij om de bestreden beslissing eventueel in te trekken en daarna hetzij een nieuw onderzoek te verrichten van de referenties hetzij de procedure met andere besteksbepalingen te herbeginnen. In de beide gevallen zou voor de verzoekende partij een nieuwe kans ontstaan zich de opdracht te zien gunnen.

De verzoekende partij beschikt dan ook over het vereiste belang.

VII. Kosten

13. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procesverloop, de kosten, rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Culinor tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 4 februari 2016 om het gunningsverslag met betrekking tot de overheidsopdracht van diensten – Raamovereenkomst voor maaltijden voor verschillende onderwijsinstellingen van de stad Gent – SLS/2015/030/2656 d.d. 25 januari 2016 goed te keuren en om deze opdracht aan de nv Culinor, met maatschappelijke zetel te 9070 Destelbergen, Houtstraat 46, te gunnen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 maart 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.
De griffier	De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest