RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 234.715 van 12 mei 2016
in de zaak A. 219.041/XII-8131

In zake: de NV COMPASS GROUP BELGILUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN TERVUREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Ten Bos 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 april 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 31 maart 2016 van het Vast Bureau van het OCMW Tervuren inzake de overheidsopdracht voor aanneming van diensten 'bereiden en leveren van warme maaltijden' (bestek nr. 15.08), om :
- perceel 1 te gunnen aan de firma ISS, Congresstraat 35 te 1000 Brussel,
- perceel 1 niet te gunnen aan Compass Group Belgilux nv, Haachtsesteenweg 1179 te 1130 Haren (Brussel-Stad)".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 mei 2016, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Aline Heyrman, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die in eigen naam en *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Tervuren (hierna: OCMW Tervuren) schrijft een overheidsopdracht uit voor het bereiden en leveren van maaltijden voor woonzorgcentrum Zoniën, dagverzorgingscentrum De Den, een kinderdagverblijf, en basisscholen in Tervuren.

De opdracht wordt door de aanbestedende overheid in het toepasselijke bestek gekwalificeerd als een opdracht van diensten, categorie B 17 hotel- en restauratiediensten.

De opdracht wordt geraamd op 2.615.000,00 euro (btw niet inbegrepen) en gegund bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De opdracht omvat drie percelen:

> Perceel 1: bereiding en levering van ontbijtmaaltijden, middagmalen, vieruurtjes en avondmaaltijden aan het woonzorgcentrum Zoniën, en bereiding en levering van vieruurtjes en middagmalen in bulk aan het dagverzorgingscentrum "De Den".
>
> Perceel 2: bereiding en levering van middagmalen in bulk aan basisscholen (leerlingen en personeel).
>
> Perceel 3: bereiding en levering van fruit en maaltijden voor het kinderdagverblijf, volgens de regelgeving van Kind & Gezin.

Het bereiden en leveren van de maaltijden voor elk van de drie percelen gebeurt vanuit de centrale keuken van het woonzorgcentrum Zoniën, in de huidige toestand, of vanuit een zelfgekozen vestiging.

Enkel perceel 1 van de opdracht maakt het voorwerp uit van de voorliggende vordering.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 2 september 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 5 september 2015.

3.3. Bij beslissing van 29 oktober 2015 worden 11 kandidaten geselecteerd en vervolgens bij schrijven van 30 oktober 2015 en 20 november 2015 uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.4. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek omschrijft het verloop van de onderhandelingsprocedure en de gunningscriteria.

Voorts wordt het "beoordelingsproces" in het bestek als volgt omschreven:

> "De quotaties voor de 3 gunningscriteria worden opgeteld. De opdracht zal worden gegund aan de inschrijver met de hoogste eindquotatie.
>
> Een offerte die voor één van de gunningscriteria niet voldoet aan de wettelijke voorschriften of de bepalingen van dit bestek, wordt uitgesloten.

De beoordeling van de gunningscriteria zal gebeuren door een door ons aangestelde jury.

Teneinde de kwaliteit van de te leveren producten te kunnen meten, moeten de inschrijvers één gewone, één dieet-, en één fingerfoodmaaltijd, incl. soepen en nagerechten, representatief voor de dagelijkse produktie, aanbieden. De inschrijvers zullen van de exacte datum, uur en plaats op de hoogte gebracht worden bij aangetekend schrijven. Voor elk jurylid dient een proefmaaltijd geleverd te worden.

Op de doos moet een etiket gekleefd zijn met vermelding van de naam en het adres van de inschrijver. De temperatuur van de warme maaltijden zal circa 1 uur na de aflevering gemeten worden. De inschrijver mag bij de temperatuursmeting aanwezig zijn.

Voor de maaltijden, verpakkingen of dozen mogen geen kosten aangerekend worden. De verpakkingen en/of dozen mogen na afspraak terug opgehaald worden. Het OCMW kan niet aansprakelijk gesteld worden voor eventueel verloren verpakkingen en/of dozen.

Bij te voegen bescheiden ter beoordeling van de kwaliteit:
- lijst van de voorgestelde producten, variatie en samenstelling van de diverse menu's
- beschrijving van de voedingswaarde, calorieën, grammage en aanbieding (versheid, diepvries)
- beschrijving van de materialen van de recipiënten.

Deze jury ter beoordeling van de proefmaaltijden bestaat uit 5 leden: de WZC directeur, de WZCverantwoordelijke, de verantwoordelijke van het dagverzorgingscentrum 'De Den', en 2 afgevaardigden van de scholen.

Voor het gunningscriterium 'prijs' worden de offertes relatief gescoord tov het gemiddelde van alle inzendingen. Een afwijking van 20% leidt tot uitsluiting. Na toepassing van deze uitsluitingsregel, wordt de offerte die de laagste prijs aanbiedt het maximum van de punten toegekend. De andere scores worden in verhouding berekend, volgens de formule: X/Y x Z

Waarbij X=prijs van de goedkoopste aanbieder
Y=prijs van aanbieder waarvoor score wordt berekend
Z=maximum score, in voorkomend geval=35."

3.5. Op 12 november 2015 vindt een informatiesessie plaats. Het verslag van de informatiesessie wordt aan alle geselecteerde kandidaten bezorgd.

3.6. Vervolgens dienen uitsluitend de nv ISS en de verzoekende partij een offerte in, en dit telkens voor alle percelen.

3.7. Aan beide inschrijvers worden daarna met een e-mailbericht van 1 maart 2016 een aantal vragen tot verduidelijking van hun offerte gesteld, die door de inschrijvers worden beantwoord.

3.8. Met een e-mailbericht van 18 maart 2016 vraagt de verwerende partij aan beide inschrijvers om "[hun] offerte te optimaliseren en zo [de] laatste, en beste, prijs voor te leggen voor wat betreft de maaltijdprijzen voor kleuters, lagere school en 1 liter soep".

Beide inschrijvers dienen vervolgens voor het betrokken perceel 2 nog een BAFO offerte in.

De verzoekende partij vermeldt in haar BAFO offerte echter uitdrukkelijk dat de in de BAFO geboden prijzen voor perceel 2 "enkel van toepassing zijn bij een gunning van de verschillende percelen, gezien een optimalisatie gehaald wordt uit de gemeenschappelijke aanpak".

3.9. Op 24 maart 2016 beslist de verwerende partij om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de nv ISS, perceel 2 te gunnen aan de verzoekende partij en om perceel 3 niet te gunnen.

Met een schrijven van 25 maart 2016 wordt deze beslissing meegedeeld aan de inschrijvers. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag.

3.10. Op 31 maart 2016 beslist de verwerende partij om de voormelde beslissing van 24 maart 2016 in te trekken aangezien het gunningscriterium "innovativiteit" in het bijhorende gunningsverslag niet werd opgenomen.

Er wordt een nieuw, aangepast gunningsverslag opgesteld dat, wat perceel 1 van de opdracht betreft, de volgende samenvattende puntentabel bevat :

Criterium	Kwaliteitssysteem			Prijs	Innovativiteit	Totaal
	1)controle/ Rapportering Organisatie/ bijstand	2)diensten	3)proefmaal-tijd	Eenhpr/mod		
# punten	25	20	5	35/5	10	100
ISS	23	19	3,75	35/4	5	89,75
Compass Group	21	20	2,65	34,49/5	5	88,65

3.11. Op grond van het aangepaste gunningsverslag, wordt op 31 maart 2016 opnieuw beslist om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de nv ISS, perceel 2 te gunnen aan de verzoekende partij en om perceel 3 niet te gunnen.

Met een aangetekend schrijven 1 april 2016 gedateerd worden de nieuwe gunningsbeslissing en het gunningsverslag meegedeeld aan de inschrijvers.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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 beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', van artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', evenals van het gelijkheidsbeginsel, "het transparantiebeginsel, het legaliteitsbeginsel *(patere legem quam ipse fecisti)*, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur".

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "doordat het bestek als algemene regel voorziet dat de inschrijvers een Best and Final Offer (BAFO) kunnen indienen, en verder aan de inschrijvers de ruimte laat om verbeteringsvoorstellen in te dienen, voor zover meerdere percelen hen zouden worden gegund;
> terwijl de aanbestedende overheid de mogelijkheid om een BAFO in te dienen heeft beperkt tot perceel 2 en heeft uitgesloten voor perceel 1 en 3; en
> terwijl de aanbestedende overheid in strijd met de besteksbepalingen de mogelijkheid tot prijsoptimalisatie, in geval van een samenvoeging van perceel 1 en perceel 2, heeft belet door geen BAFO toe te laten voor alle percelen;
> zodat de aangevochten beslissingen de hierboven gevoerde wettelijke en reglementaire voorschriften schenden en verzoekende partij ten onrechte de gunning van perceel 1 is ontnomen".

In toelichting bij het middel verduidelijkt zij dat het bestek bepaalt dat het bereiden en leveren van de maaltijden voor elk van de drie percelen gebeurt vanuit de centrale keuken van het woonzorgcentrum Zoniën. Voorts wordt aan de leverancier de mogelijkheid geboden om diverse prijzen voor te stellen, al

naargelang er wordt ingeschreven op één of beide percelen. Het bestek verbiedt de inschrijvers aldus niet om een offerte in te dienen voor meerdere percelen. Het bestek verbiedt de inschrijvers evenmin om prijskortingen of verbeterings-voorstellen in te dienen, voor zover meerdere percelen hun zouden worden gegund.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de punten die aan de offerte van de nv ISS (89,75), respectievelijk aan de offerte van verzoekende partij (88,65) zijn toegekend, wat perceel 1 betreft, uiterst dicht bij elkaar liggen. Hierbij dient volgens de verzoekende partij rekening te worden gehouden met het feit dat de toegekende score voor de eenheidsprijs van de verzoekende partij volgens de toepasselijke formule in werkelijkheid 34,94 dient te bedragen, en niet 34,49 zoals in het gunningsverslag wordt vermeld. Het betreft volgens haar een typefout. Dit wil zeggen dat de eenheidsprijzen van beide offertes een miniem verschil vertonen, en de toegekende totaalscores voor de beide offertes in werkelijkheid slechts een onderling verschil vertonen van 1,10 punten.

Hoewel het bestek voor de verschillende percelen in eenzelfde verloop van de onderhandelingsprocedure voorziet, waarbij ook het indienen van een BAFO-offerte als algemene regel wordt opgenomen, heeft de verwerende partij de verzoekende partij enkel de mogelijkheid geboden om een BAFO-offerte in te dienen voor perceel 2.

Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat het verbeterings-voorstel dat zij in haar BAFO-offerte voor perceel 2 heeft opgenomen, van toepassing is bij een gunning van de verschillende percelen gezien de optimalisatie gehaald wordt uit de gemeenschappelijke aanpak. De aanbestedende overheid heeft hiermee echter geen rekening gehouden bij de gunning van de opdracht. Zij heeft de offertes immers per perceel beoordeeld, zonder toepassing te maken van de optimalisatie die verzoekende partij naar voren had geschoven. Om de economisch voordeligste offerte te bepalen dient volgens de verzoekende partij nochtans rekening te worden gehouden met geldig aangeboden verbeterings-voorstellen voor zekere gegroepeerde percelen en met het economisch voordeligste geheel van alle percelen.

Gelet op het nipte verschil tussen de toegekende scores bij perceel 1, en meer specifiek het minieme verschil tussen de eenheidsprijzen van beide offertes, zou volgens de verzoekende partij de prijsoptimalisatie, die via een samenvoeging van de percelen mogelijk wordt gemaakt, tot gevolg hebben dat de opdracht ook voor perceel 1 aan de verzoekende partij diende te worden gegund.

Beoordeling

6. Overeenkomstig het geschonden geachte artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006 dienen de aanbestedende overheden de aannemers, leveranciers en dienstverleners op gelijke, niet-discriminatoire en transparante wijze te behandelen.

7. De verzoekende partij voert daarnaast tevens de schending aan van artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

Dit artikel luidt:

> "Bij een onderhandelingsprocedure wordt de opdracht gegund, hetzij aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend, hetzij aan de inschrijver die de offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdend met de gunningscriteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en een objectieve vergelijking van de offertes mogelijk maken op basis van een waardeoordeel. In dit laatste geval, wanneer het gaat om een opdracht die de drempel vermeld in artikel 32 bereikt, specificeert de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten de weging van elk gunningscriterium. Deze weging kan eventueel worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid.
> Het vorige lid is niet toepasselijk op:
> 1° de opdrachten voor diensten bedoeld in bijlage II, B, van de wet;
> (...)"

Zoals blijkt uit het tweede lid van deze bepaling zijn de in het eerste lid van dit artikel vermelde verplichtingen niet van toepassing op opdrachten voor de aanneming van diensten bedoeld in bijlage II, B, van de voormelde wet. De kwalificatie door de aanbestedende overheid van de voorliggende opdracht als een

opdracht van diensten, categorie B 17, hotel- en restauratiediensten, wordt door de verzoekende partij niet betwist. De verzoekende partij lijkt niet te verduidelijken op welke wijze zij in dit licht het betrokken artikel 107 toch geschonden acht. Het middel is dan ook niet ernstig in zoverre het steunt op de schending van deze bepaling.

8. Wat de andere aangevoerde rechtsschendingen betreft, moet worden opgemerkt dat de gevolgde gunningsprocedure een onderhandelings-procedure is. Deze procedure is gekenmerkt door een zekere mate van flexibiliteit. Deze flexibiliteit is evenwel niet onbeperkt. Ze wordt in elk geval begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en door de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek heeft bepaald.

9. Op het eerste gezicht dient de opmerking in het verzoekschrift, dat de toegekende score voor de eenheidsprijs van de verzoekende partij voor perceel 1 bij het prijscriterium in werkelijkheid 34,94 dient te bedragen, in de plaats van de in het gunningsverslag vermelde score van 34,49, zich niet aan als een duidelijke grief. De verzoekende partij stelt immers zelf dat het slechts een typefout betreft.

Op dit punt lijkt het middel dan ook niet ontvankelijk.

10. In haar middel uit de verzoekende partij daarnaast twee grieven inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure. Zij verwijt aldus de aanbestedende overheid dat zij de verzoekende partij, in weerwil van het bestek, enkel de mogelijkheid zou hebben geboden om een BAFO-offerte in te dienen voor perceel 2 van de opdracht. Daarnaast verwijt zij de verwerende partij dat deze de offertes per perceel heeft beoordeeld, zonder toepassing te maken van de optimalisatie bij gunning van de drie percelen, die de verzoekende partij naar voren had geschoven in haar verbeterde offerte voor perceel 2.

11. Wat de eerste grief betreft, luidt de definitie van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking in artikel 3, 8°, van de voormelde wet van 15 juni 2006: “de gunningsprocedure waarbij […] over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers.. […]”. Meer

bepaald uit het gebruik van het woord “kan” lijkt voor de aanbestedende overheid uit die bepaling geen principiële verplichting tot onderhandelen te mogen worden afgeleid bij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, zoals ze te dezen is doorlopen. Ook lijkt het loutere feit dat de aanbestedende overheid in het bestek in de mogelijkheid heeft voorzien om na de onderhandelingen een BAFO-offerte op te maken, niet te impliceren dat de aanbestedende overheid hiertoe ook is verplicht.

12. Te dezen wordt de onderhandelingsprocedure in het bestek als volgt toegelicht:

> “In een eerste fase worden de ingediende offertes onderzocht op het vlak van de administratieve regelmatigheid. Onregelmatige offertes worden geweerd. De administratief regelmatige offertes zullen in een tweede fase op inhoudelijk vlak worden onderzocht door een evaluatiecommissie. Dit onderzoek zal gebeuren op basis van de gunningscriteria vermeld in dit bestek en heeft tot doel een shortlist samen te stellen van inschrijvers waarmee de onderhandelingen zullen worden gevoerd. Nadien volgt de fase van de onderhandelingen. Ingevolge deze onderhandelingen kunnen de inschrijvers een wijzigende offerte indienen of bijkomende stukken bij hun offerte voegen. Na het afsluiten van de onderhandelingen, zullen de definitieve versies van de offerte worden getoetst aan de gunningscriteria. De inschrijver met de economisch voordeligste offerte (dus deze die het best scoort op basis van de hieronder vermelde gunningscriteria) zal voor deze opdracht als dienstverlener worden aangeduid.”

13. Op het eerste gezicht kan uit de voormelde besteksbepaling geen absolute verplichting voor de aanbestedende overheid worden afgeleid om voor elk perceel van de opdracht een BAFO-offerte te vragen. Er wordt slechts bepaald dat ingevolge de onderhandelingen de inschrijvers een wijzigende offerte kunnen indienen of bijkomende stukken bij hun offerte kunnen voegen en dat, na het sluiten van de onderhandelingen, het de definitieve versies van de offertes zullen zijn die worden getoetst aan de gunningscriteria.

Uit de stukken van het administratief dossier lijkt bovendien te kunnen worden afgeleid dat de onderhandelingen niet beperkt zijn gebleven tot het aan de verzoekende partij gegunde perceel 2 van de opdracht. Zulks blijkt uit het feit dat de verwerende partij aan beide inschrijvers met een e-mailbericht van 1 maart 2016 vragen tot verduidelijking van hun offerte heeft gesteld, die door de inschrijvers werden beantwoord.

Met een e-mailbericht van 18 maart 2016 heeft de verwerende partij vervolgens aan beide inschrijvers nog gevraagd om hun offerte te optimaliseren (wat perceel 2 betreft) en "om de laatste, en beste, prijs voor te leggen voor de maaltijdprijzen voor kleuters, lagere school en 1 liter soep". Beide inschrijvers hebben vervolgens voor dit perceel nog een BAFO-offerte ingediend, waarbij de verzoekende partij uitdrukkelijk vermeldt dat de in de BAFO geboden prijzen voor perceel 2 "enkel van toepassing zijn bij een gunning van de verschillende percelen, gezien een optimalisatie gehaald wordt uit de gemeenschappelijke aanpak".

Voorts lijkt het dat de verwerende partij bij de toetsing aan de gunningscriteria het geheel van de door de inschrijvers ingediende documenten bij de beoordeling heeft betrokken.

Het blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de verwerende partij gehandeld zou hebben in strijd met de hiervoor aangehaalde besteks-bepalingen inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure.

14. Wat de tweede grief betreft, kan krachtens de artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' de Raad van State een schorsing enkel bevelen op verzoek van degene die "door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld". Aldus lijkt het belang van de verzoekende partij bij deze grief niet vast te staan aangezien het verbeteringsvoorstel waarmee de verwerende partij beweerdelijk geen rekening zou hebben gehouden, slechts lagere prijzen inhield voor perceel 2, welk perceel echter hoe dan ook reeds aan de verzoekende partij werd gegund.

15. Volgens het verbeteringsvoorstel van de verzoekende partij zelf is het voorts slechts van toepassing "bij een gunning van de verschillende percelen, gezien een optimalisatie gehaald wordt uit de gemeenschappelijke aanpak" en dus op het eerste gezicht niet wanneer slechts één of twee van de drie percelen zouden worden gegund aan de verzoekende partij.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006, minstens schending van het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel, als beginselen van behoorlijk bestuur; evenals van "het legaliteitsbeginsel (*patere legem quam ipse fecisti*); het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht (overheidsbeslissingen moeten berusten op in feite juiste en in rechte pertinente motieven), het vertrouwensbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "doordat de aanbestedende overheid gehouden is voorafgaandelijk aan de inschrijvers duidelijk kenbaar te maken op welke basis de opdracht zal worden toegewezen, zodat blijkt dat er een eerlijke en redelijk verantwoordbare afweging is gemaakt van de verschillen tussen de offertes en blijkt dat alle kandidaten op gelijke wijze zijn behandeld;
> doordat de aanbestedende overheid minstens gehouden is door de regels inzake de inhoudelijke beoordeling van de offertes die in het bestek zijn vastgesteld;
> terwijl in het bestek bepaalde elementen verkeerdelijk worden voorgesteld als beoordelingselementen ter verduidelijking van het gunningscriterium;
> terwijl in het bestek geen gewicht wordt toegekend aan de onderscheiden criteria die in werkelijkheid als subsubgunningscriteria zijn beschouwd;
> terwijl de betrokken beoordelingsmethodiek niet toelaat na te gaan welke beoordelingselementen zijn benut voor de toekenning van de scores en hoe een cijfermatige score tot stand is gekomen.
> zodat de aangevochten de beslissingen de hierboven gevoerde wettelijke en reglementaire voorschriften schenden en verzoekende partij niet in staat is controle uit te oefenen op de wijze waarop de aanbestedende overheid de offertes heeft beoordeeld."

De toelichting bij het middel is opgesplitst in twee onderdelen.

In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden door de offertes te onderwerpen aan een inhoudelijke beoordeling aan de hand van subsubgunningscriteria en wegingscoëfficiënten die niet in het bestek zijn opgenomen.

Dit gegeven heeft volgens de verzoekende partij een invloed gehad op de voorbereiding van de inschrijvingen nu niet bekend was welk gewicht aan elk van de subsubcriteria zou worden gegeven. Doordat aan de subsubcriteria van het eerste subgunningscriterium "controle/rapportering/bijstand" een ongelijke weging werd toegekend, zou de verzoekende partij ook in haar rechtmatige verwachtingen zijn geschonden.

In het tweede onderdeel werpt zij op dat de beoordelings-methodiek voor het subgunningscriterium "kwalitatieve beoordeling proef-maaltijd", zoals vastgesteld in het gunningsverslag, niet vooraf is bekendgemaakt. Bovendien is het volgens haar onduidelijk hoe men aan de uiteindelijke scores van de proefmaaltijden is gekomen. In dit verband merkt zij vooreerst op dat het onduidelijk is hoe een identieke maaltijd anders kan worden beoordeeld voor perceel 1, dan voor perceel 2. Er wordt geen verband gelegd tussen de uiteindelijke score en de verkregen kruisjes en minnetjes, noch wordt er weergeven hoeveel kruisjes of minnetjes elk jurylid heeft gegeven. Voorts is het volgens haar onduidelijk of de juryleden een score (in de vorm van kruisjes en minnetjes) hebben gegeven voor de proefmaaltijd in het algemeen, of voor bepaalde categorieën afzonderlijk. Ook laten de toegekende punten volgens de verzoekende partij niet toe om op afdoende wijze de omvang van de verschillen tussen de offertes te vertalen.

Ook uit de inhoudelijke beoordeling van het derde gunningscriterium "innovativiteit" kan volgens haar niet worden afgeleid hoe men aan de cijfermatige score is gekomen. Er is volgens de verzoekende partij geen enkel aanknopingspunt voor de toekenning van het betrokken cijfer, zoals bijvoorbeeld via een puntentabel. De verwerende partij lijkt volgens haar gemakkelijkheidshalve aan elk van de inschrijvers de helft van de punten te hebben toegekend, zonder grondige beoordeling.

De gehanteerde beoordelingsmethodieken voor het subgunningscriterium ‘kwalitatieve beoordeling van de proefmaaltijd’ en het gunningscriterium “innovativiteit” schieten volgens de verzoekende partij dan ook tekort in de doelstelling om het beoordelingsproces transparanter en objectiever te maken. De betrokken methodiek laat immers niet toe na te gaan welke beoordelingselementen zijn benut voor de toekenning van de scores en hoe een cijfermatige score tot stand is gekomen, waardoor de gelijkheid onder de inschrijvers is verstoord. De bestreden beslissingen zijn volgens de verzoekende partij dan ook niet zorgvuldig en niet in redelijkheid genomen.

Beoordeling

18. De voorliggende opdracht wordt gegund bij onderhandelings-procedure met bekendmaking en wordt zoals hiervoor reeds vastgesteld, door de aanbestedende overheid gekwalificeerd als een opdracht van diensten, categorie B 17 hotel- en restauratiediensten, welke kwalificatie door de verzoekende partij niet wordt betwist. De diensten die het voorwerp uitmaken van deze opdracht lijken aldus te behoren tot de categorie 17 “hotel- en restauratiediensten” van Bijlage II B van voormelde wet van 15 juni 2006.

19. Zoals blijkt uit het na randnummer 7 aangehaalde artikel 107, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 gelden de in het voormelde artikel 107 vermelde verplichtingen aangaande de gunningscriteria en weging ervan niet voor de gunning van opdrachten voor diensten bedoeld in bijlage II, B, van de wet, zoals de voorliggende opdracht.

20. Het voorgaande neemt niet weg dat de verwerende partij op grond van het *patere legem quam ipse fecisti* -beginsel ertoe gehouden is, ook in een onderhandelingsprocedure, die gekenmerkt is door een zekere mate van flexibiliteit, om de regels die ze in haar eigen bestek heeft opgelegd te eerbiedigen. Uit dat beginsel vloeit aldus voort dat de aanbestedende overheid bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes in elk geval gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld, naast de verplichtingen die voortvloeien uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

21. De gunningscriteria worden in het bestek omschreven als volgt:

> "De gunningscriteria in dalende rangorde van belangrijkheid, zijn de volgende:
>
> 1. Kwaliteitssysteem (50%), waaronder:
> 1) de wijze van controle van de keukenprestaties en de rapportering aan het OCMW en de bijstand inzake menuplanning, animatie, hygiënebeheer en andere (25%)
> 2) waarde van het voorgestelde dienstenpakket en het organisatie-model, gestaafd door een gedetailleerde uitwerking van het dossier, alsook de garanties naar continuïteit en flexibiliteit van de dienstverlening (20%)
> 3) kwalitatieve beoordeling van de proefmaaltijd (5%)
> 2. Het inschrijvingsbedrag (40%), waaronder:
> 1) éénheidsprijs (35%)
> 2) Betalingsmodaliteiten en condities (5%)
> 3. Innovativiteit (10%)"

22. Daargelaten de vraag of de door de verzoekende partij aangehaalde beoordelingselementen als subsubgunningscriteria dienen te worden aangemerkt, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingselementen, alle reeds duidelijk bleken uit de omschrijving van de gunningscriteria in het bestek.

23. Op het eerste gezicht was het voor de verzoekende partij dan ook voorzienbaar dat haar offerte bij de beoordeling zou worden getoetst aan die criteria.

24. Voorts valt op te merken dat het bestek enkel een weging vermeldt bij de gunningscriteria en bij de eerste twee subgunningscriteria, doch niet voor de andere beoordelingselementen en dat de verwerende partij hiertoe, zoals hiervoor uiteengezet, gelet op de aard van de opdracht ook niet verplicht leek te zijn.

25. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

26. In het tweede middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij de gehanteerde beoordelingsmethode voor het derde subgunningscriterium “kwalitatieve beoordeling van de proefmaaltijd” van het eerste gunningscriterium, “kwaliteitssysteem”, enerzijds, en voor het derde gunningscriterium “innovativiteit”, anderzijds.

Zij voert meer bepaald aan dat de betrokken beoordelings-methodieken niet toelaten na te gaan welke beoordelingselementen zijn benut voor de toekenning van de scores en hoe een cijfermatige score tot stand is gekomen.

27. Daarbij dient te worden vastgesteld dat in het middel een schending wordt ingeroepen van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 en van een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er wordt daarentegen geen schending ingeroepen van regelgevingen die de formele motivering betreffen.

Voorts valt op te merken dat het tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid behoort om de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beste beoordelingsmethode bepalen maar mag desgevraagd de gebruikte methode enkel op haar rechtmatigheid toetsen, meer bepaald betreffende de mate waarin ze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken.

28. Wat het derde subgunningscriterium “kwalitatieve beoordeling van de proefmaaltijd” van het gunningscriterium “kwaliteitssysteem” betreft, werd op het eerste gezicht op transparante wijze in het bestek reeds aangekondigd dat dit subgunningscriterium door een jury zou worden beoordeeld.

29. Het bestek bepaalt dienaangaande:

> “Teneinde de kwaliteit van de te leveren producten te kunnen meten, moeten de inschrijvers één gewone, één dieet-, en één fingerfoodmaaltijd, incl. soepen en nagerechten, representatief voor de dagelijkse produktie,

aanbieden. De inschrijvers zullen van de exacte datum, uur en plaats op de hoogte gebracht worden bij aangetekend schrijven. Voor elk jurylid dient een proefmaaltijd geleverd te worden.

Op de doos moet een etiket gekleefd zijn met vermelding van de naam en het adres van de inschrijver. De temperatuur van de warme maaltijden zal circa 1 uur na de aflevering gemeten worden. De inschrijver mag bij de temperatuursmeting aanwezig zijn.

Voor de maaltijden, verpakkingen of dozen mogen geen kosten aangerekend worden. De verpakkingen en/of dozen mogen na afspraak terug opgehaald worden. Het OCMW kan niet aansprakelijk gesteld worden voor eventueel verloren verpakkingen en/of dozen.

Bij te voegen bescheiden ter beoordeling van de kwaliteit:
- lijst van de voorgestelde producten, variatie en samenstelling van de diverse menu's
- beschrijving van de voedingswaarde, calorieën, grammage en aanbieding (versheid, diepvries)
- beschrijving van de materialen van de recipiënten
-18 van 25-
Deze jury ter beoordeling van de proefmaaltijden bestaat uit 5 leden: de WZC directeur, de WZCverantwoordelijke, de verantwoordelijke van het dagverzorgingscentrum "De Den", en 2 afgevaardigden van de scholen."

30. Uit het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partij voor dit subgunningscriterium "proefmaaltijd" voor perceel 1, 2,65/5 punten behaalt, tegenover 3,75/5 voor de nv ISS.

In het gunningsverslag vindt men hieromtrent onder meer:

"Voor de proefmaaltijd werden mogelijke scores gebruikt van zeer goed (XX), goed (X), negatief (-) en zeer negatief (--). De verhouding tussen het maximaal aantal te behalen kruisjes met het werkelijk behaalde aantal werd als puntenverhouding genomen.
Wij zijn er ons van bewust dat beoordeling van dit criterium afhankelijk is van persoonlijke smaak. In het algemeen kunnen we stellen dat bij beide leveranciers het aanbod kon 'gesmaakt' worden, met echter ook unanimiteit over de ondermaatse kwaliteit van de aardappelpuree die werd aangeboden door Compass, in de categorie dieetvoeding.

[…]

Omdat een maaltijd voor een DVC / WZC anders wordt beoordeeld dan een schoolmaaltijd werden deze afzonderlijk gescoord."

31. De concrete beoordelingsmethodiek die door de jury werd gehanteerd bij de beoordeling van dit subgunningscriterium wordt aldus door de verwerende partij uiteengezet in het gunningsverslag en blijkt voorts ook uit de interne beoordelingsdocumenten, die de verwerende partij neerlegt als stukken I en J van het gedeelte van het administratief dossier, waarvoor zij de vertrouwelijke behandeling vraagt.

De verzoekende partij betoogt overigens slechts dat de beoordelingsmethodiek die wordt vastgesteld in het gunningsverslag niet vooraf is bekendgemaakt, doch voert niet aan dat de verwerende partij hiertoe verplicht zou zijn. Daarbij lijkt overigens opnieuw rekening te moeten worden gehouden met de aard van de opdracht waardoor de in het hiervoor aangehaalde artikel 107 vermelde verplichtingen aangaande de gunningscriteria en weging *prima facie* niet gelden.

32. In de mate dat de verzoekende partij voorts inroept dat de betrokken beoordelingsmethodiek niet toelaat na te gaan welke beoordelings-elementen zijn benut voor de toekenning van de scores voor de proefmaaltijd en hoe een cijfermatige score tot stand is gekomen, dient er opnieuw aan te worden herinnerd dat de verzoekende partij in het middel geen schending heeft ingeroepen van regelgevingen betreffende formele motivering.

Welke beoordelingselementen zijn benut voor de toekenning van de scores voor het subgunningscriterium "kwalitatieve beoordeling van de proefmaaltijd" blijkt op het eerste gezicht reeds in het bestek te lezen, waarin onder de titel "12.2.2. Beoordelingsproces" immers reeds wordt opgemerkt dat "teneinde de kwaliteit van de te leveren producten te kunnen meten de inschrijvers één gewone, één dieet, en één fingerfoodmaaltijd, incl. soepen en nagerechten [moeten] aanbieden". Uit het gunningsverslag en de overige stukken van het administratief dossier aangaande de beoordeling van de proefmaaltijd, meer bepaald het afzonderlijk werkblad (stuk I adm. dossier) en de individuele beoordelingsfiches van de juryleden (stuk J adm. dossier), samen genomen, blijkt op het eerste gezicht dat ook effectief de voormelde elementen zijn beoordeeld.

Hoe de cijfermatige score tot stand is gekomen, lijkt eveneens te kunnen worden afgeleid uit het gunningsverslag en de overige stukken van het administratief dossier aangaande de beoordeling van de proefmaaltijd, meer bepaald het afzonderlijk werkblad (onderdeel van stuk I adm. dossier) en de individuele beoordelingsfiches van de juryleden (stuk J adm. dossier).

Die stukken lijken op het eerste gezicht van aard om een puntentotaal van 2,65/5 punten voor de verzoekende partij, tegenover 3,75/5 voor de nv ISS te verantwoorden.

Het lijkt dus niet dat de toegekende punten op geen enkele wijze in verhouding staan tot de verschillen tussen de offertes, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt.

Aangaande de nieuwe grieven die inzake de beoordeling van de proefmaaltijden door de verzoekende partij ter terechtzitting werden aangebracht, lijken die laattijdig, nu het administratief dossier waaruit de grieven worden geput, reeds een aantal dagen vóór de terechtzitting ter griffie was neergelegd en aldus voor de verzoekende partij ter beschikking was. De handelwijze van de verzoekende partij, deze grieven pas ter terechtzitting in het mondeling debat aan te brengen, verhindert de verwerende partij en het auditoraat immers om ze terdege te onderzoeken en te beantwoorden.

33. Voorts dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat het feit dat dezelfde proefmaaltijden een andere score behaalden voor de verschillende percelen, in het gunningsverslag reeds als volgt wordt verantwoord: “Omdat een maaltijd voor een DVC/WZC anders wordt beoordeeld dan een schoolmaaltijd werden deze afzonderlijk gescoord”.

34. Overigens valt op het eerste gezicht niet in te zien welk belang de verzoekende partij heeft bij haar kritiek op de gehanteerde beoordelings-methode voor de beoordeling van dit subgunningscriterium aangezien uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de keuze voor een beoordelingsmethode waarbij enkel de positieve scores (“het werkelijk behaalde aantal kruisjes”) werden meegeteld, de verzoekende partij als enige inschrijver die

ook verschillende scores (-) of (--) heeft behaald veeleer lijkt te hebben bevoordeeld dan benadeeld.

35. Wat ten slotte de kritiek van de verzoekende partij op de gehanteerde beoordelingsmethode voor het derde gunningscriterium "innovativiteit" betreft, dient te worden vastgesteld dat beide inschrijvers hiervoor een score van 5 op 10 punten behalen, wat in het gunningsverslag als volgt wordt verantwoord:

> "Onder het criterium 'innovativiteit' kan een brede waaier aan items worden geplaatst. Beide kandidaten vullen dit naar eigen interpretatie in. Zonder afbreuk te willen doen aan de intrinsieke waarde van de concrete invulling, vinden wij bij geen van beide kandidaten iets unieks terug.
>
> Compass Group haalt een aangepaste animatie- en themakalender aan, maar ook ISS heeft een doorgedreven animatieprogramma en werkt rond thema's. Compass Group vermeldt specifiek de strijd tegen ouderdomsondervoeding, maar ook de menuplanning van ISS is daarop afgestemd. Compass Group stelt de 'ServPlus'-aanpak voor, waarbij de resident met een maximum aan keuzevrijheid centraal staat. Dit vonden we ook terug bij het item 'flexibiliteit', en werd ook hier gescoord. Compass Group vermeldt innovatieve buffet- en plateauwagens, doch we vinden deze ook terug bij ISS. Compass Group engageert zich op vlak van milieubeleid, is ISO 14001-gecertificeerd (zie hoger), en stelt zich het EMAS-certificaat tot doel. Zij sensibiliseren medewerkers, en klanten, op vlak van afvalbeheer en duurzaamheid, elektriciteits- en waterverbruik. Maar ook ISS stelt zich tot doel de ecologische voetafdruk te verminderen, en beroept zich op certificaten als 'Rainforrest Alliance', en Max Havelaar. Beide leveranciers organiseren het distributieplatform dusdanig dat het aantal gereden kilometers drastisch wordt beperkt.
>
> ISS geeft als innovatief aan dat één operationeel verantwoordelijke zich exclusief toelegt op de rusthuizen en woonzorgcentra. Maar ook Compass Group heeft een SPOC (Single Point of Contact). ISS beschikt over een afdeling die onderzoek doet naar innovatieve technologieën, en die de implementatie daarvan bewerkstelligt. Het Service Excellence Team bestaat uit specialisten die over een rijke operationele ervaring beschikken. De organisatiestructuur van Compass Group is op dezelfde principes gestoeld. ISS stelt de opleiding voor haar werknemers ook open voor werknemers van het OCMW. Ook dit vinden we eveneens terug bij Compass Group.
>
> Beide kandidaten geven aan het begrip 'innovativiteit' niet dezelfde invulling, toch vinden wij ieder aspect dat door de ene wordt aangehaald

ook terug bij de andere, zij het elders in de offerte. Daarom geven wij beide kandidaten een gelijke score van 5 punten."

Op het eerste gezicht blijkt het gunningsverslag aldus een vrij omvangrijke en concrete motivering te bevatten waarom aan beide inschrijvers een gelijke score werd toegekend voor dit gunningscriterium, ondanks de verschillen in de offertes en ook waarom deze slechts de helft van de punten bedraagt. Het standpunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij "gemakkelijkheidshalve" aan elk van de inschrijvers de helft van de punten zou hebben toegekend, kan op het eerste gezicht dan ook niet worden gevolgd.

36. Ook het tweede middel is, in zijn beide onderdelen, niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

37. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006, "minstens schending van het gelijkheidsbeginsel, als beginselen van behoorlijk bestuur", evenals van "het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht […] als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

Volgens de verzoekende partij is de motivering van de bestreden beslissingen niet draagkrachtig, noch in feite noch in rechte.

In een toelichting bij het middel merkt zij op dat, wat de beoordeling van het gunningscriterium "Kwaliteitssysteem" betreft, uit het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partij een punt minder krijgt omdat de nv ISS aandacht zou hebben voor etnische verschillen. Er wordt dan in het gunningsverslag geschreven dat hiervan, afgezien van een vermelding in de leveranciersaudit, niets terug te vinden is bij de verzoekende partij. Dit laatste is volgens haar echter feitelijk niet correct. Zij verwijst hiervoor naar de bladzijden 95 en 138 van haar offerte. Volgens de verzoekende partij had zij hiervoor dan ook evenzeer een score van 6 punten moeten krijgen.

Voorts wijst zij erop dat op het vlak van animatie een punt minder wordt toegekend aan de verzoekende partij op grond van de vaststelling dat het verjaardagsmenu van ISS meer tegemoet komt aan wat verwacht wordt dan de "attentie" waarin wordt voorzien door de verzoekende partij. Zij verwijst naar de betrokken besteksvoorwaarde, die bepaalt : "Tevens wordt aan elke bewoner een verjaardagsmenu van zijn keuze aangeboden, in de week van zijn/ haar verjaardag. De feestmenu omvat een verbeterd voorgerecht, soep, hoofdschotel en feestgebak." Aangezien het bestek heel duidelijk de voormelde voorwaarde oplegt, en elke inschrijver sowieso gebonden is aan de voorwaarden uit het bestek, kan men volgens de verzoekende partij op grond hiervan redelijkerwijze geen puntenverschil verantwoorden. Zij merkt op dat zij duidelijk de besteksvoorwaarden heeft onderschreven en dat noch in het bestek, noch in een latere fase van de onderhandelingsprocedure, expliciet gevraagd werd om feestmenu's uit te werken. Ten slotte verwijst zij nog naar het volgende uittreksel uit haar offerte:

> "Verjaardagen: op aanvraag zal Medirest voor de jarige senioren een extra culinaire attentie voorzien.
> Dit kan zijn bv. een voorgerecht of een feestelijk, aangepast nagerecht. Jarige senioren krijgen als extra attentie ook een verjaardagskaart van de keukenploeg.
> 'De chef heeft wit haar': Een toffe ludieke actie waarbij de bewoners zelf hun geliefde gerecht kunnen kiezen en via een wedstrijd ook samen met de chef aan het kookfornuis worden gezet ... om dit geliefde gerecht op het bord te toveren. Echt leuk waar iedereen in het WZC zich betrokken voelt."

Ook op dit punt is er volgens de verzoekende partij onterecht sprake van een puntenverschil tussen de offertes van de verzoekende partij en de nv ISS.

Ten slotte bekritiseert zij nog de beoordeling van het gunningscriterium "innovativiteit". De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij bij de beoordeling geen rekening gehouden met een aantal specifieke vernieuwende zaken in haar offerte en gemakkelijkheidshalve aan beide offertes telkens de helft van de punten toegekend. Zij verwijst hiervoor naar de innovatie-elementen in haar offerte opgenomen op bladzijden 255- 257, waarbij zij onder punt 5.1. een duidelijk overzicht van de aangeboden innovaties heeft verstrekt.

Beoordeling

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

39. Ten aanzien van de beoordeling van het eerste subgunnings-criterium "de wijze van controle van de keukenprestaties en de rapportering aan het OCMW en de bijstand inzake menuplanning, animatie, hygiënebeheer en andere" wordt in het gunningsverslag onder meer de volgende motivering opgenomen:

> "Zowel Compass Group als ISS omschrijven omstandig hoe de menuplanning tot stand komt, op welke manier rekening wordt gehouden met de wensen van de klant/resident. Beide schenken aandacht aan seizoensgebonden produkten. Beide hebben voorstellen voor themadagen en animatie. Bij allebei heerst de filosofie om een dieetmaaltijd zo dicht als mogelijk te laten aanleunen bij een 'normale' maaltijd.
>
> ISS heeft aandacht voor etnische verschillen, wat we, afgezien van een vermelding in de leveranciersaudit, niet terugvinden bij Compass Group.
>
> Daarom kennen we voor het criterium menuplanning en opmaak, dieet- en andere alternatieve menu's ISS een hogere score toe dan Compass Group (resp. 6 en 5)."

Uit de voormelde motivering blijkt op het eerste gezicht dat beide offertes wat betreft het onderdeel menuplanning gelijkwaardig werden bevonden, met uitzondering van voormeld punt inzake "de aandacht voor etnische verschillen".

In de uittreksels van haar offerte waar de verzoekende partij naar verwijst, wordt enkel op zeer beknopte wijze verwezen naar persoonlijke voorkeuren en religieuze redenen. De offerte van de nv ISS lijkt niet alleen aandacht te hebben voor religieuze verschillen zoals de offerte van de verzoekende partij, doch daarnaast in haar offerte ook aandacht lijkt te hebben besteed aan etnische verschillen, onder andere mediterrane keuken, regionale gebruiken en activiteitsgraad.

Op het eerste gezicht gaat het dan ook de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten en wordt het gelijkheidsbeginsel niet geschonden doordat aan de offerte van de verzoekende partij een punt minder werd toegekend, dan aan de offerte van de nv ISS.

40. Bij de beoordeling van het hetzelfde subgunningscriterium wordt in het gunningsverslag daarnaast onder meer ook de volgende motivering opgenomen:

> "Wat animatie betreft, voorzien zowel Compass Group als ISS themadagen, initiatieven ter bewustwording van gezonde voeding,... Het verjaardagsmenu komt bij ISS meer tegemoet aan wat we verwachten dan de attentie die voorzien wordt door Compass Group.
> Voor dit item geven we Compass Group een score van 4, ISS een score van 5".

Op te merken valt dat het bestek onder meer de volgende bepaling bevat: "Tevens wordt aan elke bewoner een verjaardagsmenu van zijn keuze aangeboden, in de week van zijn/ haar verjaardag. De feestmenu omvat een verbeterd voorgerecht, soep, hoofdschotel en feestgebak. De feestmaaltijden worden aan dezelfde prijs aangerekend."

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat in de offerte van de verzoekende partij slechts sprake is van "een extra culinaire attentie, bv. een voorgerecht of een feestelijk, aangepast nagerecht", evenals van een verjaardagskaart als extra attentie. Uit de standaardformule in het offerteformulier dat de inschrijver zich verbindt tot uitvoering overeenkomstig de voorwaarden en bepalingen van het bestek kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat de

verzoekende partij een volledig verjaardagsmenu heeft aangeboden, wanneer zij in haar offerte zelf uitdrukkelijk slechts een extra culinaire attentie zoals een voorgerecht of een feestelijk aangepast nagerecht vermeldt.

In de offerte van nv ISS wordt op het eerste gezicht daarentegen wel verwezen naar een "verjaardagsmenu" in de week van de verjaardag van de bewoner evenals een wenskaartje.

Op het eerste gezicht gaat het dan ook de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten en wordt het gelijkheidsbeginsel niet geschonden doordat, gelet op het voormelde verschil tussen de offertes één punt meer is toegekend aan de nv ISS.

In de mate dat de verzoekende partij hierbij nog verwijst naar de ludieke actie "de chef heeft wit haar", lijkt deze actie op het eerste gezicht geen verband te houden met het verjaardagsmenu en kan dat gegeven het voormelde motief dan ook niet ondergraven.

41. Wat de beoordeling van het derde gunningscriterium "innovativiteit" betreft, kan worden verwezen naar hetgeen hieromtrent reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het tweede middel, na randnummer 35. Daarbij lijkt zoals gezegd op het eerste gezicht niet te kunnen worden aangenomen dat de verwerende partij "gemakkelijkheidshalve" aan beide inschrijvers de helft van de punten zou hebben toegekend.

De verzoekende partij blijft op het eerste gezicht ook in gebreke aan te geven aan welk element rond innovatie zoals aangeboden in haar offerte de verwerende partij zou zijn voorbijgegaan bij haar beoordeling.

De verwerende partij lijkt voorts bij de beoordeling van het derde gunningscriterium wel degelijk rekening te hebben gehouden met de innovatie-elementen opgenomen in de offerte van de verzoekende partij. Zo lijken de innovatie-elementen, opgesomd onder punt 5.1. "Overzicht innovaties" in de offerte van de verzoekende partij, alle aan bod te komen in de in het gunningsverslag opgenomen beoordeling van dit gunningscriterium. Voorts wordt

in het gunningsverslag, na een concrete vergelijking van diverse elementen aangeboden in de offertes van beide inschrijvers, vastgesteld dat, hoewel beide kandidaten aan het begrip “innovativiteit” niet dezelfde invulling geven, ieder aspect dat door de ene wordt vermeld, ook terug te vinden is bij de andere, doch elders in de offerte en dat om die reden beide kandidaten een gelijke score van 5 punten krijgen. Het voorgaande lijkt in te houden dat de offertes wel degelijk op deze punten werden vergeleken.

Het feit dat er tussen twee offertes objectieve verschillen bestaan belet voorts als dusdanig niet dat zij globaal alsnog een gelijke score kunnen behalen.

42. Ook het derde middel is niet ernstig.

VI. Besluit en kosten

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

44. De verwerende partij vraagt de verzoekende partij te veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, §1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 mei 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**