RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 256.007 van 10 maart 2023
in de zaak A. 238.375/XII-9336

In zake: de NV SODEXO BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Robin Meylemans en Gauthier Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN TERVUREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim RASSCHAERT
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV COMPASS GROUP BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Maeyaert en Ewoud Hacke
kantoor houdend te 1000 Brussel
Koloniënstraat 18-24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 februari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het OCMW van Tervuren van 23 januari 2023, waarbij de opdracht voor diensten met als voorwerp ‘Het bereiden van maaltijden, het voorbereiden van de maaltijdbedeling en aanverwante diensten in het WZC Zoniën en CDV De

Den wordt gegund aan de nv Compass Group Belgilux en (impliciet) niet aan de verzoekende partij.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 20 februari 2023 heeft de nv Compass Group Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat GauthierVlassenbroeck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Manik Peferoen, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Ewoud Hacke en Ine Verbeelen die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 diensten uit met als voorwerp ‘Het bereiden van maaltijden, het voorbereiden van de maaltijdbedeling en aanverwante diensten in het WZC Zoniën en CDV De Den’.

De opdracht valt onder de categorie van sociale en andere specifieke diensten, opgesomd in bijlage III van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016).

Als plaatsingsprocedure wordt met toepassing van artikel 89, § 1, 1°, van de wet overheidsopdrachten 2016 gekozen voor de vereenvoudigde onderhandeling met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. In het toepasselijk bestek worden in deel I ‘Administratieve bepalingen’ de volgende gunningscriteria vastgesteld:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	40
	Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
2	Kwaliteit	40
2.1	Aanpak om te komen tot kwaliteitsvolle maaltijden	10
	Ter beoordeling van dit criterium wordt gescoord op de kwalificaties en samenstelling van de personeelsploeg die wordt voorzien ter plaatse en/of in atelier, kwalificaties en beschikbaarheid van ondersteunende diensten binnen het bedrijf (diëtist, ..), plan van aanpak voor garantie op hoge voedingswaarde, opgave van de leveranciers van de producten alsook het aantal leveringen per week. De inschrijver specifieert de acties die in de keuken ter plaatse gebeuren, en welke desgevallend elders worden uitgevoerd. De samenstelling van het menu wordt beoordeeld op basis van bestaande menu's voor maaltijden voor een WZC. Deze menu's worden getoetst aan de brochure ‘Hoe stel je een evenwichtige, gezonde maaltijd samen’ van het Vlaams Instituut voor Gezond leven. Deze brochure is gebaseerd op de principes van de voedseldriehoek. Voor de beoordeling van dit criterium bezorgt de inschrijver telkens 3 weekmenu’s van resp. herfst 2021, winter 2021-2022, lente 2022 en zomer 2022. Dit zijn ook effectief de weekmenu’s van de respectievelijke week (weeknummers worden vermeld). De menu's worden op dezelfde afdruk geleverd zoals ze worden bezorgd aan de gebruikers. Van minimum 3 menu’s (vlees/vis/vegetarisch) wordt in detail beschreven hoe de maaltijd tot stand komt (stappen van grondstof tot bord) en wat per ‘portie/bord’ wordt aangeboden (calorieën, grammage, voedingswaarde). Van deze gerechten worden foto's bezorgd. De ingrediënten die worden gebruikt voor het bereiden van aardappelpuree worden beschreven.	
2.2	Proefmaaltijd	10

	Dit criterium beoordeelt naast de smaak ook het uitzicht van de maaltijd en de versheid van de producten. […] De proefmaaltijden worden beoordeeld door een representatieve jury.	
2.3	Kwalitatieve meerwaarde	10
	Hier worden zaken gescoord als de manier waarop wordt rekening gehouden met opmerkingen van de klant, […]. Deze opsomming is niet exhaustief. De inschrijver gebruikt voor dit criterium het betreffende invulformulier als bijlage toegevoegd.	
2.4	Referenties	10
	De inschrijver bezorgt bij zijn offerte de lijst van alle lopende overeenkomsten waar de inschrijver een gelijkaardige bedrijvigheid uitoefent, met name de uitbating van een keuken in een woonzorgcentrum met opgave van naam en telefoonnummer van een contactpersoon, startdatum van de betreffende overeenkomst, en het aantal bewoners van het betreffend WZC.	
3	Duurzaamheid	10
	De inschrijver beschrijft de initiatieven omtrent milieu en duurzaamheid. […]	
4	Service en continuïteit	10
	Dit criterium scoort zaken als telefonische bereikbaarheid van de opdrachtnemer, klachtenbehandeling, de wijze van oplossen van problemen en dergelijke meer. […]	
Totaal gewicht gunningscriteria:		100

3.3. Een infosessie en een plaatsbezoek worden voorzien.

3.4. Twee inschrijvers dienen in oktober 2022 een offerte in: de nv Compass Group Belgilux (thans de nv Compass Group Belgium, zijnde de tussenkomende partij) en de verzoekende partij.

De beide inschrijvers worden bevraagd over hun offerte, waarna zij in december 2022 een BAFO indienen.

3.5. Op 12 januari 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld.

De beide inschrijvers worden geselecteerd en de beide offertes worden regelmatig bevonden. Na vergelijking van de offertes volgens de gunningscriteria, wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Compass Group Belgilux met 88,82% tegenover de nv Sodexo Belgium met 87,15%.

Het subgunningscriterium nr. 2.4 ‘Referenties’ wordt beoordeeld als volgt:

1	COMPASS GROUP BELGILUX SA	Er werden 5 vestigingen gecontacteerd waarvoor de maaltijden worden bereid in warme lijn, en die qua bewonersaantal vergelijkbaar zijn met WZC Zoniën. De gesprekken kregen elk een score toegekend op 10. Voor Compass resulteert dit gemiddeld in 8,2/10	8,2
2	SODEXO BELGIUM NV	Er werden 5 vestigingen gecontacteerd waarvoor de maaltijden worden bereid in warme lijn, en die qua bewonersaantal vergelijkbaar zijn met WZC Zoniën. De gesprekken kregen elk een score toegekend op 10. Voor Sodexo resulteert dit gemiddeld in 6,4/10	6,4

3.6. Op 23 januari 2023 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Compass Group Belgilux. Het verslag van nazicht van de offertes maakt integraal deel uit van de beslissing.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.7. Op vraag van de verzoekende partij wordt met een e-mailbericht van 27 januari 2023 verduidelijkt dat de verwerende partij “uit de referentielijst 5 contacten [heeft] gelicht die qua bewonersaantal aanleunen bij WZC Zoniën, én die ook in warme lijn produceren”, en dat “[i]eder gesprek […] een score op 10 [kreeg] toegekend, als volgt:

uitsluitend positief en lovend	+++	9
uitsluitend positief	++	8
positief, ‘normaal’, kleine ‘maar’	+	7
positief met minpuntje	+/-	6
positief met meerdere minpuntjes	-	5
negatief hele lijn	--	4

”

Het “geanonimiseerd verslag” van die gesprekken wordt bijgevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De nv Compass Group Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De middelen die de verzoekende partij aanvoert, lijken op het eerste gezicht niet ertoe te kunnen leiden dat, indien ernstig, de opdracht onafwendbaar aan de verzoekende partij dient te worden gegund.

De vordering wordt bijgevolg als niet ontvankelijk verworpen in zoverre ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4, 66 en 81 van de wet overheidsopdrachten

2016, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Zij licht toe dat overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 een aanbestedende overheid ervoor kan kiezen om de economisch meest voordelige offerte vast te stellen op grond van de beste prijs-kwaliteitsverhouding van de offertes. Daartoe stelt zij gunningscriteria vast die peilen naar de intrinsieke waarde van de offertes, en die moeten worden onderscheiden van de selectiecriteria, die verband houden met de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren. Die laatste criteria houden met het voorwerp van de opdracht geen verband.

Een gunningscriterium waarbij de inschrijver ervaring moet aantonen of referenties moet voorleggen, betreft niet de intrinsieke waarde van de offerte, maar de geschiktheid van de inschrijver. Een dergelijk criterium mag niet als gunningscriterium worden gehanteerd, behoudens met toepassing van artikel artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016, namelijk wanneer het criterium betrekking heeft op “de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht”.

Te dezen heeft de verwerende partij twee subgunningscriteria vastgesteld die geen betrekking hebben op de intrinsieke waarde van de offerte, maar op de geschiktheid van de inschrijver om de opdracht uit te voeren, meer bepaald het subgunningscriterium ‘Aanpak om te komen tot kwaliteitsvolle maaltijden’ en het subgunningscriterium ‘Referenties’.

In het bijzonder wat het subgunningscriterium ‘Referenties’ betreft, stelt de verzoekende partij dat uit de beschrijving ervan blijkt dat het criterium op algemene wijze naar de ervaring van de inschrijver peilt, meer bepaald omdat een lijst wordt gevraagd van “alle lopende overeenkomsten waar de inschrijver een gelijkaardige bedrijvigheid uitoefent”, en niet naar de ervaring van het bij de uitvoering van de opdracht betrokken personeel, zoals vereist door artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016.

De verzoekende partij vervolgt dat uit het bestek niet blijkt dat de verwerende partij ter beoordeling van dit subgunningscriterium de inschrijvers specifieke inlichtingen zou hebben gevraagd aangaande het personeel of het projectteam dat voor de uitvoering van de opdracht zal worden ingezet, noch omtrent de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van dat personeel. Evenmin wordt aannemelijk gemaakt dat de kwaliteit van het personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht, zoals dat bijvoorbeeld het geval kan zijn bij een overheidsopdracht voor intellectuele diensten. Zo ook schrijft de verwerende partij in het bestek niet voor dat het personeel dat de opdracht moet uitvoeren, daadwerkelijk moet voldoen aan bepaalde kwaliteitsnormen en alleen mag worden vervangen met haar toestemming. Op grond van deze vaststellingen moet volgens de verzoekende partij worden besloten dat aan de vereisten om ervaring als een gunningscriterium te hanteren overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016, niet is voldaan.

De onwettigheid van deze subgunningscriteria tast de gunningsbeslissing aan. Overeenkomstig de zogenoemde ‘Labonorm-rechtspraak’ (arrest van de Raad van State van 2 december 2005, nv Labonorm, nr. 152.173) kan een inschrijver, hoewel hij het recht had om een voorbeslissing aan te vechten maar dat niet heeft gedaan, de onwettigheid ervan nog op ontvankelijke wijze inroepen tegen latere beslissingen in de gunningsprocedure.

8. De verwerende partij betwist vooreerst de ontvankelijkheid van het middel bij gebrek aan belang omdat de verzoekende partij de verwerende partij niet voorafgaand aan het indienen van haar offerte heeft geïnformeerd over de vermeende onwettigheid van de betrokken subgunningscriteria, hoewel het bestek haar hiertoe heeft uitgenodigd. Gelet op de bijzondere omstandigheden en de context van deze zaak, kan de verzoekende partij zich niet dienstig op de zogenaamde Labonorm-rechtspraak beroepen.

Voorts repliceert de verwerende partij, wat het subgunnings-criterium ‘Referenties’ betreft, dat het duidelijk is dat wordt verwezen naar lopende overeenkomsten en dus niet naar referenties uit het verleden. Ofschoon referenties zich op het eerste zicht lijken te situeren op het vlak van de

selectiecriteria, in plaats van de gunningscriteria, dient één en ander genuanceerd te worden op basis van de concrete gegevens in dit dossier. Referenties kunnen volgens de rechtspraak van de Raad van State toch een gunningscriterium uitmaken indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes, in het licht van de specificiteit van de opdracht, op differentiërende wijze kan worden aangetoond, wat bij een opdracht voor diensten het geval kan zijn. Minstens impliciet blijkt uit de bewoordingen van het bestek en de bijlagen daarvan dat het kwaliteitsniveau zeer belangrijk is voor de verwerende partij. Getuige onder meer de georganiseerde infosessie en de noodzaak om een plaatsbezoek uit te voeren, het feit dat maar liefst vijf kwalitatieve subgunningscriteria zijn opgenomen om de kwaliteit van de dienstverlening te toetsen, en de strenge technische eisen inzake kwaliteitsborging. Uit het bestek blijkt dat de voorliggende opdracht van een dergelijke bijzondere aard is dat de kwaliteit van de offertes kan worden beoordeeld aan de hand van referenties. Op basis van het specifieke verslag inzake de referenties is er tot een objectieve beoordeling gekomen van de lopende, vergelijkbare dienstverlening van de beide inschrijvers, die een afspiegeling is van het kwaliteitsniveau dat wordt aangeboden. De *feedback* van de woonzorgcentra waar de inschrijvers werkzaam zijn, levert relevante informatie op over hoe de toekomstige opdrachtnemer zich kwijt van de algehele opdracht. Het betreft met andere woorden wel degelijk de intrinsieke waarde van de offerte die wordt getoetst. De verwerende partij merkt nog op dat zij bewust specifiek de ervaring in de gunningsfase betrekt en dat dit geen dubbel gebruik uitmaakt met wat naar aanleiding van de selectie werd gecontroleerd, dat een andere finaliteit nastreeft en beperkt is gebleven tot het voorleggen van garantiebewijzen op het vlak van kwaliteit en hygiëne.

9. Ook de tussenkomende partij werpt vooreerst op dat de verzoekende partij geen blijk geeft van zorgvuldigheid door haar bezwaren pas voor het eerst in een procedure voor de Raad van State op te werpen. De middelen dienen om die reden onontvankelijk te worden verklaard, minstens dient met het gebrek aan voorafgaande melding van de vermeende onwettigheden rekening te worden gehouden bij de beoordeling van de ernst ervan.

Voorts wijst de tussenkomende partij erop dat het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria thans in de wet overheidsopdrachten minder strikt is dan voorheen. Zo laat artikel 81, § 2, expliciet toe “de organisatie, de

kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht" onderdeel te laten uitmaken van een gunning op grond van de beste prijs-kwaliteitsverhouding, als "de kwaliteit van het personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht". Deze bepaling lijkt in eerste instantie gericht op intellectuele diensten, maar er zijn andere voorbeelden denkbaar, zoals te dezen het bereiden van kwaliteitsvolle maaltijden. De subgunningscriteria 'Aanpak om te komen tot kwaliteitsvolle maaltijden' en 'Referenties' houden bijgevolg verband met het voorwerp van de opdracht. Het moge duidelijk zijn dat de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van diegenen die de maaltijden bereidt, een aanzienlijke invloed kan hebben op de manier van uitvoering van de opdracht. Een voldoende ervaren persoon, die beschikt over goede referenties, zal wellicht een betere maaltijd kunnen samenstellen dan een onervaren persoon. Aangezien de ene kok of kookploeg al gezondere en kwaliteitsvollere maaltijden klaarmaakt (dan de andere), is het een noodzaak dat de aanbestedende overheid dit bij de beoordeling van de offertes aftoetst. Deze noodzaak blijkt zonder enige twijfel uit het bestek, waar veel aandacht wordt besteed aan de samenstellende ingrediënten, net omwille van die focus op kwaliteit.

In het bijzonder met betrekking tot het subgunningscriterium 'Referenties' stelt de tussenkomende partij dat ervaring kan worden getoetst, niet alleen "als er een vorm van één op één relatie zou zijn tussen het personeel dat voor de referentie werd gebruikt en het ingezette personeel voor de huidige opdracht", maar ook als een *pool* van medewerkers kan worden gepresenteerd waaruit de ondernemer voor de uitvoering van de opdracht kan putten en waarvan de aanbestedende overheid "de organisatie, de kwalificatie en de ervaring" controleert. Deze interpretatie verdient volgens de tussenkomende partij de voorkeur op grond van een tekstueel argument: in artikel 81, § 2, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016 is immers sprake van "het personeel voor de uitvoering van de opdracht" waarmee niet noodzakelijk wordt bedoeld "het personeel dat voor de uitvoering van de opdracht zal worden ingezet" maar dat ruimer kan worden gelezen als "het personeel dat voor de opdracht kan worden ingezet". Er is volgens de tussenkomende partij ook een inhoudelijk argument. De essentie vervat in de voornoemde bepaling is dat moet worden aangetoond dat de uitvoering van de opdracht in aanzienlijke mate wordt beïnvloed door de organisatie, de

kwalificatie en de ervaring van het personeel. In de voorliggende opdracht is een één op één relatie niet voor de hand liggend omwille van het arbeidsintensieve karakter van de opdracht, waar bepaalde profielen fulltime instaan voor de catering behoeften van een bepaald woonzorgcentrum, “wat impliceert dat deze personeelsleden niet meer voor de voorliggende opdracht kunnen worden ingezet”. Niettemin kan de aanbestedende overheid zich nog steeds een beeld vormen van “de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel” door dit te bekijken op grond van de *pool* van medewerkers van het team van de tussenkomende partij, dat zich specifiek toelegt op de *catering* voor de gezondheidssector en beschikt over een bijzondere ervaring en expertise in dat verband. Het hoeft volgens de tussenkomende partij dan ook niet te verbazen dat de aanbestedende overheid geen specifieke inlichtingen heeft gevraagd inzake het in te zetten personeel. De wetgeving sluit immers niet uit de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel op groepsniveau te evalueren. Aangezien de offerte op dat vlak duidelijk was, had de aanbestedende overheid geen nood om extra inlichtingen op te vragen bij de tussenkomende partij.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

10. In arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm oordeelde de Raad van State dat onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, in beginsel nog op ontvankelijke wijze mogen worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure.

Het enkele feit dat de verzoekende partij in de loop van de opdrachtprocedure geen bezwaar gemaakt heeft tegen bepaalde onderdelen van het bestek, ontneemt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet het recht om op te komen tegen de beslissingen die aan het einde van de procedure zijn genomen.

De exceptie wordt verworpen.

Ernst van het middel

11. De verzoekende partij voert in het eerste middel onder meer aan dat de verwerende partij met het subgunningscriterium ‘Referenties’ in wezen een selectiecriterium hanteert.

12. Het onderzoek van de offertes aan de hand van de gunningscriteria peilt naar de intrinsieke waarde van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht. Dat onderzoek dient te worden onderscheiden van de selectie van de kandidaten, die verband houdt met de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren.

De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende overheid de economisch meest voordelige offerte bepaalt, rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding, zijn niet limitatief opgesomd in artikel 81, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, van die wet kan de economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid worden vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding “die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht”. Volgens littera b) van deze bepaling mag het daarbij gaan om criteria inzake “de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht”.

Zoals uit de voornoemde bepalingen blijkt, is de keuzevrijheid voor de aanbestedende overheid om de gunningscriteria te bepalen niet onbeperkt. Die keuze mag geen betrekking hebben op andere criteria dan die welke strekken tot bepaling van de economisch meest voordelige offerte en de criteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Ongeacht de keuzevrijheid waarover de aanbestedende overheid bij de vaststelling van de gunningscriteria beschikt, dienen deze criteria bovendien

te worden geformuleerd op een wijze waardoor alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn ze op dezelfde wijze te interpreteren.

13. Een criterium ‘referenties’ lijkt in beginsel niet de intrinsieke waarde van de offerte te betreffen, maar de geschiktheid van de inschrijver om de opdracht uit te voeren. Een dergelijk criterium mag bijgevolg in beginsel niet als gunningscriterium worden gehanteerd.

Met toepassing van artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016 kan een criterium waarbij wordt gepeild naar de kwaliteit van de werknemers of “het personeel” belast met de uitvoering van de opdracht onder bepaalde voorwaarden wel een gunningscriterium uitmaken. “Wanneer de kwaliteit van het personeel bepalend is voor het prestatieniveau van de opdracht, mogen de aanbestedende overheden immers de organisatie, kwalificatie en ervaring van het bij de uitvoering van de opdracht betrokken personeel als gunningscriterium gebruiken, aangezien dit van invloed kan zijn op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht en daarmee ook op de economische waarde van de offerte. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de uitvoering van opdrachten voor intellectuele diensten, zoals adviesverlening of architectuur diensten. Aanbestedende overheden die gebruik maken van deze mogelijkheid, dienen er met passende contractuele middelen voor te zorgen dat het personeel dat de opdracht moet uitvoeren, daadwerkelijk voldoet aan de voorgeschreven kwaliteitsnormen en alleen kan worden vervangen met toestemming van de aanbestedende overheid, die zich ervan vergewist dat nieuwe personeelsleden een gelijkwaardig kwaliteitsniveau hebben” (memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer, nr. 54-1541/001, p. 135).

14. Het subgunningscriterium ‘Referenties’ bepaald in het bestek, luidt: “De inschrijver bezorgt bij zijn offerte de lijst van alle lopende overeenkomsten waar de inschrijver een gelijkaardige bedrijvigheid uitoefent, met name de uitbating van een keuken in een woonzorgcentrum met opgave van naam en telefoonnummer van een contactpersoon, startdatum van de betreffende overeenkomst, en het aantal bewoners van het betreffend WZC”.

Blijkens deze omschrijving lijkt dit subgunningscriterium op het eerste gezicht te peilen naar de referenties van de inschrijver zelf en niet naar de ervaring van het personeel dat bij de uitvoering van deze opdracht is betrokken. Zoals de tussenkomende partij zelf erkent, is dit laatste ook niet mogelijk, aangezien “deze personeelsleden” – werkzaam in het kader van de lopende overeenkomsten van de inschrijver – “niet meer voor de voorliggende opdracht kunnen worden ingezet”.

Het argument dat “het personeel voor de uitvoering van de opdracht” in de zin van artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016, te dezen ruimer moet worden bekeken, namelijk dat “een pool van medewerkers” door de inschrijver wordt voorgesteld die voor de uitvoering van de opdracht “kan” worden ingezet, of nog dat de referenties van de lopende, vergelijkbare dienstverlening van de inschrijver een afspiegeling zou zijn van het kwaliteitsniveau dat wordt aangeboden, lijkt de uitzonderingsbepaling van artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), op het eerste gezicht uit te hollen. De professionele kwaliteit van personeel dat reeds in het kader van de lopende overeenkomsten van de inschrijver elders is ingezet doch voor de uitvoering van de huidige opdracht zou “kunnen” worden ingezet, lijkt geen intrinsiek kenmerk van de offerte te zijn en lijkt geen verband te houden met het voorwerp van de voorliggende opdracht, doch veeleer met de geschiktheid van de inschrijver in het algemeen om een dergelijke opdracht te kunnen uitvoeren.

De kwaliteit van het personeel dat voor de uitvoering van deze opdracht zal worden ingezet, wordt overigens reeds beoordeeld in het subgunningscriterium ‘Aanpak om te komen tot kwaliteitsvolle maaltijden’, waarbij onder meer “wordt gescoord op de kwalificaties en samenstelling van de personeelsploeg die wordt voorzien ter plaatse en/of in atelier, kwalificaties en beschikbaarheid van ondersteunende diensten binnen het bedrijf (diëtist, ..)”. De verzoekende partij stelt daarbij op het eerste gezicht terecht vast dat te dezen niet wordt vereist, bijvoorbeeld, dat het personeel moet voldoen aan bepaalde kwaliteitsnormen wat ervaring en opleiding betreft noch dat het alleen kan worden vervangen met toestemming van de aanbestedende overheid zodat zij zich ervan kan vergewissen dat de nieuwe personeelsleden een gelijkwaardig kwaliteitsniveau hebben.

15. De verwerende partij maakt bijgevolg niet aannemelijk dat met het subgunningscriterium ‘Referenties’ de intrinsieke waarde van de offerte in het licht van de specificiteit van de opdracht wordt getoetst.

Aldus wordt niet aangetoond dat dit subgunningscriterium mag worden beschouwd als een gunningscriterium. Deze vaststelling is van aard om de gehele gunningsprocedure aan te tasten, zodat hieruit volgt dat niet langer vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de meest voordelige inschrijver.

VIII. Besluit

16. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig. Die conclusie verantwoordt dat de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden gunningsbeslissing wordt bevolen.

IX. Kosten

17. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Compass Group Belgium tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het OCMW van Tervuren van 23 januari 2023, waarbij de opdracht voor diensten met als voorwerp ‘Het bereiden van maaltijden, het voorbereiden van de maaltijdbedeling en aanverwante diensten in het WZC Zoniën en CDV De Den’ wordt gegund aan de nv Compass Group Belgilux.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Patricia De Somere**