

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.452 van 12 april 2024
in de zaak A. 234.862/XII-9147**

In zake: de NV DELIMEAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Francis De Clippele
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Tabakvest 47
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SINT-MARTENS-LATEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 oktober 2021, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de gemeente Sint-Martens-Latem van 4 oktober 2021 houdende toekenning van de overheidsopdracht met als voorwerp ‘Leveren schoolmaaltijden voor lokaal bestuur Sint-Martens-Latem 2021-2025’”.

Tevens vordert de verzoekende partij een schadevergoeding van 45.864,88 euro, vermeerderd met de intresten.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 januari 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Uschi Steurs, die *loco* advocaat Francis De Clippele verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Manik Peferoen, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende 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 uit met als voorwerp ‘Leveren schoolmaaltijden voor lokaal bestuur Sint-Martens-Latem 2021-2025’.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor de openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt in punt I.1 ‘Beschrijving van de opdracht’ bepaald in welke drie gemeentelijke basisscholen de schoolmaaltijden geleverd dienen te worden. De basisopdracht ‘Schoolmaaltijden 2021-2022’ kan drie keer verlengd worden.

In punt I.10 ‘Gunningscriteria’ worden de volgende vijf gunningscriteria vastgesteld:

“

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	30
	Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
2	Organoleptische test	30
	De kandidaat-inschrijver moet drie locaties opgeven waar hij schoolmaaltijden in bulk laat leveren binnen een straal van 20 km. De aanbestedende overheid zal contact opnemen met het opgegeven vast aanspreekpunt om op één van de 3 locaties langs te gaan. Een panel van proevers, bestaande uit de schooldirecteur, een leerkracht, een leerling, de interne preventieadviseur en een expert (diëtist), zullen de schoolmaaltijd onderwerpen aan een organoleptische test. Zij zullen voor ieder subcriterium een score van 0 tot 5 geven. De gemiddelde score per criterium wordt per kandidaat-inschrijver opgeteld met een maximum van 30 punten voor alle criteria samen.	
2.1	Uitzicht	5
	Iedere proever scoort de maaltijd op bovenstaand criterium met een score van 0 tot 5.	
2.2	Kleur	5
	Iedere proever scoort de maaltijd op bovenstaand criterium met een score van 0 tot 5.	
2.3	Consistentie	5
	Iedere proever scoort de maaltijd op bovenstaand criterium met een score van 0 tot 5.	
2.4	Geur	5
	Iedere proever scoort de maaltijd op bovenstaand criterium met een score van 0 tot 5.	

2.5	Smaak	5
	Iedere proever scoort de maaltijd op bovenstaand criterium met een score van 0 tot 5.	
2.6	Warmte	5
	Iedere proever scoort de maaltijd op bovenstaand criterium met een score van 0 tot 5.	
3	Variatie menuaanbod	20
	De kandidaat inschrijver dient de maandmenu's van mei en juni 2021 bij zijn offerte aan te leveren. Bij de opgegeven referenties zal een steekproef worden gehouden of de ingediende maandmenu's overeenstemmen. Indien dit niet het geval is, zal de kandidaat inschrijver een 0 krijgen voor dit gunningscriterium. Het menuaanbod zal door de schooldirecteur, een leerkracht, een leerling, de interne preventieadviseur en een expert (diëtist) worden beoordeeld op basis van onderstaande subgunningscriteria.	
3.1	Frequentie maaltijden	5
	De frequentie waarop maaltijden zich herhalen gedurende het jaar.	
3.2	Variatie zetmeelproducten	5
	De frequentie van aardappelen, rijst, deegwaren, ... in het menu.	
3.3	Variatie vlees, vis, gevogelte en vegetarisch alternatief	5
	De frequentie van vlees, vis, gevogelte en vegetarisch alternatief in het menu.	
3.4	Variatie groenten	5
	- Het aantal verschillende soorten groenten per maand. - Opname van seizoensgroenten in de menu.	
4	Bestelling en levering	10
	In zijn offerte dient de kandidaat-inschrijver aan te geven tot welke dag en uur het mogelijk is om een bestelling te plaatsen en/of te wijzigen. De kandidaat-inschrijver met de kortst mogelijke tijd tussen laatste bestelmoment en levering (zie technische bepalingen) krijgt het maximum van de punten. De andere krijgen punten volgens de regel van 3	
5	Duurzaamheid	10
	De aanbestedende overheid hecht belang aan de korte keten en de duurzaamheid van de producten en het productieproces (verduurzaming overheidsopdrachten). Toon aan op welke manier je als leverancier inzet op de duurzame herkomst van de producten, met aandacht voor het milieu, het beperken van het aantal schakels in de voedselketen en de ondersteuning van de plaatselijke economie. De toelichting kan de volgende elementen bevatten: - aanbieden seizoensgebonden producten; - gebruik biologische producten met biogarantielabel (of gelijkwaardig); - werken met lokale productleveranciers en korte transportafstanden; - afvalmanagement en recycling gericht op het vermijden, reduceren en/of sorteren van afval; - energie-efficiëntie en waterefficiëntie: de organisatie investeert in energie-efficiënte apparatuur in de keuken en zet in op	

	gedragsverandering bij het keukenpersoneel en bij de klant op vlak van zuinig omgaan met energie.	
Totaal gewicht gunningscriteria :		100

.”

In punt II.6 ‘Leveringstermijn’ wordt bepaald:

“Termijn in maanden: 8 maanden

Voorziene begindatum van de leveringen: 8 november 2021

Voorziene einddatum van de leveringen: 30 juni 2022

Er kunnen 3 verlengingen zijn.

- Verlenging 1 : 10 maanden (vanaf 1 september 2022 tot 30 juni 2023)
- Verlenging 2 : 10 maanden (vanaf 1 september 2023 tot 28 juni 2024)
- Verlenging 3 : 10 maanden (vanaf 1 september 2024 tot 30 juni 2025)

[...]

De verlenging gebeurt op basis van een uitdrukkelijke beslissing.

Indien de opdracht niet wordt verlengd kan de leverancier hiervoor geen schadevergoeding eisen.”

3.3. Vijf ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.4. Op 4 oktober 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld. Twee inschrijvers worden niet geselecteerd. De offertes van de overige drie inschrijvers worden regelmatig bevonden en vervolgens getoetst aan de gunningscriteria.

Bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium ‘Organoleptische test’ en het derde gunningscriterium ‘Variatie menuaanbod’, blijkt dat de offerte van de verzoekende partij een score behaalt van 18 op 30 punten, respectievelijk 15 op 20 punten, tegenover een score van 26,3 op 30 punten, respectievelijk 17,4 op 20 punten voor de offerte van de nv Compass Group Belgilux (hierna: Compass Group).

De drie offertes worden finaal als volgt gerangschikt:

Naam	Score	Prijs incl. btw
Compass Group	81,06 %	€ 100.713,78
Delimeal	80 %	€ 73.383,80

[...]	73,63 %	€ 90.864,26
-------	---------	-------------

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan Compass Group.

Blijkens de ‘samenvatting van de individuele juryverslagen’ (het zogenaamd “panelverslag”) werden de maaltijden van Delimeal getest in de gemeentelijke basisschool Nazareth op 21 september 2021 en de maaltijden van Compass Group in de gemeentelijke basisschool De Pinte op 24 september 2021. Het panel bestaat blijkens dit panelverslag uit een leerkracht, een lid van de directie, de preventieadviseur, een auditeur voedselveiligheid en twee leerlingen.

De volgende opmerkingen worden opgesteld:

“Delimeal

geurloos, heel weinig groenten (4), niet echt warm, rijst is papperig/overkookt (3), textuur kip is heel wisselend, kleur van soep en saus is zeer ok, soep is heel lekker, kip is heel lekker, soep heeft geen geur, uitzicht is supergoed, eten is niet zo warm, rijst is soms nog hard (2), kleur is zoals het moet zijn, geen fan van kleine stukjes in soep, vies stukje in de kip, geur is best ok, soep ok op alle vlak, liever meer pasta in de menu, te veel vis, smaak weinig uitgesproken, soep weinig geur de rest ok, kleur niet fris, vaak aardappelen natuur, rijst te droog en plat (2), dessert = stuk fruit ok, niet te zout.”

“Compass

sterke geur in de omgeving, niet te zout, zeer lekker, groentjes verwerkt in de carbonara, soep zg, kan iets warmer maar school gebruikt warmhouders niet, supervariatie groenten, soep vond ik minder, warmte goed, variatie zetmeel: weinig pasta :).”

3.5. Op 11 oktober 2021 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem om goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de offertes, dit verslag integraal deel te laten uitmaken van de beslissing, en “[d]e basisopdracht” te gunnen aan Compass Group tegen het nagerekende offertebedrag van 95.013 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep - voorwerp

4. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, afgeleid uit het feit dat de gunningsbeslissing van het college van burgemeester en schepenen dateert van 11 oktober 2021, terwijl de verzoekende partij een beslissing van 4 oktober 2021 bestrijdt. Dit is wel de datum waarop het gunningsverslag werd opgesteld.

De verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord dat haar beroep wel degelijk is gericht tegen de beslissing van 11 oktober 2021 en dat de datum van 4 oktober 2021 een materiële vergissing betreft.

In haar laatste memorie volhardt de verwerende partij in haar exceptie. Zij stelt dat een materiële vergissing bezwaarlijk kan worden ingeroepen. De verzoekende partij dient zorgvuldig te zijn bij het opstellen van haar verzoekschrift. Enkel en alleen omdat het auditoraat meent dat door de aanduiding van een “onderdeel” van de gunningsbeslissing, de eigenlijke gunningsbeslissing wordt bedoeld, kan bezwaarlijk worden gesteld dat de juiste beslissing wordt bestreden. De aangehaalde rechtspraak waaruit blijkt dat het voorwerp van het verzoekschrift in de betrokken zaken werd rechtgezet, dient te worden genuanceerd in die zin dat te dezen de verzoekende partij geen voorbehoud heeft geformuleerd in haar verzoekschrift, en te dezen geen “onwetendheid” kan worden ingeroepen over de juiste beslissing.

5. Uit het verzoekschrift blijkt duidelijk dat het beroep gericht is tegen de gunningsbeslissing, genomen door het college van burgemeester en schepenen. De in het verzoekschrift aan die beslissing gegeven datum van 4 oktober 2021 berust kennelijk op een vergissing. De verzoekende partij heeft die vergissing in haar memorie van wederantwoord rechtgezet. De verwijzing

naar de foutieve datum heeft de verwerende partij voorts in het geheel niet belet een inhoudelijk verweer te voeren.

In die omstandigheden wordt de exceptie niet aangenomen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste en tweede middel

Vooraf

6. In het eerste en het tweede middel is in essentie dezelfde rechtsvraag aan de orde. De middelen worden dan ook samen behandeld.

Uiteenzetting van de middelen

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), alsook van de “EU-Richtlijn 2014/24/EU” (richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG),

“Doordat overwegend gunningscriteria werden gehanteerd die geen kosten gerelateerde elementen bevatten en bovendien deze volledig onder de onbeperkte, minstens subjectieve vrijheid van de aanbestedende overheid vallen.

Terwijl de voormelde richtlijn met betrekking tot de prijs-kwaliteitsverhouding het volgende stelt:

‘[...]

De gekozen gunningscriteria mogen de aanbestedende dienst geen onbeperkte vrijheid geven en moeten ervoor zorgen dat effectieve en eerlijke mededinging mogelijk blijft; zij moeten dus vergezeld gaan van regelingen op basis waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden gecontroleerd.

Om te kunnen bepalen welke inschrijving de economisch voordeligste is, mag het besluit tot gunning van de opdracht niet uitsluitend gebaseerd zijn

op andere dan kostengerelateerde criteria. De kwalitatieve criteria moeten derhalve gepaard gaan met een kostencriterium dat, naar keuze van de aanbestedende dienst, ofwel de prijs of een kosteneffectiviteitsfactor zoals de levenscycluskosten kan zijn. De gunningscriteria laten evenwel de toepassing van nationale bepalingen tot vaststelling van de beloning voor bepaalde diensten of tot vaststelling van vaste prijzen voor bepaalde leveringen onverlet.’
([Overweging] (92) [...] van de Richtlijn 2014/24/EU).”

Volgens de verzoekende partij miskent de verwerende partij de toepassing van de verhouding prijs-kwaliteit door gunningscriteria te hanteren waarvan 70 % “geen kosten gerelateerde elementen” bevatten. Bovendien vallen deze criteria “onder de onbeperkte, minstens subjectieve vrijheid van de aanbestedende overheid”. Zo omvat de smaak- en geurtest geen enkele objectieve waardemeting maar is ze desalniettemin doorslaggevend. Het gevoerde offerteonderzoek is volgens de verzoekende partij dan ook disproportioneel en onrechtmatig.

In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 81, §§1 en 2, en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016,

“Doordat het gewicht in de prijs-kwaliteitverhouding overwegend aan kwaliteitsfactoren wordt gegeven, hierdoor er van een verhouding tussen prijs en kwaliteit geen sprake meer is, minstens de subjectieve factoren doorslaggevend worden ter beoordeling.
Terwijl artikel 84 duidelijk stelt dat het onderzoek van offertes een prijs-of kostenonderzoek betreft.”

Zij licht toe dat de offerte van de gekozen inschrijver niet de economisch meest voordelige offerte kan zijn, doordat deze “maar liefst 37 % duurder [is] dan die van verzoekster”. De verzoekende partij stelt daarbij dat aan de prijs minstens een gewicht van 50 % in plaats van 30 % dient te worden toegekend om tot een evenwichtig resultaat te komen, in welk geval de opdracht aan haar zou zijn gegund. Alle kwalitatieve (subjectieve) criteria wegen voor 70 % door op de beoordeling, zodat van een prijs-kwaliteitverhouding geen sprake is.

8. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat het eerste middel is gesteund op het proportionaliteitsbeginsel. Een beoordeling die 70 % van de gunningscriteria blootstelt aan de louter subjectieve invulling van de aanbestedende overheid, die naderhand niet daadwerkelijk kan worden gecontroleerd, is volgens haar kennelijk disproportioneel. Het bestek geeft geen waardemeting of referentie op waaraan zal worden getoetst. Er is voor geen van de kwalitatieve criteria een referentie voorhanden.

Wat het tweede middel betreft, verwijst de verzoekende partij naar arrest nr. 239.937 van 23 november 2017, nv TNS Dimarso, waarin de Raad van State verwijst naar het arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 2016, TNS Dimarso, nr. C-6/15, EU:C:2016:555, als volgt: “‘Hoe dan ook’ mag volgens het Hof – [punt] 32 – ‘het feit dat de aanbestedende dienst de beoordelingsmethode na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht of het bestek vaststelt, gelet op de beginselen inzake de gunning van opdrachten en op hetgeen in de punten 24 en 25 van het (...) arrest is vastgesteld, niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd’.” In de beoordeling van het vierde gunningscriterium ‘Bestelling en levering’ wijzigt de verwerende partij evenwel het oorspronkelijk gewicht door de regel van drie pas toe te passen “vanaf 5/10”, waardoor alle kandidaten, behalve de verzoekende partij, een hogere score verkrijgen.

Beoordeling

9. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

Overeenkomstig artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 baseert de aanbestedende overheid de gunning van

overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte. Overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, en tweede lid, van dezelfde wet wordt de economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding die bepaald wordt op grond 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.

Het komt niet aan de Raad van State toe om zich uit te spreken over de opportuniteit van de keuze voor bepaalde gunningscriteria. De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria moeten wel verband houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit eerbiedigen. Het is binnen deze perken dat de aanbestedende overheid mag kiezen welke gunningscriteria, en met welk relatief gewicht, zij zal hanteren bij de beoordeling van de offertes om te bepalen welke volgens haar de economisch meest voordelige offerte is.

10. Te dezen toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij, bij de keuze van de gunningscriteria en hun relatief gewicht (namelijk 30 % voor de prijs, 30 % voor de organoleptische test, 20 % voor de variatie in het menuaanbod, 10 % voor bestelling en levering, en 10 % voor duurzaamheid), een onredelijk of disproportioneel gebruik heeft gemaakt van deze keuzevrijheid. De gekozen gunningscriteria houden verband met het voorwerp van de opdracht, en maken een objectieve vergelijking van de verscheidene offertes mogelijk met het oog op het vaststellen van de economisch meest voordelige offerte.

De keuze van de verwerende partij om in het kader van schoolmaaltijden een groter belang te hechten aan kwalitatieve criteria dan aan de

prijs, is een opportuiniteitskeuze die in dit geval binnen de perken van de redelijkheid blijft.

In zoverre de verzoekende partij in het bijzonder kritiek heeft op het gebruik van de gunningscriteria ‘Organoleptische test’, ‘Variatie menuaanbod’ en ‘Duurzaamheid’, toont zij niet concreet aan dat deze criteria geen objectieve beoordeling mogelijk zouden maken of niet zouden toelaten de voordeligste offerte te bepalen. Het gaat te dezen om het leveren van maaltijden, en het spreekt vanzelf dat de kwaliteit van een maaltijd een subjectieve component heeft. In het bestek worden echter subgunningscriteria bepaald en beoordelingselementen opgesomd die de toetsing aan de kwaliteitscriteria zoveel als mogelijk objectiveren. In het bijzonder toont de verzoekende partij niet aan dat het testpanel niet evenwichtig zou zijn samengesteld. Het feit dat de beoordeling door een testpanel een zekere subjectiviteit kan inhouden, volstaat dus niet om te besluiten dat de beoordeling puur subjectief, en dus willekeurig, geweest zou zijn.

11. De kritiek die de verzoekende partij voor het eerst aanvoert in haar memorie van wederantwoord op de beoordeling in het gunningsverslag van het vierde gunningscriterium ‘Bestelling en levering’ is laattijdig en bijgevolg niet ontvankelijk. Zij kon deze argumentatie namelijk reeds in het inleidend verzoekschrift hebben aangevoerd.

12. De beide middelen zijn, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

B. Derde middel

Standpunt van de partijen

13. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van artikel 81, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016,

“Doordat gunningscriteria in de aankondiging dienen te worden opgenomen, of in een ander opdrachtdocument, en deze verband dienen te houden met het voorwerp als ook de daadwerkelijke mededinging dienen te waarborgen.

Terwijl de opgegeven gunningscriteria (met name de organoleptische test) niet conform de aankondiging worden uitgevoerd, waardoor de beoordeling van zulk[...] gunningscriterium waardeloos is geworden.”

Zij licht toe dat “[h]et subjectief karakter van het onderzoek” wordt versterkt doordat de verwerende partij het testpanel, dat in het bestek werd vermeld, bij de uitvoering van de test heeft gewijzigd.

In het bestek wordt bepaald dat met het oog op het toetsen van de offertes aan het tweede en het derde gunningscriterium een testpanel wordt samengesteld, als volgt: “Een panel van proevers, bestaande uit de schooldirecteur, een leerkracht, een leerling, de interne preventieadviseur en een expert (diëtist), zullen de schoolmaaltijd onderwerpen aan een organoleptische test.”

Het panel dat daadwerkelijk de test heeft uitgevoerd, zoals dit blijkt uit het gunningsverslag, wijkt daarvan af: er is geen sprake meer van een diëtist, terwijl het derde gunningscriterium enkel betrekking heeft op elementen “rond voedings-evenwichten en -deskundigheden”. De beoordeling wordt overgelaten aan een panel zonder kennis ter zake, wat leidt tot zeer tegenstrijdige resultaten. Zo wordt als commentaar op Delimeal gesteld “liever meer pasta in de menu”, en als commentaar op Compass “variatie zetmeel: weinig pasta”.

14. De verwerende partij erkent in haar memorie van antwoord dat de expert (diëtist) inderdaad geen deel heeft uitgemaakt van het panel van proevers, maar volgens haar zou dit de globale beoordeling van het tweede

gunningscriterium niet vitiëren. Bovendien is deze diëtist vervangen door een auditeur voedselveiligheid, wat tevens een belangrijke meerwaarde vormt.

Voor zover de verzoekende partij stelt dat de beoordeling is overgelaten aan een panel zonder kennis van zaken, laat de verwerende partij gelden dat ook het zetelen van de uiteindelijke gebruikers of afnemers van de maaltijden in een dergelijke jury als waardevol moet worden beschouwd.

De zogenaamd tegenstrijdige beoordelingen, waarvan de verzoekende partij een voorbeeld geeft, kunnen strikt genomen niet als tegenstrijdig worden gezien. De beide maaltijden scoren immers minder goed qua variatie, namelijk “weinig pasta”. Bovendien leert de beoordelingsmethodiek zoals opgenomen in het bestek dat de eindscore een gemiddelde score betekent van de panelleden, waar dus ogenschijnlijk tegenstrijdige beoordelingen een gemiddelde score opleveren. Het oordeel van een diëtist, indien deelgenomen, had aldus niet noodzakelijk op doorslaggevende wijze kunnen doorwegen. Dit neemt bovendien niet weg dat de juryleden naar best vermogen een correcte puntenverdeling hebben gegeven. Zij werden voorts op geen enkel moment op de hoogte gesteld van de punten voor de gunningscriteria waarover zij niet dienden te oordelen en hadden dus geen idee over de prijs en de andere gunningscriteria.

De verwerende partij vervolgt dat zij haar eigen beoordelingsmethodiek rigoureus heeft gevolgd. Uit het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* vloeit immers voort dat de aanbestedende overheid in elk geval bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van de offertes gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld: de inhoudelijke beoordeling van de offertes mag alleen gebeuren aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, zodat geen andere gunningscriteria bij de beoordeling mogen worden betrokken, en de offertes moeten worden beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria, subgunningscriteria inbegrepen.

15. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij nog dat uit geen enkel argument blijkt dat de objectiviteit bij de organoleptische test gegarandeerd werd. Niet enkel werd de diëtist niet langer in het panel opgenomen, tevens werden twee leerlingen in plaats van één leerling in het panel opgenomen waardoor het gewicht van de leerlingen groter is geworden en dus meer doorweegt in de beoordeling.

16. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat de zienswijze in het auditoraatsverslag, namelijk dat het profiel van het plaatsvervangend jurylid (auditeur voedselveiligheid) blijkt geeft van een verschillend perspectief bij de organoleptische test, ook wat de beoordeling van de variatie van het menuaanbod betreft, en dat het verdubbelen van het aantal leerlingen in de jury (van één naar twee) problematisch is, niet kan worden bijgetreden. Gelet op de voorliggende intrinsieke beoordeling van de maaltijden van de verzoekende partij is het zo dat – even hypothetisch – de beoordeling van een diëtist nog minder in haar voordeel zou zijn geweest, gelet op de specifieke vakkennis met betrekking tot smaken en geuren van dergelijke maaltijden en het beoordelingsvermogen van variatie in menuaanbod door een diëtist. In het kader van het derde gunningscriterium scoort de verzoekende partij immers telkens lager dan de uiteindelijk gekozen inschrijver, ook op de door de verwerende partij specifiek vooropgestelde elementen die in nauw verband staan met de expertise van een diëtist. Het valt niet in te zien dat de beoordeling van een diëtist positiever zou zijn geweest, wel integendeel.

De verwerende partij spreekt eveneens tegen dat de vervanging van de diëtist in de jury door een auditeur voedselveiligheid niet langer een evenwichtig samengestelde jury betekent. Een dergelijk profiel kan een belangrijke meerwaarde betekenen.

Hetzelfde geldt voor de niet aangekondigde verdubbeling van het aantal leerlingen in de jury (van één naar twee), het uiteindelijke (gros van het) doelpubliek. Het lijkt daarentegen net realistischer en dus verdedigbaar om

leerlingen een meer doorslaggevende stem te geven in het beoordelingsproces. Dit kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid en kan onmogelijk de volledige beoordeling van dit onderdeel van de offertes vitiëren.

De verwerende partij stelt nog dat het zeer onwaarschijnlijk is dat door een tijdige melding van een wijziging in de samenstelling van de jury, de te beoordelen maaltijden van de inschrijvers op een andere wijze zouden zijn aangeboden. “De (beoordeling van) proefmaaltijden dienen immers los gezien te worden van de zetelende profielen in de jury.” Minstens kan niet aannemelijk worden gemaakt dat de maaltijden anders zouden zijn aangeboden indien de verzoekende partij vooraf had geweten dat de diëtist in de jury door een auditeur voedselveiligheid zou worden vervangen.

Beoordeling

17. Overeenkomstig artikel 81, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 dienen de gunningscriteria in de opdrachtdocumenten te worden vermeld.

Weliswaar moet de beoordelingsmethode van een gunningscriterium, zijnde de manier waarop de aanbestedende overheid bij de evaluatie van de offertes de beoordelingselementen vervat in de gunningscriteria nagaat en waardeert in het licht van de toe te kennen scores, niet worden bekendgemaakt in de opdrachtdocumenten, doch ze mag in beginsel niet worden vastgesteld na de opening van de offertes, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat ze om aantoonbare redenen niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld. Zo niet is er sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel.

Voor zover het bestek uitdrukkelijk elementen bevat aangaande de beoordelingsmethode, is de aanbestedende overheid verplicht deze regels die zij zichzelf heeft opgelegd, na te leven op grond van het beginsel *patere legem*

quam ipse fecisti. Een aanbestedende overheid mag bijgevolg geen andere beoordelingsmethode gebruiken dan die welke is opgenomen in het bestek. Een wijziging van de beoordelingsmethode kan immers, indien ze de inschrijvers bekend was geweest op het ogenblik van het opstellen van hun offertes, deze offertes hebben beïnvloed. Een wijziging van de beoordelingsmethode kan ook een discriminerend effect hebben ten aanzien van één van de inschrijvers.

Het is bijgevolg in beginsel ongeoorloofd om na de opening van de offertes de beoordelingsmethode nog vast te stellen, “dit om elk risico op favoritisme uit te sluiten” (zie het voornoemd arrest van het Hof van Justitie inzake TNS Dimarso, punt 31) of, zoals te dezen, de beoordelingsmethode nog te wijzigen, zonder dat moet worden aangetoond dat die vaststelling of wijziging van de beoordelingsmethode na de opening van de offertes daadwerkelijk een discriminatoir effect heeft gehad op één van de inschrijvers.

18. Blijkens de omschrijving in het bestek van het tweede gunningscriterium ‘Organoleptische test’ dienen de schoolmaaltijden te worden beoordeeld aan de hand van een organoleptische test (op 30 punten). Het panel van proevers bestaat volgens deze bestekbepaling uit de schooldirecteur, een leerkracht, een leerling, en de interne preventieadviseur van één van de drie locaties opgegeven door de inschrijver waar hij schoolmaaltijden in bulk dient te leveren, alsook een expert (diëtist). Zij dienen voor ieder subgunningscriterium een score van 0 tot 5 te geven, waarna de gemiddelde score per criterium wordt opgeteld. De subgunningscriteria zijn ‘Uitzicht’, ‘Kleur’, ‘Consistentie’, ‘Geur’, ‘Smaak’ en ‘Warmte’, elk op 5 punten.

Blijkens de omschrijving van het derde gunningscriterium ‘Variatie menuaanbod’ (op 20 punten) dient de inschrijver de maandmenu’s van mei en juni 2021 bij zijn offerte aan te leveren. Dit menuaanbod zal door de schooldirecteur, een leerkracht, een leerling, de interne preventieadviseur en een expert (diëtist) worden beoordeeld op basis van de subgunningscriteria

‘Frequentie maaltijden’, ‘Variatie zetmeelproducten’, ‘Variatie vlees, vis, gevogelte en vegetarisch alternatief’ en ‘Variatie groenten’, elk op 5 punten.

19. Te dezen blijkt de methode gebruikt bij de beoordeling af te wijken van de vooraf in het bestek aangekondigde methode. Zo werd de samenstelling van het panel van proevers bij de organoleptische test, alsook bij de evaluatie van de variatie in het menuaanbod, gewijzigd. Terwijl overeenkomstig het bestek de jury zou worden samengesteld uit de schooldirecteur, een leerkracht, een leerling, de interne preventieadviseur en een expert (diëtist), blijkt uit het panelverslag dat deze in werkelijkheid bestond uit de volgende personen: een leerkracht, een lid van de directie, een preventieadviseur, een auditeur voedselveiligheid en twee leerlingen.

Het laat zich aanzien dat de wijziging in het panel een invloed kan hebben gehad op de beoordeling van de offertes. De verwerende partij heeft in het bestek, onder punt III.5 ‘Samenstelling maaltijden’, vereist dat bij de samenstelling van de maaltijden aandacht moet worden besteed aan “de voedingswaarde, de variatie, het seizoen en de evenwichtige nutritionele waarde”. De maaltijden moeten worden vervaardigd met minimaal gebruik van bewaarmiddelen en synthetische of chemische kleur- en smaakstoffen. Ze dienen van zeer goede kwaliteit te zijn, bereid met zo weinig mogelijk zout- en vetstoffen en in de beste hygiënische omstandigheden, in overeenstemming met alle geldende wettelijke normen.

Een diëtist, precies gelet op zijn nutritionele expertise, zal de offertes dan ook vanuit een ander perspectief beoordelen dan een auditeur voedselveiligheid, zowel bij de organoleptische test als bij de evaluatie van de variatie van het menuaanbod. Ook het toevoegen van een tweede leerling aan het panel kan een invloed hebben op de beoordeling van de twee gunningscriteria. Uit de ‘Samenvatting van de individuele juryverslagen’ blijkt dat de scores gegeven door de leerlingen voor bepaalde subgunningscriteria afwijken van deze gegeven door de andere juryleden.

Het wijzigen van de samenstelling van het panel is een ongeoorloofde afwijking van de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode. De omstandigheid dat een auditeur voedselveiligheid “een belangrijke meerwaarde” kan vormen, en de omstandigheid dat het toevoegen van een leerling realistischer is, gelet op het doelpubliek, is daarbij niet relevant. Een andere samenstelling van de jury kan immers ook de voorbereiding van de offertes hebben beïnvloed, in die zin dat de inschrijvers hun testmaaltijden aan de leden van de jury – geen diëtist en een extra leerling, dus met minder aandacht voor het nutritionele aspect – zouden hebben kunnen aanpassen. Voor zover de verwerende partij stelt dat de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij door een diëtist nog minder in haar voordeel zou zijn geweest, kan zij bijgevolg niet worden bijgevalen.

20. Het derde middel is gegrond.

VI. De vordering tot schadevergoeding

A. Voorwaarden voor de toekenning van een schadevergoeding

21. Om met toepassing van artikel 11bis van de wetten op de Raad van State een “schadevergoeding tot herstel” te kunnen verkrijgen, moet de verzoekende partij aantonen dat aan de volgende voorwaarden is voldaan. Er moet een onwettigheid in een arrest van de Raad van State zijn vastgesteld. Deze onwettigheid dient een schade te hebben veroorzaakt die nog niet op een andere wijze werd vergoed of waartoe bij een ander rechtscollege nog geen burgerlijke aansprakelijkheidsvordering werd ingesteld. Er dient een oorzakelijk verband te zijn tussen de vastgestelde onwettigheid en het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert, waarbij moet blijken dat het nadeel zich niet zou hebben voorgedaan zonder die vastgestelde onwettigheid.

1. Betreffende de onwettigheid van de akte

22. De Raad van State heeft hiervoor geoordeeld dat het wijzigen van de samenstelling van het testpanel een ongeoorloofde afwijking van de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode is. De gunningsbeslissing van 11 oktober 2021 is om die reden onwettig.

2. Betreffende het geleden nadeel

23. Het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert, is het verlies van een kans om de opdracht gegund te krijgen. Ook het verlies van een kans kan een vergoedbare schade uitmaken.

3. Betreffende het causaal verband

Standpunt van de partijen

24. De verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord dat de opdracht haar wel degelijk zou zijn toegekomen indien de verwerende partij, onder meer, niet zou zijn afgeweken van haar bestek.

25. De verwerende partij stelt in haar laatste memorie dat concreet dient te worden nagegaan hoe groot het verlies van een kans werkelijk is geweest, met andere woorden in welke mate een ernstige en reële kans op het verkrijgen van de opdracht verloren is gegaan door toedoen van de vastgestelde onwettigheid. Er is niet automatisch komen vast te staan dat, ondanks de fout in hoofde van de verwerende partij, de offerte van de verzoekende partij als economisch meest voordelige offerte in aanmerking diende te worden genomen.

Beoordeling

26. Zoals gezegd, heeft de Raad van State hiervoor geoordeeld dat het wijzigen van de samenstelling van het testpanel een ongeoorloofde afwijking van de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode is. Er kan niet worden

uitgesloten dat, hetzij de inschrijvers hun offertes anders zouden hebben voorbereid mocht hen meegedeeld zijn dat het testpanel anders zou zijn samengesteld dan was aangekondigd in het bestek, hetzij de offertes getoetst aan het tweede en derde gunningscriterium op een andere wijze zouden zijn beoordeeld, mocht de samenstelling van het testpanel, zoals aangekondigd in het bestek, zijn behouden.

Daarmee is niet aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij ook de beste zou zijn geweest indien de verwerende partij zou hebben gehandeld zoals zij had behoren te doen. Wel staat vast dat de verzoekende partij, als tweede gerangschikte inschrijver waarvan de offerte in het gunningsverslag niet als onregelmatig werd beschouwd, zonder de begane onwettigheid een kans had om de opdracht gegund te krijgen. Het rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de begane onwettigheid en het verlies van een kans staat bijgevolg vast. De omstandigheid dat het niet zeker is dat de verzoekende partij zonder de begane onwettigheid de best gerangschikte inschrijver zou zijn geweest, doet daaraan geen afbreuk, maar is wel relevant voor de begroting van de schade.

B. Omvang van de te vergoeden schade

Standpunt van de partijen

27. De verzoekende partij vordert een schadevergoeding tot herstel “in de vorm van winstderving, a rato van 12,5% per jaar op het bedrag van inschrijving (73.383,80 euro); over 5 jaar conform de aanbesteding is dat een bedrag van 45.864,88 euro”, vermeerderd met de gerechtelijke intresten.

28. De verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord enkel op dat de verzoekende partij de schadevergoeding vordert “zonder enig stavingsstuk voor te leggen”.

In haar laatste memorie sluit de verwerende partij zich subsidiair aan bij het auditoraatsverslag wat de begroting van de schadevergoeding betreft, namelijk dat “[d]e termijn van vijf (5) jaren waarover de gevraagde berekening [loopt] niet wordt weerhouden” en “[d]e concrete schade wordt begroot op € 3.669,19 (te vermeerderen aan de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van de onwettig bevonden gunningsbeslissing, nl. 11 oktober 2021, die moet worden beschouwd als de datum waarop de schade is ontstaan tot de uiteindelijke dag der betaling)”.

Beoordeling

29. Bij de begroting van de omvang van een schade die bestaat uit het verlies van een kans dient rekening gehouden te worden met, enerzijds, de waarde van de onrechtmatig gegunde opdracht en, anderzijds, de hoegrootheid van de kans die in hoofde van de verzoekende partij bestond om de opdracht daadwerkelijk gegund te krijgen.

1. De waarde van de misgelopen opdracht

30. De verzoekende partij gaat uit van een schade ten belope van 12,5 % van de waarde van de opdracht. Zij zet niet uiteen waarop zij steunt om dat percentage voorop te stellen.

Luidens artikel 16, derde lid, 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’ wordt bij een openbare of niet-openbare procedure, wanneer de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op grond van de prijs wordt bepaald, de opdracht gegund aan de inschrijver “die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, op straffe van een forfaitaire schadevergoeding vastgesteld op tien procent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van deze offerte”.

Ook al is deze wetsbepaling te dezen niet van toepassing, aangezien de economisch meest voordelige offerte niet uitsluitend op grond van de prijs wordt bepaald, kan in de concrete omstandigheden van de zaak, waarbij het bewijs van de reële economische schade bij gebrek aan een vast draaiboek voor de te berekenen schadeposten zoals winstderving en het verlies aan een referentie als quasi onmogelijk kan worden beschouwd, naar analogie worden uitgegaan van deze forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 %, zoals voorgesteld in het auditorsverslag. De Raad van State neemt bijgevolg aan dat het voordeel dat de verzoekende partij is misgelopen doordat de opdracht niet aan haar is gegund, 10 % bedraagt van het door haar aangeboden offertebedrag, btw niet inbegrepen.

De verwerende partij formuleert in haar laatste memorie en ter terechtzitting geen juridisch bezwaar tegen deze voorgestelde werkwijze.

31. Voor de waarde van de opdracht dient de offerteprijs van de verzoekende partij, exclusief btw, in aanmerking te worden genomen, en niet inclusief btw zoals de verzoekende partij vordert.

32. De verzoekende partij neemt voorts voor het bepalen van de waarde van de opdracht een looptijd van vijf jaar in aanmerking, “conform de aanbesteding”. De Raad van State stelt evenwel vast dat, overeenkomstig punt II.6 ‘Leveringstermijn’ van het bestek, de basisopdracht ‘Schoolmaaltijden 2021-2022’, een termijn van acht maanden omvat, en maximaal drie keer verlengd kan worden, telkens “op basis van een uitdrukkelijke beslissing”. Bovendien kan de leverancier, indien de opdracht niet wordt verlengd, daarvoor geen schadevergoeding eisen. In het licht van die bepalingen, en bij gebrek aan een nadere verantwoording door de verzoekende partij waarom een langere duurtijd dan één schooljaar in aanmerking zou moeten worden genomen, wordt voor de berekening van de schadevergoeding slechts met een looptijd van één schooljaar rekening gehouden.

2. De kans om de opdracht gegund te krijgen

33. Wanneer de geleden schade, die in een oorzakelijk verband staat tot de vastgestelde onwettigheid, bestaat in het verlies van een kans om een verhoopt voordeel te verkrijgen, kan de vergoeding van de schade niet bestaan in de toekenning van het voordeel dat die kans had opgeleverd indien ze zich had gerealiseerd, maar moet ze worden begroot in functie van de verloren kans. De schade die voor vergoeding in aanmerking komt, bestaat dus niet uit het volledige bedrag van het uiteindelijk geleden nadeel, maar uit een breukdeel ervan, die een weerspiegeling is van de kans dat de opdracht zonder de vastgestelde onwettigheid aan de verzoekende partij zou worden gegund.

In de concrete omstandigheden begroot de Raad van State de kans van de verzoekende partij op het verkrijgen van de opdracht, naar billijkheid, op 50 %. Blijkens het gunningsverslag hebben weliswaar drie ondernemingen een regelmatige offerte ingediend, doch de score van de derde gerangschikte onderneming ligt significant lager dan die van de eerste en de tweede gerangschikte ondernemingen, als gevolg van haar lagere score voor de gunningscriteria 'Prijs' en 'Bestelling en levering', waarmee de vastgestelde onwettigheid geen verband houdt.

VII. Besluit

34. Gelet op wat voorafgaat en vertrekkend van een vergoeding van 10 % van de offerteprijs van de verzoekende partij, exclusief btw, ten bedrage van 69.230 euro, wordt het verlies van een kans op het verkrijgen van de opdracht naar billijkheid begroot op 50 % van 6.923 euro, dit is 3.461,50 euro.

VIII. Intresten

35. De verzoekende partij vraagt om de schadevergoeding te vermeerderen met de vergoedende intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van de onwettig bevonden gunningsbeslissing van 11 oktober 2021.

36. De verzoekende partij heeft recht op vergoedende intresten vanaf 11 oktober 2021, zijnde de datum van de gunningsbeslissing die moet worden beschouwd als de datum waarop de schade is ontstaan, tot aan de datum van het voorliggende arrest. Zij heeft bovendien recht op verwijlintresten vanaf de datum van het voorliggende arrest tot de volledige betaling van het bedrag van de schadevergoeding.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem van 11 oktober 2021 waarbij de basisopdracht ‘Schoolmaaltijden 2021-2022’ wordt gegund aan de nv Compass Group Belgilux.

2. De Raad van State veroordeelt de verwerende partij tot betaling van een schadevergoeding aan de verzoekende partij ten bedrage van 3.461,50 euro, te vermeerderen met vergoedende intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 11 oktober 2021 en verwijlintresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf heden tot de volledige betaling van de schadevergoeding.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring en het verzoek tot schadevergoeding, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twaalf april tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens