RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 220.144 van 3 juli 2012
in de zaak A. 200.832/XII-6634

In zake: de BVBA SAS ACCOUNTING SERVICE
woonplaats kiezend te 2200 Herentals
Goudbloemstraat 28

tegen:

de STAD HERENTALS

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 juni 2011, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van het college van burgemeester en schepenen [van de stad Herentals] betreffende de aanstelling van een accountancykantoor voor de boekhouding van AGB Sport en Recreatie Herentals en AGB Herentals van 12 april 2011".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Bestuurssecretaris-jurist Peter Van de Perre, die verschijnt voor de verwerende partij, is gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. In juli 2010 neemt een personeelslid van de stad Herentals dat instaat voor het voeren van de boekhouding van het autonoom gemeentebedrijf Sport en Recreatie Herentals en het autonoom gemeentebedrijf Herentals ontslag.

De stad Herentals schrijft vervolgens een aantal boekhoudkantoren aan om tot een tijdelijke oplossing te komen. Op 23 augustus 2010 wordt beslist om het voeren van de boekhouding van beide autonome gemeentebedrijven toe te vertrouwen aan de bvba Sas Accounting Services, huidige verzoekende partij. Op 3 november 2010 wordt deze opdracht een eerste keer verlengd.

3.2. Op 15 februari 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking uit te schrijven voor het voeren van de boekhouding van de twee autonome gemeentebedrijven.

In het bestek wordt wat de gunning van de opdracht betreft onder meer bepaald:

> "Er werden geen gunningscriteria gespecifieerd. Het bestuur kiest na onderhandeling de meest voordelige regelmatige offerte".

Voorts vereist het bestek dat de inschrijvers bij hun offerte volgende documenten voegen:

- een omstandige beschrijving van de voorgestelde werkwijze,
- documenten ter staving van hun ervaring en deskundigheid,
- een representatieve referentielijst.

3.3. Op 22 februari 2011 wordt verzoekende partij uitgenodigd om een offerte in te dienen; zij dient op 15 maart 2011 een offerte in.

3.4. Op 1 maart 2011 wordt de tijdelijke opdracht van verzoekende partij inzake het voeren van de boekhouding van de autonome gemeentebedrijven opnieuw verlengd.

3.5. Op 29 maart 2011 wordt een gunningsverslag opgesteld. Er blijken vier offertes te zijn ingediend, onder meer door verzoekende partij en de cvba Afidac. De offertes worden alle vier regelmatig bevonden.

3.6. Op 12 april 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen aan de cvba Afidac. De keuze voor de offerte van de inschrijver wordt als volgt gemotiveerd:

> "Voor deze opdracht werden 4 offertes ingediend, namelijk Afidac, SAS, SCA en Groep Heivers-Schellens, allen uit Herentals. De technische dienst administratie heeft het verslag bij de ingediend offertes opgemaakt. De voorgestelde tijdsbesteding is bij Afidac (247 uren), SCA (245 uren) en Heivers-Schellens (234 uren) vergelijkbaar. Firma SAS heeft de totale tijdsbesteding veel lager ingeschat (176 uren).

De 2 laagste inschrijvers zijn SAS en Afidac. Het gemiddelde uurloon is quasi gelijk (respectievelijk 59,06 en 60,49). Beide kantoren hebben in het verleden reeds de boekhouding van AGB verzekerd. De firma SAS is evenwel een éénmansbedrijf. Dit biedt onvoldoende garanties voor continuïteit van de te leveren prestaties. Firma SAS heeft ook geen beschrijving van de werkwijze, noch referenties bij zijn offerte gevoegd zodat de deskundigheid van het bedrijf moeilijk te beoordelen is".

Dit is de thans bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. In het verzoekschrift stelt verzoekende partij dat "het middel is afgeleid uit de schending van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken".

Zij wijst erop dat in het bestek geen gunningscriteria werden vooropgesteld en werd bepaald dat de opdracht zou worden gegund aan de inschrijver met "de meest voordelige regelmatige offerte". Volgens verzoekende partij dient dit te worden begrepen als de offerte met de "laagste globale biedprijs", waarbij naast het gemiddelde uurtarief eveneens de tijdsbesteding in aanmerking moet worden genomen. Zowel inzake het uurtarief (59,06 euro tegenover 60,49 euro) als inzake tijdsbesteding (176 uren tegenover 247 uren) dient de offerte van verzoekende partij als voordeliger te worden beschouwd dan deze van de cvba Afidac. Toch werd de opdracht aan deze laatste gegund, aan een inschrijvingsprijs die globaal 4.545 euro, btw niet inbegrepen, op jaarbasis, dit is 43,7 %, hoger is dan de biedprijs van verzoekende partij.

Vervolgens bekritiseert verzoekende partij de twee motieven die verwerende partij heeft aangenomen om haar offerte niet te kiezen, namelijk het motief inzake continuïteit en dit inzake deskundigheid.

Verwerende partij motiveert de keuze voor de cvba Afidac door te stellen dat verzoekende partij een eenmansbedrijf is en onvoldoende garanties biedt voor de continuïteit van de te leveren prestaties. Zulk criterium werd niet opgenomen in het bestek, zodat het niet als doorslaggevend kan worden beschouwd. Indien de hoedanigheid van eenmansbedrijf een uitsluitingscriterium diende te zijn, dan had verzoekende partij niet mogen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen aangezien haar situatie perfect gekend was bij verwerende partij. Bovendien is er geen gegronde reden om te besluiten tot een hoger risico op discontinuïteit in hoofde van verzoekende partij ten opzichte van de cvba Afidac. Verzoekende partij verwijst in dit verband naar het feit dat zij, gelet op de verlengingen van haar tijdelijke opdracht, "inmiddels gedurende omzeggens 1 jaar de volledige boekhouding van het AGB Herentals en het AGB Sport en Recreatie Herentals ter harte neemt" en hierbij heeft zich volgens haar geen enkel probleem van continuïteit gesteld. Bovendien heeft de cvba Afidac geen personeel in dienst, wat volgens verzoekende partij blijkt uit haar schrapping als werkgever sedert 31 oktober 2010. Ook deze inschrijver beschikt aldus over een beperkte eigen bezetting. Een situatie van onderbreking in uitvoering van de opdracht kan zich trouwens voordoen in hoofde van gelijk welke inschrijver. Ten slotte heeft verzoekende partij aan verwerende partij mondeling toegelicht dat zij indien nodig personeel kan en zal inzetten voor deze opdracht.

Ook het argument dat de deskundigheid van verzoekende partij moeilijk te beoordelen valt aangezien zij geen werkwijze en geen referenties bij haar offerte heeft gevoegd, kan volgens verzoekende partij niet worden gevolgd. Zij wijst erop dat zij "inmiddels de boekhouding [heeft] verzorgd voor de periode van 01.07.2010 tot op heden zonder enige voorafgaande interne, noch externe opleiding betreffende de werking en het gebruik van Fiadpro, het

boekhoudpakket gebruikt voor de boekhouding van de AGB's". Verzoekende partij stelt dat zij zodoende de enige van de vier inschrijvers is die reeds beschikt over de vereiste knowhow inzake het gebruik van het boekhoudpakket Fiadpro binnen de autonome gemeentebedrijven. Bovendien werd de tijdelijke boekhoudopdracht aan verzoekende partij toegewezen zonder dat enige twijfel omtrent haar deskundigheid werd geuit door verwerende partij. Deze opdracht werd zelfs tweemaal verlengd, waarbij telkens werd verwezen naar de kennis en ervaring die zij ondertussen had opgedaan inzake het gebruik van Fiadpro en inzake de werking van de autonome gemeentebedrijven. De deskundigheid van verzoekende partij kan dus allerminst worden betwijfeld. Voorts heeft verzoekende partij destijds bij de initiële toewijzing van de tijdelijke opdracht een uitgebreid curriculum bezorgd aan verwerende partij met een gedetailleerde uiteenzetting van haar professioneel verleden, waaruit volgens verzoekende partij "een ruime en gediversifieerde ervaring op het gebied van boekhoud- en beheerscontrole en van financiële rapportering blijkt".

Verzoekende partij besluit dat uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat ze niet is genomen overeenkomstig het gunningscriterium van het bestek en bijgevolg een schending uitmaakt van de toepasselijke wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsopdrachten.

5.1. In haar memorie van antwoord werpt verwerende partij in de eerste plaats een *exceptio obscuri libelli* op. Het enige middel is een louter inhoudelijke opportuniteitskritiek op de gunningsbeslissing en toont geen wetsschending aan.

5.2. In ondergeschikte orde weerlegt verwerende partij de argumentatie van verzoekende partij.

Het is evident dat het kantoor van verzoekende partij, een eenmanszaak, minder garanties kan bieden voor de continuïteit van de dienstverlening dan de cvba Afidac, waar naast de twee vennoten nog drie

medewerkers actief zijn. Het argument inzake de continuïteit van de dienstverlening is een afdoende motief voor de beslissing: het voeren van een boekhouding vereist zeer regelmatige werkzaamheden en handelingen, die één persoon praktisch niet kan garanderen. Een tijdelijke wanprestatie kan bovendien aanzienlijke financiële gevolgen hebben voor verwerende partij, bijvoorbeeld wanneer een btw-aangifte niet tijdig wordt ingediend. Dat er zich tot nu toe geen continuïteitsproblemen hebben gesteld in de uitvoering van de tijdelijke opdracht door verzoekende partij is geen beletsel voor verwerende partij om dit element voor de toekomst belangrijk te achten en het in overweging te nemen bij de beoordeling van de offertes. De bewering van verzoekende partij dat zij personeel zal inzetten voor de opdracht wordt niet hardgemaakt, in tegenstelling tot de cvba Afidac, die effectief vijf werkkrachten kan inzetten.

Wat het motief inzake de deskundigheid van verzoekende partij betreft merkt verwerende partij op dat verzoekende partij inderdaad beschikt over een bepaalde ervaring en deskundigheid inzake het voeren van de boekhouding van de twee autonome gemeentebedrijven, doch in het kader van de gunning van een overheidsopdracht dient verwerende partij alle inschrijvers op gelijke wijze te behandelen en de opdracht te gunnen op basis van transparante en objectieve criteria. Om dit mogelijk te maken heeft zij in het bestek vereist dat de inschrijvers bij hun offerte een omstandige beschrijving van de voorgestelde werkwijze, documenten ter staving van hun ervaring en deskundigheid en een referentielijst moeten voegen. Verzoekende partij heeft deze documenten niet bijgevoegd. Deze nalatigheid heeft volgens verwerende partij niet tot gevolg, zoals verzoekende partij beweert, dat haar deskundigheid in twijfel wordt getrokken, doch wel dat het onmogelijk is om de deskundigheid van verzoekende partij op objectieve wijze te vergelijken met de inschrijvers die de betrokken documenten wel hebben bijgevoegd.

6.1. In de memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij in de eerste plaats de exceptie. Zij betoogt dat, opdat een middel ontvankelijk is, niet vereist is dat verzoekende partij de exacte wetsbepaling vermeldt die zou zijn

geschonden, het volstaat dat zij de inhoud van de geschonden rechtsregel weergeeft of dat zij summier maar duidelijk de beweerde schending van een rechtsregel of rechtsbeginsel uiteenzet. Uit de uiteenzetting van het middel in het verzoekschrift blijkt volgens verzoekende partij dat zij de schending heeft aangevoerd van: (a) het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel wat betreft de gunningscriteria waarop verwerende partij zich zou baseren om de opdracht te gunnen; (b) de overheidsopdrachtenreglementering en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* in zoverre verwerende partij bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes geenszins rekening heeft gehouden met het feit dat geen gunningscriteria werden bepaald in het bestek; (c) het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel aangezien verzoekende partij en de cvba Afidac, die zich in een gelijke situatie bevinden, op ongelijke wijze worden behandeld wat de continuïteit betreft; en (d) van de materiële motiveringsplicht omdat de bestreden beslissing werd gesteund op een feitelijk onjuist motief betreffende de deskundigheid.

6.2. Ten gronde merkt verzoekende partij onder meer op dat verwerende partij een onvoorwaardelijke keuzevrijheid voor zichzelf heeft geschapen door geen gunningscriteria in het bestek op te nemen. Dit leidt tot een gebrek aan transparantie en hindert een gelijke behandeling van de inschrijvers. Verwerende partij moest de gunningscriteria op voorhand bekend maken in het bestek.

Wat het continuïteitsmotief betreft merkt verzoekende partij op dat uit navraag is gebleken dat de cvba Afidac als werkgever is geschrapt sedert 31 oktober 2010, het verweer dat deze inschrijver vijf werkkrachten kan inzetten betekent dan ook, indien al juist, dat het om externe medewerkers gaat. Dit is een optie die vanzelfsprekend ook voor verzoekende partij tot de mogelijkheden behoort. Verwerende partij is dan ook niet zorgvuldig te werk gegaan bij het vergaren en beoordelen van de nodige gegevens. In de mate dat verzoekende partij en de cvba Afidac op het ogenblik van de bestreden beslissing beiden geen personeel in dienst hadden, bevonden zij zich in een gelijke situatie. Nochtans

werd de opdracht niet toegewezen aan verzoekende partij omdat zij een eenmansbedrijf is. Door deze ongelijke behandeling is het gelijkheidsbeginsel geschonden.

Wat het motief inzake de deskundigheid betreft benadrukt verzoekende partij dat zij in het kader van de gunning van de tijdelijke opdracht een uitgebreide uiteenzetting over haar professioneel verleden aan verwerende partij bezorgde. In het licht van het tweemaal verlengen van deze tijdelijke opdracht mag verzoekende partij ervan uitgaan dat verwerende partij haar deskundigheid als aanvaardbaar beoordeelde. Bovendien werd verzoekende partij na de gunningsbeslissing van 12 april 2011 gevraagd om de gekozen inschrijver wegwijs te maken in het gebruik van het boekhoudprogramma Fiadpro. Hieruit kan worden afgeleid dat verzoekende partij blijk heeft gegeven van voldoende deskundigheid en ervaring om de opdracht op kwalitatief aanvaardbare en professionele wijze uit te voeren. Het motief inzake de deskundigheid is dan ook feitelijk onjuist.

7. In haar laatste memorie benadrukt verwerende partij dat in het kader van de continuïteit een eenmansbedrijf minder garanties biedt dan een onderneming met vijf werkkrachten.

Dat verwerende partij de offerte van verzoekende partij regelmatig heeft verklaard belet haar niet het motief in te roepen dat de deskundigheid van verzoekende partij niet kan worden onderzocht bij gebrek aan opgave van werkwijze en referenties. De onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking kent maar één fase, daarom beoordeelt de aanbestedende overheid het ontbreken van bepaalde documenten en informatie over de persoon van de inschrijver bij de vergelijking van de offertes.

Beoordeling

8. In de initiële formulering van het enige middel in het verzoekschrift wordt niet expliciet verwezen naar concrete rechtsnormen die verzoekende partij geschonden acht, behoudens een aanvankelijke algemene verwijzing naar de wet van 24 december 1993 en het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Uit de uiteenzetting van het middel blijkt dat verzoekende partij onder meer de motieven van de bestreden beslissing betwist, zoals verwerende partij ook erkent in haar memorie van antwoord waarin zij verzoekende partij overigens op omstandige wijze van repliek dient op haar inhoudelijke kritieken. Aldus kan worden aanvaard dat in het verzoekschrift de schending van de materiële-motiveringsplicht wordt aangevoerd.

Verzoekende partij bekritiseert de twee motieven die verwerende partij er bepalend hebben toe aangezet de offerte van de cvba Afidac te verkiezen boven die van verzoekende partij, namelijk het motief inzake de continuïteit en dit inzake de deskundigheid.

9. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou onttrokken zijn aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

10. Verwerende partij motiveert haar keuze om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen op de eerste plaats door te verwijzen naar de

onvoldoende garanties inzake continuïteit die worden geboden door een eenmansbedrijf.

In het bestek is er geen regel opgenomen waaruit mag worden afgeleid dat een eenmansbedrijf niet geschikt zou zijn voor de opdracht. Verwerende partij heeft geen besteksbeperking in die zin opgenomen terwijl zij nochtans een beeld had van de werkwijze en beschikbaarheid van een eenmansbedrijf gelet op de opeenvolgende tijdelijke aanstellingen van verzoekende partij. Voorts heeft zij verzoekende partij uitgenodigd deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Opmerkelijk ten slotte is dat verwerende partij bij de tijdelijke heraanstellingen van verzoekende partij van 3 november 2010 en 1 maart 2011 zich telkens uitdrukkelijk op de continuïteit beroept.

In die omstandigheden verschijnt dit motief dan ook als een ondeugdelijk motief dat tegengesproken wordt door de eerdere handelwijze van verwerende partij en geen steun kan vinden in het bestek.

11. Het tweede motief dat verwerende partij inroept om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen heeft betrekking op de deskundigheid. Verwerende partij merkt in de gunningsbeslissing op dat verzoekende partij bij haar offerte geen beschrijving van de werkwijze noch referenties heeft gevoegd “zodat de deskundigheid van het bedrijf moeilijk te beoordelen is”.

In de eerste plaats stelt de Raad van State vast dat verwerende partij de offerte van verzoekende partij regelmatig heeft verklaard.

Voorts blijkt uit het gunningsverslag dat bij het administratief en technisch nazicht van de offertes, meer bepaald bij die van verzoekende partij, wordt opgemerkt dat er geen referentielijsten, geen stavingsstukken in verband met ervaring of deskundigheid en geen beschrijving van de voorgestelde

werkwijze bij die offerte is gevoegd doch dat die offerte door het bestuur als regelmatig wordt beschouwd “omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn” en dat “ontbrekende documenten nog op te vragen” zijn. Blijkbaar heeft verwerende partij dit laatste nagelaten bij haar bestreden beslissing.

Voorts komt het niet als decisief maar toch als opmerkelijk over dat verwerende partij stelt dat de deskundigheid van verzoekende partij moeilijk te beoordelen is gelet op de opeenvolgende tijdelijke aanstellingen van verzoekende partij, die blijkbaar haar tijdelijke opdracht uitvoerde tot tevredenheid van verwerende partij. Hierbij kan ook verwezen worden naar volgende passage in het besluit van 1 maart 2011 waarbij verzoekende partij voor een tweede maal werd heraangesteld voor de tijdelijke opdracht:

> “Het accountancykantoor Sas Accounting Service bvba bood voorgaande keer de meest voordelige prijs aan. Dit accountancykantoor heeft in tussentijd kennis en ervaring opgedaan met de werking van het boekhoudpakket FiadPro waarover het AGB Sport en Recreatie Herentals beschikt. Het accountancykantoor heeft ook al kennis vergaard over de werking van het AGB Sport en Recreatie Herentals”.

In die omstandigheden neemt de Raad van State aan dat verwerende partij niet kan staande houden niet in staat te zijn geweest kennis te kunnen nemen van de deskundigheid van verzoekende partij.

Ook dit motief is dan ook een ondeugdelijk motief.

12. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 12 april 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Herentals waarbij de opdracht voor de controlewerkzaamheden van de boekhouding van het AGB

Sport en Recreatie Herentals en het AGB Herentals wordt gegund aan de firma Adviesbureau voor fiscaliteit en accountancy Afidac.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 juli 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

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