RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 235.559 van 28 juli 2016
in de zaak A. 219.648/XII-8183

In zake: de bvba A&S SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
en advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

tegen:

de GEMEENTE ZINGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Antwerpsesteenweg 47
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 juli 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de gemeente Zingem van 18 mei 2016 waarbij “de opdracht voor het uitvoeren van een integrale organisatie-audit van de gemeente en OCMW wordt gegund aan de cvba CC Consult […] tegen de geraamde kostprijs van 25.560 [euro] (exclusief btw) op basis van een geraamd aantal uren van een adviseur (237 uren) en een senior adviseur (60 uren), conform haar offerte dd. 11 mei 2016”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 juli 2016, om 11 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Anthony Verheggen en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 gemeente Zingem wenst over te gaan tot een audit van de gemeente en het OCMW van Zingem en daartoe een dienstverlener aan te duiden. De gemeente beslist deze opdracht te gunnen met toepassing van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006).

3.2. Op 25 maart 2016 stuurt de gemeentesecretaris aan de leden van het college van burgemeester en schepenen en de voorzitter van het OCMW een e-mailbericht, dat hij tevens in kopie stuurt aan de verzoekende partij. Daarin deelt hij het volgende mee:

> “In bijlage vindt u het ontwerp van het handboek organisatiebeheersing (interne controle) voor de gemeente Zingem. Dit handboek organisatiebeheersing zal toegelicht worden op het college van 30.3.2016 om 10 uur door [S.D.V.] van de bvba A&S Solutions.
> Tevens zal de heer [S.D.V.] zijn visie geven over de opdracht ‘interne audit’, zoals voorzien in het budget 2016. Op een volgend college zullen nog 2 andere bureau’s uitgenodigd worden om hun visie te geven over de opdracht ‘interne audit’.”

De verzoekende partij geeft de gevraagde presentatie aan het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem op 30 maart 2016. Zij maakt dezelfde dag een uitprint van haar presentatie over aan de verwerende partij. In deze uitprint worden de verschillende soorten van audit weergegeven waarbij de “totale organisatiestudie” de meest doortastende lijkt en waarvan de verzoekende partij de volgende deelaspecten onderscheidt:

- Dienstverleningsconcept
- Organisatiestructuur
- Processen
- Mens, Middelen en Management
- Objectieve feiten
- Resultaten, efficiëntie.

3.3. Op 31 maart 2016 en 5 april 2016 stuurt de gemeentesecretaris een uitnodiging aan twee andere bedrijven, namelijk aan de cvba CC Consult en aan de nv Möbius. In dit bericht deelt hij mee :

> “De gemeente Zingem wenst een interne audit uit te voeren.
> Het gaat hierbij over een totale organisatie-audit (dienstverleningsconcept, organisatiestructuur, processen, mensen, middelen, management, objectieve feiten, resultaten en efficiëntie).
> Vooraleer een overheidsopdracht hiervoor uit te schrijven had het college u graag uitgenodigd aansluitend op haar zitting van woensdag 13.4.2016 om 10.00 uur om uw visie te geven over een organisatie-audit en de geraamde kostprijs hiervan.
> Kunt op deze uitnodiging ingaan?”

Enkel de cvba CC Consult gaat op deze uitnodiging in. Zij geeft haar presentatie op 4 mei 2016.

3.4. Op 7 mei 2016 vraagt de verwerende partij aan de cvba CC Consult:

> "Kan ik de powerpointpresentatie van de heer [L.D.B.] ontvangen, inclusief de indicatieve offerte?"

Op 9 mei 2016 antwoordt de cvba CC Consult:

> "In bijlage bezorg ik u graag de gevraagde presentatie. Achteraan vindt u een indicatieve prijsopgave.
> Ik had begrepen dat u graag ook een uitgeschreven offerte zou ontvangen. Dit bezorgen wij u graag in de tweede helft van deze week, is dit ok voor u?"

De gemeentesecretaris antwoordt hierop:

> "Ik had inderdaad graag een geschreven offerte ontvangen waarbij ook het OCMW Zingem betrokken wordt i.k.v. de integratie gemeente-OCMW.
> In bijlage vindt u het organogram van gemeente en OCMW."

Bij e-mailbericht van 12 mei 2016 maakt de cvba CC Consult haar offerte over aan de verwerende partij. Zij stelt hierbij:

> "Graag bezorgen wij u in bijlage onze offerte voor een integrale audit van gemeente en OCMW Zingem. Hierbij benadrukken we graag dat de prijs in totaliteit iets hoger ligt dan eerder in de presentatie meegegeven, maar dat dit te verklaren is door het feit dat de ocmw-organisatie wordt meegenomen in de opdracht."

3.5. Op 18 mei 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de cvba CC Consult.

De gunningsbeslissing bevat de volgende motivering:

> "Overwegende dat volgende dienstverleners werden uitgenodigd om voor het college van burgemeester en schepenen hun visie te geven over een organisatie-audit en de geraamde kostprijs hiervan:
> 1) bvba A&S Solutions […]
> 2) nv Möbius Business Redesign […]
> 3) cvba CC Consult […]

> Overwegende dat de nv Möbius Business Redesign op 11 april 2016 te kennen gaf geen interessant prijs-concurrentieel voorstel te kunnen, gelet op de hoge kwaliteit die zij nastreven;
> […]
> Overwegende dat de cvba A&S Solutions op 30 maart 2016 aan het college van burgemeester en schepenen een beknopte uiteenzetting heeft gegeven over diverse soorten audits (strategische audit, doorlichting, organisatie-scan, totale organisatie-audit) met een raming van 5.000,00 [euro] (exclusief btw) tot 30.000,00 [euro] (exclusief btw);
>
> Overwegende dat de cvba CC Consult op 4 mei 2016 aan het college van burgemeester en schepenen een uitgebreide en zeer gedetailleerde presentatie heeft gegeven van een organisatie-audit van gemeenten en OCMW met een duidelijke plannen tegen een geraamde kostprijs van 25.560,00 [euro] (exclusief btw) op basis van een geraamd aantal uren van een adviseur (237 uren) en een senior adviseur (60 uren);
>
> Overwegende dat de cvba CC Consult het best beantwoordt aan de gestelde verwachtingen en een exhaustieve lijst van referenties kan voorleggen van het uitvoeren van dergelijke opdrachten;
>
> Overwegende dat, gelet op het voorstel van aanpak en de aangetoonde expertise bij het uitvoeren van organisatie-audits, de opdracht voor het uitvoeren van een interne audit bij de gemeente en het OCMW kan gegund worden aan de cvba CC Consult tegen de geraamde prijs van 25.560,00 [euro] (exclusief btw);”

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 23 mei 2016 wordt de gunningsbeslissing aan de cvba CC Consult betekend en wordt de overeenkomst gesloten.

3.6. Bij aangetekende brief van 6 juni 2016 en tevens verzonden per e-mailbericht van 8 juni 2016 vraagt de verzoekende partij naar een stand van zaken “in het dossier ‘interne audit’”:

> “Graag wou ik informeren over de stand van zaken in uw dossier ‘interne audit’.
> In verwijs graag naar de mail d.d. 25 maart 2016 van de gemeentesecretaris, de heer [G.M.], waarin gevraagd wordt of de heer [S.D.V.], zaakvoerder A&S Solutions, het handboek ‘organisatiebeheersing’ op 30 maart 2016 aan het College kan toelichten.

> Er werd tevens gevraagd om tijdens dit informatiemoment de visie van A&S inzake interne audit toe te lichten aan het schepencollege.
> Deze toelichting werd op 30 maart gegeven aan een aantal leden van het managementteam en het schepencollege.
> Graag had ik de stand van zaken gekend omdat ik graag een formele offerte voor deze opdracht wens in te dienen."

Bij aangetekende brief van 20 juni 2016, opnieuw verzonden op 27 juni 2016, maakt de verwerende partij de gunningsbeslissing van 18 mei 2016 over aan de verzoekende partij. In dit schrijven deelt de verwerende partij het volgende mee:

> "De opdracht voor het uitvoeren van integrale organisatie-audit van de gemeente en het OCMW Zingem werd in zitting van 18.5.2016 gegund aan de cvba CC Consult, Vliegdreef 9, te 1082 Brussel (Sint-Agatha-Berchem). In bijlage vindt u een kopie van het gunningsbesluit dd. 18.5.2016.
> Op 30.3.2016 gaf u aan het college en het managementteam een presentatie over een interne audit en gaf u eveneens een raming van de kostprijs van verschillende soorten audits. Hetzelfde gebeurde door de cvba CC Consult op 4.5.2016. Een derde dienstverlener nv Möbius Business Redesign gaf op 11.4.2016 te kennen geen interessant prijs-concurrentieel voorstel te kunnen doen.
> Na vergelijking van de beide presentaties was het college van oordeel dat de visie van de cvba Consult het best beantwoorden aan de gestelde verwachtingen. Tevens legde de cvba CC Consult een exhaustieve lijst van referenties voor van dergelijke opdrachten voor lokale besturen."

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

4.1. De verwerende partij legt wat zij benoemt als de "offertes" van de verzoekende partij en de cvba CC Consult, op gemotiveerde wijze vertrouwelijk neer.

4.2. De verzoekende partij verzet zich tegen deze ingeroepen vertrouwelijkheid en wijst erop dat de offerte van de cvba CC Consult essentieel is voor de beoordeling van haar enige middel.

Beoordeling

4.3. Zoals hierna zal blijken, is het lichten van de vertrouwelijkheid van voornoemde stukken uit het administratief dossier niet noodzakelijk voor de beoordeling van het middel; de Raad heeft deze stukken wel bij haar beoordeling betrokken.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op. Zij stelt dat de opdracht reeds werd gesloten en meent met verwijzing naar artikel 30, derde lid van wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (hierna: de wet van 17 juni 2013) dat de Raad van State de opdracht niet meer zou kunnen schorsen. Aangezien het bedrag van de opdracht het Europese drempelbedrag niet bereikte, diende de wachttermijn voorzien in artikel 11 van de wet van 17 juni 2013 niet te worden toegepast en werd deze ook niet toegepast. Bij brief van 23 mei 2016 werd de opdracht gesloten.

Beoordeling

5.2. In zoverre de verwerende partij met haar exceptie bedoelt dat de sluiting van het contract het belang van de verzoekende partij bij de vordering zou doen verdwijnen, gaat zij eraan voorbij dat een verzoekende partij in de materie van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang heeft dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend, spijts de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst. Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende zeker, gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de nietigverklaring in artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 toegekend aan "elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld". Krachtens artikel 15, eerste lid, kan de schorsing worden uitgesproken "onder dezelfde voorwaarden" als die bedoeld in artikel 14, dus ook wat het belang betreft.

Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 31 van de voormelde wet ook toepasselijk op de opdrachten die zoals de in het geding zijnde opdracht het Europese drempelbedrag niet bereiken. De Raad van State kan te dezen ook bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de opdracht reeds werd gesloten. Te dezen lijkt in elk geval de uitvoering nog niet aangevat, aangezien in de brief van de verwerende partij van 23 mei 2016 gericht aan de gekozen inschrijver wordt aangegeven dat de dienstverlening moet worden aangevat op 1 september 2016.

Artikel 30, derde lid, van de wet van 17 juni 2013, dat bepaalt dat zodra de opdracht is gesloten, deze niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij, betreft het sluiten van het contract voor de opdracht, hetgeen tot de rechtsmacht van de hoven en rechtbanken behoort. Die bepaling verzet er zich niet tegen dat de Raad de schorsing van de tenuitvoerlegging beveelt van de van de gesloten opdracht afsplitsbare gunningsbeslisssing. Bijgevolg lijkt noch de rechtsmacht van de Raad noch het belang van de verzoekende partij *prima facie* nuttig te kunnen worden betwist op grond van het feit dat de opdracht is gesloten en wordt uitgevoerd.

De exceptie dient te worden verworpen.

VI. De schorsingsvoorwaarden

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

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

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

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

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

VII. Nopens de gunningsbeslissing en de begunstigde

7. Volgens de gunningsbeslissing is de begunstigde onderneming de cvba CC Consult, Vliegvelddreef 9, 1082 Brussel. Ter terechtzitting merkt de raadsvrouw van de verwerende partij op dat de begunstigde onderneming de cvba CCSC, zelfde adres, is. Het lijken onderscheiden ondernemingen.

Deze vaststelling doet ernstige twijfels rijzen over de rechtsgeldigheid van de gunningsbeslissing en het gesloten contract. Vooralsnog echter lijkt de problematiek onvoldoende in het debat gebracht en uitgeklaard om een decisieve wending te geven aan de beoordeling van de vordering. Volledigheidshalve moet echter worden opgemerkt dat het administratief dossier, zoals neergelegd, geen spoor lijkt te vertonen van de cvba CCSC.

VIII. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 5 en van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006, van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het mededingingsbeginsel en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

> "Verwerende Partij, zoals blijkt uit de Bestreden Beslissing, de gunningsprocedure met het oog op het nemen van de Bestreden Beslissing heeft georganiseerd onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in de zin van artikel 26, §1, 1°, a) van de Wet van 15 juni 2006, juncto artikel 105, §1, 2° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011;
> Overwegende dat Verwerende Partij op grond van voormeld artikel 26, §1 verschillende dienstverleners diende te raadplegen met het oog op het gunnen van de Opdracht;
> Doordat Verwerende Partij weliswaar drie mogelijke dienstverleners heeft 'geraadpleegd', doch hierbij, wat betreft Verzoekende Partij, enkel op een zeer informele wijze een mondelinge toelichting heeft gevraagd omtrent de mogelijkheden betreffende de uitvoering van de Opdracht, zonder als dusdanig Verzoekende Partij uit te nodigen om formeel een offerte in te dienen op basis van een concreet voorwerp wat betreft de gevraagde dienstverlening die is omvat door de Opdracht;
> Doordat, wat betreft Belanghebbende Partij, in het kader van de raadpleging op het eerste gezicht wel een concreet voorwerp voor de dienstverlening werd voorgelegd op grond waarvan deze dienstverlener, prima facie met een offerte, een concreet geraamde inschrijvingsprijs, gesteund op een aantal uren, uitgesplitst tussen een adviseur en een senior adviseur heeft ingediend bij Verwerende Partij;
> Terwijl artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006 voorziet dat een aanbestedende overheid de dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze dient te behandelen, ook in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, die wordt georganiseerd in toepassing van artikel 26, §1 van de Wet van 15 juni 2006;
> Terwijl uw Raad in haar arrest d.d. 12 juni 2001 (nr. 96.419) heeft bevestigd dat deze gelijke behandeling en m.n. de mogelijkheid om effectief een offerte in te dienen, specifiek dient te kaderen binnen de aldus georganiseerde onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, waarbij de inschrijvers op een transparante wijze moeten worden ingelicht m.b.t. het voorwerp van de Opdracht, op een gelijke wijze

moeten worden behandeld in het kader van de gunningsprocedure, zodat zij zich door dezelfde gegevens kunnen laten leiden bij het indienen van een offerte."

Toegelicht wordt dat uit de volgende feiten blijkt dat de dienstverleners die door de verwerende partij werden geraadpleegd, niet gelijk werden behandeld. De verwerende partij heeft op een louter informele wijze de verzoekende partij uitgenodigd om mondeling een visie te geven omtrent de mogelijkheden rond het uitvoeren van een dossier inzake een interne audit en dit naar aanleiding van de bespreking omtrent een andere aangelegenheid, namelijk een ontwerp kwaliteitshandboek. Door de verwerende partij werd aansluitend aangegeven dat de verzoekende partij in het kader van deze gunningsprocedure zou worden uitgenodigd om een offerte in te dienen op grond van een concrete opdracht met een omschreven voorwerp. Dergelijke uitnodiging heeft zij echter niet ontvangen. Uit de overwegingen van de bestreden beslissing blijkt daarentegen dat aan de andere geraadpleegde inschrijvers en minstens aan de gekozen inschrijver klaarblijkelijk wél de mogelijkheid werd geboden om een concrete offerte in te dienen op grond van een concrete vraag vanwege de verwerende partij, waarbij het voorwerp van de opdracht concreet werd bepaald.

Bijgevolg, zo besluit de verzoekende partij, is niet voldaan aan het vereiste van een "raadpleging" zoals voorzien in artikel 26, § 1, van de Wet van 15 juni 2006, minstens werden de dienstverleners in het kader van deze vermeende "raadpleging" niet gelijk behandeld met eerbiediging van het transparantie-beginsel. De bestreden beslissing schendt eveneens het zorgvuldigheidsbeginsel doordat de verwerende partij heeft nagelaten om zich, in het kader van de vermeende "raadpleging" op een correcte en gegronde wijze te informeren over alle relevante elementen om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen.

9. De verwerende partij antwoordt in haar nota dat zij wel degelijk heeft voldaan aan het vereiste meerdere ondernemers te raadplegen, doch dat artikel 26, § 1, 10, a), van de wet van 15 juni 2006 op geen enkele wijze oplegt hoe de raadpleging moet worden geformaliseerd. De consultatie in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij een opdracht die de Europese drempelbedragen niet bereikt is volgens haar volledig vormvrij, heeft een flexibel

karakter en kan dan ook op een wijze verlopen zoals tussen particulieren of vrije marktdeelnemers.

Weliswaar erkent de verwerende partij dat het voorwerp van de opdracht inderdaad voldoende duidelijk moet zijn, wat te dezen volgens haar echter het geval was: voor alle dienstverleners was het duidelijk dat het voorwerp van de opdracht betrekking had op een integrale organisatie-audit van de gemeente en het OCMW van Zingem. De verzoekende partij heeft naar aanleiding van haar presentatie op 30 maart 2016 ook geen enkele vraag gesteld omtrent de draagwijdte van de opdracht en geen van de aangeschreven ondernemers heeft op enig ogenblik aangegeven dat het voorwerp onvoldoende duidelijk was.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij bovendien reeds door de verwerende partij was aangesteld voor een andere opdracht en inzonderheid voor de opmaak van een handboek organisatiebeheersing (interne controle) voor de stad Oudenaarde en de gemeenten Kluisbergen, Kruishoutem, Maarkedal, Wortegem-Petegem en Zingem. In dit kader was er een voorstel van de verzoekende partij om aan dit handboek een hoofdstuk over de interne audit toe te voegen waardoor de gemeenten zichzelf kunnen auditen en er geen extra toezicht meer komt vanwege Audit Vlaanderen. Vermits een dergelijk hoofdstuk gelijkenissen vertoonde met de opdracht werd aan de verzoekende partij gevraagd om op 30 maart 2016 haar visie te geven over de opdracht. Aldus meent de verwerende partij dat “indien een van de drie aangeschreven ondernemers de draagwijdte van de opdracht kon inschatten, dan […] het wel verzoekende partij [was]”.

De verwerende partij betoogt nog dat zij beide geraadpleegde ondernemingen de kans heeft geboden om gedurende anderhalf uur hun visie toe te lichten omtrent de integrale organisatie-audit van de gemeente en het OCMW van Zingem. Dat de presentatie van de cvba CC Consult uitgebreider en meer concreet is, heeft enkel en alleen te maken met diens inzet en aanpak. Op geen enkele wijze werd aan de cvba CC Consult bijkomende informatie verleend die hem in staat zou hebben gesteld om een meer uitgewerkt voorstel in te dienen. Beide geraadpleegde ondernemingen waren ervan op de hoogte dat de verwerende partij ook andere

ondernemers zou consulteren en dat zij dus met elkaar in mededinging zouden worden geplaatst.

Ten slotte antwoordt de verwerende partij nog op de kritiek dat aan de verzoekende partij niet werd gevraagd een formele offerte in te dienen, dat zij bij een opdracht onder het Europese drempelbedrag die wordt gegund met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking niet verplicht is om voorafgaandelijk aan de inschrijvers mede te delen dat zij er al dan niet in voorziet om de gunningsprocedures in verschillende rondes te laten verlopen en dat zij dus met één inschrijver mag verder onderhandelen. Bovendien bestaan er voor wat betreft dergelijke procedure geen specifieke voorschriften tot formele en inhoudelijke regelmatigheid waaraan de offertes moeten voldoen, zodat niets belet dat een offerte zou worden gevraagd onder de vorm van een presentatie.

Beoordeling

10. Niet wordt betwist dat de verwerende partij de bedoeling had met toepassing van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006, de in het geding zijnde opdracht toe te wijzen met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking; krachtens artikel 26, § 1, diende zij bij toepassing van deze procedure in elk geval alvorens de opdracht te gunnen, indien mogelijk, meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners te raadplegen. Weliswaar staat het de aanbestedende overheid vrij in het kader van een dergelijke procedure om met één of meer van hen verder te onderhandelen, maar moet zij bij die keuze in elk geval het gelijkheidsbeginsel naleven.

11. Te dezen blijkt de aanbestedende overheid geen bestek te hebben vastgesteld, noch lijkt zij voorwaarden dan wel gunningscriteria bepaald te hebben voor de opdracht. Zij blijkt enkel op een eerder informele wijze met een minimum aan informatie omtrent het precieze voorwerp van de opdracht – informatie die bovendien niet geheel dezelfde was – drie dienstverleners te hebben uitgenodigd om hun visie te geven over “een interne audit”, waarna zij vervolgens slechts aan één van hen uitdrukkelijk heeft gevraagd om daarvoor een offerte te willen bezorgen.

12. Uit het hiervoor weergegeven feitenrelaas blijkt dat de aanbestedende overheid de verzoekende partij bij e-mailbericht van 25 maart 2016 heeft uitgenodigd om, naar aanleiding van een door haar voor de gemeente Zingem te geven presentatie van een handboek organisatiebeheersing, “tevens” haar visie te geven over de opdracht ‘interne audit’, zoals voorzien in het budget 2016”.

De verzoekende partij heeft op 30 maart 2016 die presentatie gegeven, waarvan diezelfde dag een uitprint werd bezorgd aan de verwerende partij. Uit de inzage ervan, waartoe de Raad van State ondanks de gevraagde vertrouwelijkheid ervan mag overgaan, blijkt dat, zoals gevraagd, in de eerste plaats het handboek werd toegelicht en vervolgens, zoals bevestigd in de bestreden beslissing, de organisatie-audit werd toegelicht, en in het bijzonder de verschillende soorten ervan: “strategische audit, doorlichting, organisatie-scan, totale organisatie-audit”. Volgens de bestreden beslissing zou de verzoekende partij tevens een raming hebben gegeven van de kostprijs verbonden aan die diverse soorten audits: gaande van “5.000,00 [euro] (exclusief btw) tot 30.000,00 [euro] (exclusief btw)”. Dit blijkt evenwel niet uit die uitprint, waarvan de Raad van State inzage mag nemen. Overigens toont de verwerende partij niet met concrete juridische elementen aan dat zij de presentatie van de verzoekende partij die geen antwoord is op een vraag met een precies voorwerp, als een offerte mag beschouwen, hetgeen zij hier doet.

De dag erna al heeft de verwerende partij de gekozen inschrijver en tevens met een e-mailbericht van 5 april 2016 een andere dienstverlener, eveneens uitgenodigd hun visie te geven over een “interne audit”. In deze uitnodiging wordt nu echter gespecificeerd dat deze interne audit een totale organisatie-audit – dit is één van de door de verzoekende partij opgegeven soorten audit – moet betreffen, waarvan de verschillende elementen, identiek aan diegene die door de verzoekende partij werden voorgesteld in haar presentatie, worden opgesomd: “dienstverleningsconcept, organisatiestructuur, processen, mensen, middelen, management, objectieve feiten, resultaten en efficiëntie”. Bovendien wordt uitdrukkelijk gevraagd naar een “geraamde kostprijs hiervan”. Opmerkelijk wordt in deze uitnodiging ook nog aangegeven dat voormelde visie wordt gevraagd “alvorens een overheidsopdracht zou worden uitgeschreven”.

In de huidige stand van het geding lijkt voormelde passage dan ook eerder de these van de verzoekende partij te bevestigen, namelijk dat de verwerende partij bij haar uitnodigingen aan de voormelde dienstverleners om hun visie te geven over een interne audit, “zoals voorzien in het budget 2016”, nog de bedoeling zou hebben gehad aansluitend meer formeel een overheidsopdracht uit te schrijven met een concrete omschrijving van de opdracht en het voorwerp, zoals zij, naar zeggen van de verzoekende partij, aansluitend op haar presentatie ook zo aan haar zou hebben meegedeeld.

Er blijkt uit geen enkel stuk van het administratief dossier dat aan de dienstverleners dan reeds duidelijk werd gemaakt, hetzij mondeling dan wel schriftelijk, dat er reeds een overheidsopdracht werd opgestart en dat deze zou worden gegund met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. De verzoekende partij noch de gekozen inschrijver lijken hiervan dan ook op de hoogte te zijn geweest bij het voorbereiden en het geven van hun presentatie.

13. Uit het administratief dossier en het hiervoor weergegeven feitenrelaas blijkt voorts dat na hun presentatie van hun visie over de te organiseren interne audit bij de gemeente Zingem enkel aan de gekozen inschrijver nog wordt gevraagd een “geschreven offerte [te bezorgen] waarbij ook het OCMW Zingem betrokken wordt i.k.v. de integratie gemeente-OCMW”. Daartoe werd aan de gekozen inschrijver in bijlage het organogram van de gemeente en het OCMW toegestuurd.

Bij e-mailbericht van 12 mei 2016 bezorgt de gekozen inschrijver zijn offerte “voor een integrale audit van gemeente en OCMW Zingem”, waarbij hij benadrukt dat “de prijs in totaliteit iets hoger ligt dan eerder in de presentatie meegegeven, maar dat dit te verklaren is door het feit dat ook de OCMW-organisatie wordt meegenomen in de opdracht”.

14. Uit de hiervoor geciteerde motivering van de bestreden beslissing, mag worden afgeleid dat de verwerende partij in haar beoordeling niet alleen rekening heeft gehouden met de presentatie van de gekozen inschrijver, maar tevens met zijn schriftelijke offerte en het daarin opgenomen concreet uitgewerkte prijsvoorstel en de uitgebreide lijst van referenties.

Uit de vergelijking van de betrokken stukken in het dossier, inzonderheid de presentatie van de gekozen inschrijver en zijn schriftelijke offerte, stukken waarvan de verzoekende partij geen kennis heeft nu deze door de verwerende partij als vertrouwelijke stukken worden neergelegd, blijkt immers dat in de presentatie nog geen raming van de kostprijs op grond van een geraamd aantal uren van een adviseur en een senior adviseur werd opgenomen, noch werd in de presentatie een geraamd bedrag van 25.560 euro vooropgesteld. Er werd daarentegen een totale geschatte kostprijs weergegeven op grond van de voorziene doorlooptijd van de verschillende stappen in het stappenplan. Deze prijs verschilt van de prijs die werd opgegeven in de schriftelijke offerte.

Aldus lijkt de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing een louter voorbereidende presentatie in hoofde van de verzoekende partij – zonder dat de verzoekende partij bij het geven van de presentatie reeds op de hoogte leek te zijn van het uitschrijven van een overheidsopdracht volgens een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, noch van het precieze voorwerp ervan, noch van het gegeven dat reeds een concreet prijsvoorstel werd verwacht en een lijst met referenties – te hebben vergeleken met zowel een presentatie van de gekozen inschrijver, waarbij wél al werd gevraagd naar een indicatieve prijsopgave, als met zijn schriftelijke offerte, met een nog meer concreet uitgewerkt prijsvoorstel en een lijst van referenties, om zo haar keuze voor de cvba CC Consult te verantwoorden. De offerte van de cvba CC Consult werd bovendien opgesteld na het ontvangen van bijkomende informatie vanwege de verwerende partij met betrekking tot het organigram van het OCMW en van de uitdrukkelijke vraag tot het opstellen van een schriftelijke offerte.

15. Uit al het voorgaande lijkt dan ook te kunnen worden geconcludeerd dat de verwerende partij aldus niet met eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel lijkt te hebben gehandeld bij het raadplegen van mogelijke dienstverleners, nu zij hen, minstens ten aanzien van de verzoekende partij, niet dezelfde informatie verstrekte, en evenmin duidelijk aangaf dat er een raadpleging plaatsvond in het kader van artikel 26, § 1, 1°, van de wet van 15 juni 2016, waarbij zij reeds een offerte konden indienen. Wel integendeel lijkt aan de geïnteresseerde dienstverleners eerder in het vooruitzicht te zijn gesteld dat zij in een latere fase, bij

het uitschrijven van de overheidsopdracht, nog zouden worden uitgenodigd een offerte in te dienen. De verzoekende partij ging daarvan uit, zoals blijkt uit haar aangetekende brief van 6 juni 2016. Bijgevolg lijkt haar in dit licht niet te kunnen worden verweten bij haar presentatie geen nadere verduidelijking te hebben gevraagd omtrent het voorwerp van de opdracht.

Ook de repliek van de verwerende partij dat “indien een van de drie aangeschreven ondernemers de draagwijdte van de opdracht kon inschatten, dan […] het wel verzoekende partij [was]”, nu zij voor de stad Oudenaarde en een aantal gemeenten, waaronder de gemeente Zingem, een handboek organisatiebeheersing heeft geschreven, overtuigt niet. De Raad van State ziet op het eerste gezicht niet spontaan in en de verwerende partij legt dit ook niet concreet uit, hoe de verzoekende partij uit het hoofdstuk over de interne audit van dat handboek – beter dan de twee andere “aangeschreven ondernemers” – de concrete draagwijdte van de opdracht, die pas vorm lijkt te hebben gekregen na de presentatie van de verzoekende partij, had moeten afleiden.

16. Het middel is in de besproken mate ernstig.

IX. Besluit

17. Het enige middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

Het is passend de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de gemeente Zingem van 18 mei 2016 waarbij de opdracht voor het uitvoeren van een integrale organisatie-audit van de gemeente en het OCMW wordt gegund aan de cvba CC Consult tegen de geraamde kostprijs van 25.560,00 euro, btw niet inbegrepen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 juli 2016, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Joris Casneuf	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Joris Casneuf	**Pierre Barra**