

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 214.364 van 30 juni 2011
in de zaak A. 192.141/XII-5784**

In zake: Jozef PIRENNE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

INFRABEL, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 mei 2009, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van onbekende datum de kandidatuur van [Jozef Pirenne] niet te weerhouden bij het aanwijzen van commissarissen belast met een wettelijke opdracht van externe controle van de geconsolideerde rekeningen (onder IFRS) in het kader van de NMBS groep (consortium NMBS Holding en Infrabel)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 192.937 van 4 mei 2009 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing verworpen.

Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend en verwerende partij heeft een laatste memorie en een toelichtende memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzittingen, die hebben plaatsgevonden op 15 maart 2011 en 14 juni 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Frank Judo en Bert Van Herreweghe, loco advocaat Frank Judo, verschijnen voor verzoekende partij en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit, met als gunningswijze de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, voor het aanwijzen van commissarissen belast met een wettelijke opdracht van externe controle van de geconsolideerde rekeningen (onder IFRS) in het kader van de NMBS Groep (consortium NMBS-Holding en Infrabel). Het betreft een opdracht van drie jaar, de boekjaren 2009, 2010 en 2011, eenmaal verlengbaar voor een

periode van drie jaar. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 3.000.000 euro voor 6 jaar.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 28 februari 2009 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 maart 2009.

De aankondiging vermeldt dat de kwalitatieve selectie van de kandidaten zal gebeuren op basis van hun economische, financiële en technische capaciteiten. Specifiek inzake de vereiste economische en financiële draagkracht bevat de aankondiging de volgende bepaling:

“De kandidaat dient ons te laten worden:

- Zijn zakencijfer van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)
- Zijn winst- of verliescijfers van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)

Geen jaarverslagen bijvoegen”.

3.2. Vier kandidaten, waaronder verzoekende partij, dienen tijdig een kandidaatstelling in.

De kandidatuur van verzoekende partij vermeldt het zakencijfer voor 2007 (697.044,37 euro); voorts worden er zakencijfers voor de jaren 2005 en 2006 opgegeven waarvan verzoekende partij zelf verklaart dat ze niet representatief zijn.

3.3. Op 20 maart 2009 wordt een selectieverslag opgesteld. In dit verslag wordt voorgesteld om de kandidatuur van verzoekende partij niet te aanvaarden wegens een “te klein zakencijfer i.v.m. de grootte en belangrijkheid van de opdracht”.

3.4. Op 24 maart 2009 keurt het directiecomité van Infrabel dit voorstel van beslissing goed. Het zakencijfer van verzoekende partij wordt te laag bevonden in vergelijking met het zakencijfer van het te controleren consortium.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.5. Bij brief van 25 maart 2009 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar kandidatuur niet geselecteerd werd voor het vervolg van de procedure omdat haar zakencijfer onvoldoende zou zijn in vergelijking met de geraamde waarde van het project.

3.6. Verwerende partij brengt geen stukken bij waaruit zou blijken dat haar bevoegde organen intussen de opdracht hebben toegewezen.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de algemene motiveringswet van 29 juli 1991 en [van artikel] 59 § 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten en van het zorgvuldigheidsbeginsel, alsmede van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

Zij acht deze rechtsnormen in essentie geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing de kandidatuur van verzoekende partij afwijst op grond van de overweging dat zijn ‘zakencijfer onvoldoende is in vergelijking met de geraamde waarde van het project’

Terwijl, enerzijds, van een dergelijk selectiecriterium hoegenaamd geen sprake is in de bekendmaking vanwege verwerende partij en

Anderzijds, het voor verzoekende partij een volkomen raadsel blijft waarom en in welke mate zijn ‘zakencijfer onvoldoende is in vergelijking met de geraamde waarde van het project’

En doordat kennelijk geen rekening werd gehouden met andere zakencijfers dan die van 2007 van verzoekende partij, met uitsluiting van de omzet van de vennoten van verzoekende partij,

Terwijl ten aanzien van andere kandidaten een andere werkwijze werd gevolgd”.

In een omstandige toelichting bij het middel zet verzoekende partij uiteen dat verwerende partij heeft nagelaten om specifieke objectieve criteria te bepalen en zich heeft beperkt tot het bekendmaken van voorschriften betreffende de wijze waarop de kandidaat kan aantonen de basisvereisten inzake economische draagkracht te hebben vervuld. Uit het administratief dossier blijkt volgens verzoekende partij dat verwerende partij enkel de middelen heeft meegedeeld waarmee een kandidaat kon aantonen te beantwoorden. Hieruit afleiden dat ook een beslissing zou zijn genomen omtrent de selectiecriteria zelf, zou volgens haar impliceren dat de Raad van State zich in de plaats stelt van verwerende partij en de lacunes invult die deze oningevuld heeft gelaten. Volgens verzoekende partij kon verwerende partij geen kandidaten weren op grond van een nieuw en niet bekendgemaakt selectie criterium.

Vervolgens merkt verzoekende partij op dat een “verbijsterend” vaag criterium als “voldoende zakencijfer” uit zijn aard hoe dan ook onwettig is.

Bovendien stelt zij dat het op basis van de bestreden beslissing een volkomen raadsel blijft waarom en in welke mate haar zakencijfer onvoldoende is in vergelijking met de geraamde waarde van het project, zodat evenmin aan de formele motiveringsverplichting zou zijn voldaan. Nochtans rust op de aanbestedende overheid een bijzondere motiveringsplicht in geval van verwerping van een kandidatuur op basis van onvoldoende financiële en economische draagkracht. In het kader van de formele motivering kan enkel rekening worden gehouden met het summiere zinnetje dat in de brief van 25 maart 2009 terug te vinden is, vermits haar geen enkel ander motief werd meegedeeld.

Verzoekende partij erkent dat de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten de nationale regelgever niet verplichten tot het opleggen van een voorafgaande keuze van afwegingsregels voor de selectiecriteria in de bijzondere sectoren. De richtlijnen verbieden echter niet dat ook in de bijzondere sectoren dezelfde regels zouden worden gehanteerd als in de gewone sectoren. Zij stelt dan ook dat, bij gebrek aan draagkrachtige verantwoording, de Koning, overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, niet zonder meer kan besluiten dat het rechtens aanvaardbaar zou zijn inschrijvers in de bijzondere

sectoren een garantie te ontzeggen die zij wel genieten, wanneer zij deelnemen aan een overheidsopdracht buiten deze bijzondere sectoren.

Ten slotte wijst verzoekende partij erop dat uit het administratief dossier blijkt dat verwerende partij niet alleen geen rekening heeft gehouden met de bijzondere situatie van haar omzetcijfers voor de boekjaren 2005 en 2006, maar deze zelfs “botweg” op 0 euro heeft gewaardeerd, zodat verwerende partij kennelijk onzorgvuldig zou zijn geweest in de waardering van de door haarzelf gevraagde documenten. Bovendien werd geen rekening gehouden met de omzetcijfers van de personen met wie verzoekende partij uitdrukkelijk had aangekondigd te zullen samenwerken. Ten aanzien van andere kandidaten zou een andere werkwijze zijn gevolgd.

5. In de memorie van wederantwoord merkt verzoekende partij op dat artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 moet worden geïnterpreteerd op doelgerichte wijze en rekening houdend met de gehele tekst van deze bepaling, die de aanbestedende overheid niet uitsluitend voorschrijft criteria te bepalen, doch ook om deze ter beschikking te stellen van de belangstellende dienstverleners. Het standpunt van verwerende partij – dat de wetgeving overheidsopdrachten voor de nutssectoren nergens voorziet in een verplichting om in het kader van de kwalitatieve selectie bepaalde minimumvereisten- of voorwaarden op voorhand bekend te maken – is volgens verzoekende partij zelfs niet te verzoenen met de spraakgebruikelijke interpretatie van artikel 59, § 2. Met een *post factum* motivering – bedoeld wordt de argumentatie in de memorie van antwoord waarom de beslissing om verzoekende partij niet te selecteren redelijk verantwoord is – kan volgens verzoekende partij geen rekening worden gehouden.

Verder merkt zij op dat uit de kandidaatstelling duidelijk bleek waarom de opgegeven cijfers niet representatief waren, namelijk omdat zij betrekking hadden op een overgangsperiode in de ontwikkeling van de zakelijke activiteiten van verzoekende partij.

Wanneer de regelgever op autonome wijze opteert voor het opleggen van een werkwijze in de klassieke sectoren, zonder dat eveneens te

doen in de nutssectoren, rijst volgens verzoekende partij de vraag of deze werkwijze verantwoord is in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, te meer daar de Europese regelgever kennelijk van oordeel was dat er geen aanleiding bestond voor een gediversifieerde werkwijze.

6. In de laatste memorie stelt verzoekende partij nooit te hebben betwist dat omzetcijfers en winst- en verliescijfers relevant kunnen zijn bij een beoordeling van de economische en financiële draagkracht van de kandidaten. Wat zij naar eigen zeggen wel betwist, “is enerzijds dat het feit dat hier in de aankondiging naar wordt gevraagd, volstaat om te voldoen aan het vereiste in genoemd artikel 59, § 2, en anderzijds dat tegenpartij in de concrete omstandigheden van deze zaak op een correcte wijze is omgegaan met de door verzoekende partij aangeleverde cijfers”.

Wat het eerste element betreft werpt verzoekende partij op dat de Koning met artikel 59, § 2, de bedoeling had de kandidaten een recht op informatie en rechtszekerheid te bieden. De kandidaten moeten met kennis van zaken kunnen oordelen of het al dan niet zinvol is om effectief deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure. Voorts moeten zij zekerheid hebben over de objectiviteit van het procedureverloop: zij moeten minstens weten op welke elementen de overheid zich zal baseren bij het toewijzen van de opdracht.

Doordat te dezen de elementen op basis waarvan een kandidaat kan aantonen te beantwoorden aan de selectiecriteria louter worden meegedeeld, zonder dat de selectiecriteria zelf worden vermeld, voldoet de aankondiging hoegenaamd niet aan de *ratio legis* van artikel 59, § 2.

Het gegeven dat de regelgever opteert voor het opleggen van een bepaalde werkwijze in de klassieke sectoren, zonder dat ook te doen in de nutssectoren is volgens verzoekende partij “een differentiatie die niet valt te verzoenen met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel”. Het feit dat er uiteenlopende Europese regelgeving zou bestaan biedt geen verantwoording voor dit onderscheid. Uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 19 januari 2005, nr. 11/2005, blijkt volgens verzoekende partij immers dat “een regelgever zijn regels niet zonder meer kan aanpassen ter omzetting van een bepaling van een

Europese richtlijn die een verschil in behandeling instelt”. Verzoekende partij erkent evenwel meteen dat “de aard van de sectoren [...] desgevallend een objectief criterium van onderscheid kan uitmaken”, doch stelt dat voor dit onderscheid geen wettige reden wordt aangevoerd.

Wat het tweede element betreft – verwerende partij is niet correct omgegaan met de door verzoekende partij aangeleverde cijfers – herneemt verzoekende partij haar standpunt dat voor de formele motiveringsplicht enkel rekening kan worden gehouden met het schrijven van 25 maart 2009 en dat geen rekening mag worden gehouden met een *post factum* motivering. Ook handhaaft zij haar standpunt dat verwerende partij “kennelijk onzorgvuldig” heeft gehandeld door de omzetcijfers van 2005 en 2006 op nul euro te waarderen.

Beoordeling

7. In het arrest nr. 192.937 van 4 mei 2009, waarin de door verzoekende partij ingestelde vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd verworpen, werd het enig middel, in zoverre een schending werd aangevoerd van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en van artikel 59, § 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, reeds niet ernstig bevonden op grond van de volgende overwegingen:

“8.1. Artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten bepaalt dat bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking de aanbestedende overheid de kandidaten dient te selecteren ‘in overeenstemming met de door haar bepaalde objectieve criteria en voorschriften die ter beschikking zijn van de belangstellende dienstverleners’; het lijkt dus dat bij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking het volstaat dat de selectiecriteria ter beschikking worden gesteld van belangstellende ondernemingen.

In casu vermeldt de aankondiging dat de kwalitatieve selectie van de kandidaten zal gebeuren op basis van hun economische, financiële en technische capaciteiten. Specifiek inzake de vereiste economische en financiële draagkracht bevat de aankondiging de volgende bepaling:

‘III.2.2. Economische en financiële draagkracht:

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:

De kandidaat dient ons te laten geworden:

- Zijn zakencijfer van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)
- Zijn winst- of verliescijfers van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)

Geen jaarverslagen bijvoegen.’

Prima facie lijkt aangenomen te moeten worden dat het voor de kandidaten op basis van voormelde aankondiging reeds duidelijk was aan de hand van welke criteria de economische en financiële draagkracht zou worden beoordeeld.

In elk geval toont verzoekende partij niet aan dat zij gevraagd zou hebben dat de selectiecriteria haar werden ter beschikking gesteld omdat de aankondiging voor haar op dit punt niet duidelijk zou zijn.

8.2. Het lijkt een objectief en pertinent criterium het omzetcijfer van de laatste drie jaar te hanteren.

8.3. De vraag of de aanbestedende overheid er toe gehouden was om op voorhand het vereiste niveau of de afwegingsregels vast te stellen voor deze selectiecriteria en deze ook vooraf mee te delen, lijkt negatief te moeten worden beantwoord.

Artikel 59, § 2 voornoemd lijkt enkel de verplichting in te houden om voorafgaand objectieve selectiecriteria te bepalen, doch niet om voorafgaand ook het vereiste niveau mee te delen. Zo is in dit artikel geen sprake van de beoordeling van minimumeisen wat wel het geval is in artikel 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

De verwijzing door verzoekende partij naar het arrest sprl ARCHI + I, nr. 159.657 van 7 juni 2006 ter adstructie van haar middel lijkt dan ook ondoelmatig nu dit arrest specifiek betrekking heeft op de artikelen 68 en 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Zo ook lijkt de verwijzing door verzoekende partij naar het arrest Universale-Bau AG, nr. C-470/99 van 12 december 2002 van het Hof van Justitie zonder nadere verduidelijking van gebeurlijk geschonden rechtsregels of -beginselen, evenmin in de huidige stand van het geding verzoekende partij tot voordeel te strekken. In dit arrest (overwegingen 85 en 86) wordt trouwens uitdrukkelijk gesteld dat de vraag of een

aanbestedende overheid verplicht is om voorafgaand afwegingsregels voor de selectiecriteria vast te stellen, niet wordt beantwoord.

8.4. Wat de aangevoerde schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen betreft dient opgemerkt te worden dat verzoekende partij de bestreden beslissing van 24 maart 2009 als voorwerp van haar beroep aanmerkt en niet de kennisgeving ervan bij brief van 25 maart 2009. De bestreden beslissing keurt uitdrukkelijk het selectieverslag van 20 maart 2009 goed waarin onder meer de omzetcijfers van alle kandidaten worden weergegeven, evenals de raming van de opdracht en vervolgens besloten wordt dat de offerte van verzoekende partij niet voldoet aan de selectiecriteria wegens ‘te klein zakencijfer i.v.m. de grootte en belangrijkheid van de opdracht’. Uit dit document blijkt ook dat verzoekende partij uitsluitend voor het jaar 2007 over een jaaromzet van 697.044 euro beschikte, terwijl de opdracht zelf reeds een geraamde waarde heeft van 3.000.000 euro voor zes jaar. Op het eerste zicht lijkt dan ook aan de vereisten van wet van 29 juli 1991 te zijn voldaan.

Zelfs indien enkel rekening zou mogen gehouden worden met de motivering vervat in de kennisgeving van 25 maart 2009, zoals verzoekende partij voorhoudt, lijkt verzoekende partij op het eerste zicht in staat geweest te zijn om zich op basis daarvan een oordeel te vormen of het al dan niet zin had om de beslissing aan te vechten zodat het voornaamste doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht lijkt bereikt”.

8. In het kader van het voorliggende annulatieberoep ziet de Raad van State geen redenen om anders te oordelen.

9. Terwijl de selectievoorwaarden bij openbare procedures in het kader van de nutssectoren dienen te worden vermeld in de aankondiging van de opdracht en/of te worden opgenomen in het bestek (artikel 59, § 1), volstaat het overeenkomstig artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 in geval van onderhandelingsprocedure met bekendmaking – zoals hier het geval – dat zij ter beschikking worden gesteld van belangstellende ondernemingen.

Niettemin mag worden aangenomen dat het in de voorliggende zaak op basis van de gegevens vermeld in de aankondiging van de opdracht voor de kandidaten reeds voldoende duidelijk was aan de hand van welke criteria de economische en financiële draagkracht zou worden beoordeeld, met name op basis van het zakencijfer en de winst- en verliescijfers van de afgelopen drie

boekjaren. In elk geval toont verzoekende partij, ook na de uitdrukkelijke opmerking daaromtrent in het aangehaalde arrest in het kader van de schorsingsprocedure, niet aan dat zij gevraagd zou hebben dat de selectiecriteria haar werden ter beschikking gesteld omdat de aankondiging voor haar op dit punt niet duidelijk zou zijn.

Dat het omzetcijfer van de laatste drie jaar een objectief en pertinent criterium is en als “criterium” in de zin van artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 kan worden aangemerkt, kan moeilijk worden betwist. In haar laatste memorie erkent verzoekende partij zulks overigens uitdrukkelijk.

10. Verder wordt, om de redenen die reeds werden uiteengezet in voormeld arrest nr. 192.937 van 4 mei 2009, niet aangetoond dat de huidige wetgeving overheidsopdrachten inzake de nutssectoren voor de aanbestedende overheid een verplichting zou inhouden om op voorhand het vereiste niveau vast te stellen voor de selectiecriteria en dit ook vooraf mee te delen.

Dit blijkt niet uit de tekst van artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Evenmin blijkt richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 houdende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten een verplichting in die zin in te houden.

11. In het kader van het huidige annulatieberoep voert verzoekende partij naast het voorgaande nog bijkomend aan dat, aangezien de richtlijnen niet verbieden dat ook in de nutssectoren dezelfde regels zouden worden gehanteerd als in de klassieke sectoren en aangezien er geen draagkrachtige verantwoording tot het tegendeel voorligt, de Koning overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet zonder meer kan besluiten dat het rechtens aanvaardbaar zou zijn inschrijvers in de nutssectoren een garantie te ontzeggen die zij wel genieten, wanneer zij deelnemen aan een overheidsopdracht buiten deze sectoren.

Dienaangaande valt in de eerste plaats op te merken dat het beweerde onderscheid in elk geval steunt op een objectief criterium, met name de

aard van de sectoren. Verzoekende partij erkent zulks overigens uitdrukkelijk in haar laatste memorie. Verder zijn de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, enerzijds, en in de nutssectoren, anderzijds, zowel in de Europese richtlijnen als in de Belgische wetgeving aan een verschillend wetgevend kader onderworpen. De nutssectoren zijn bewust aan een soepeler regime onderworpen.

Bovendien dient te worden vastgesteld dat artikel 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 slechts de bewoordingen van artikel 27 van de vroegere richtlijn voor opdrachten van diensten (richtlijn 92/50) hernam, terwijl artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 slechts de bewoordingen van artikel 31 van de vroegere richtlijn inzake de nutssectoren (richtlijn 93/38) overnam. De verschillende bewoordingen bestonden dus reeds op het Europese vlak. Het blijkt niet dat de Koning meer heeft willen doen dan de Europese richtlijnen op dit punt om te zetten.

Overigens blijkt de regelgeving eveneens verschillend te zijn in de nieuwe richtlijnen. Zo bevat de Richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 inzake de nutssectoren onder meer geen regeling vergelijkbaar met artikel 44.2 van Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 inzake de klassieke sectoren.

Verzoekende partij toont dan ook niet aan dat het beweerde onderscheid in het licht van het voorgaande zonder redelijke verantwoording is.

In zoverre verzoekende partij verwijst naar het arrest van het Grondwettelijk Hof van 19 januari 2005, nr. 11/2005, wijst de Raad van State erop dat het Hof in die zaak vaststelde dat voor het daar aan de orde zijnde onderscheid in behandeling geen redenen ter verantwoording werden aangevoerd. Zoals reeds is gebleken, is zulks te dezen wel het geval, te weten de bewuste keuze van de richtlijngever en wetgever om de nutssectoren – en in het bijzonder de onderhandelingsprocedure - aan een soepeler regime te onderwerpen.

12. Ook wat de aangevoerde schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreft, zijn er geen redenen om anders te oordelen dan de Raad reeds gedaan heeft in het kader van de schorsingsprocedure.

Zelfs indien er enkel rekening zou mogen worden gehouden met de motivering vervat in de kennisgeving van 25 maart 2009 zoals verzoekende partij opwerpt, blijkt zij in staat geweest te zijn om zich op basis daarvan een oordeel te vormen of het al dan niet zin had om de beslissing aan te vechten zodat het voornaamste doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht is bereikt.

13. In het kader van het annulatieberoep voert verzoekende partij ten slotte nog bijkomend een schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel aangezien uit het administratief dossier zou blijken dat verwerende partij niet alleen geen rekening heeft gehouden met de bijzondere situatie van de omzetcijfers van verzoekende partij voor de boekjaren 2005 en 2006, maar deze op 0 euro heeft gewaardeerd. Bovendien zou geen rekening zijn gehouden met de omzetcijfers van de personen met wie verzoekende partij uitdrukkelijk had aangekondigd te zullen samenwerken.

De aanbestedende overheid heeft niet buiten de perken van de redelijkheid gehandeld door enkel rekening te houden met het hoogste omzetcijfer dat verzoekende partij heeft gehaald, met name een omzet van 697.044,37 euro voor het boekjaar 2007, wanneer deze in haar offerte zelf aangeeft dat de door haar opgegeven omzetcijfers van de jaren 2005 en 2006 niet representatief zijn. Bovendien is het op basis van de offerte niet duidelijk aan wie de opgegeven zakencijfers voor 2005 en 2006 toebehoren. Verwerende partij is er blijkbaar van uitgegaan dat de omzetcijfers van 2005 en 2006 betrekking hadden op bvba Vandaele, Pirenne en C°, zodat deze volgens haar niet in aanmerking konden worden genomen aangezien de kandidaatstelling uitgaat van de natuurlijke persoon Jozef Pirenne. Deze interpretatie strijdt niet met de zorgvuldigheidsplicht. In elk geval blijkt het belang van verzoekende partij bij dit onderdeel van het middel niet aangetoond aangezien de omzetcijfers voor 2005 en 2006 beduidend lager liggen en zelfs het hoogste omzetcijfer van verzoekende partij, behaald in het jaar 2007, door verwerende partij te klein wordt bevonden rekening houdende met de grootte en belangrijkheid van de opdracht.

Voorts dient met verwerende partij vastgesteld te worden dat van de personen met wie verzoekende partij had aangekondigd te zullen

samenwerken in zijn offerte geen omzetcijfers werden verstrekt en dat evenmin een verbintenis werd voorgelegd waaruit de aanbestedende overheid mocht opmaken dat deze personen effectief zouden worden ingezet voor de opdracht. Een andere inschrijver, PWC/Delbrouck & Co/Van Impe, Mertens & Ass, blijkt daarentegen uitdrukkelijk op te treden onder de vorm van een associatie en voor elk lid daarvan telkens afzonderlijke omzetcijfers te hebben opgegeven.

Er wordt dan ook geen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel aangetoond.

14. Het enig middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 30 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest