

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER
A R R E S T**

**nr. 247.451 van 27 april 2020
in de zaak A. 230.431/XII-8881**

In zake: de BV PRICEWATERHOUSECOOPERS
BEDRIJFSREVISOREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans
kantoor houdende te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaelle Kiekens en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 maart 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van Infrabel van onbekende datum waarbij PwC Bedrijfsrevisoren niet wordt geselecteerd voor de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor auditopdrachten en raadgevende opdrachten voor de Interne Audit van Infrabel’ en, dienvolgens, de beslissing van onbekende datum om die opdracht te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de

rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De verzoekende partij heeft een zittingsnota ingediend.

De verwerende partij heeft een zittingsnota ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een gedeeltelijk andersluidend advies gegeven, dat aan de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 21 april 2020 om 12 uur.

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 nv Infrabel schrijft in het voorjaar van 2019 een dienstenopdracht uit met als voorwerp “Raamovereenkomst voor auditopdrachten en raadgevende opdrachten voor de Interne Audit van Infrabel”. Het betreft een opdracht in de speciale sectoren.

De opdracht wordt op 21 mei 2019 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 23 mei 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

In de aankondiging wordt het voorwerp omschreven als:

“Raamcontract met verschillende firma’s (maximum 4 firma’s) voor de uitvoering van auditopdrachten en raadgevende opdrachten (domeinen:

finance, ICT, exploitatieveiligheid, project management, HR, procurement, legal, communicatie, informatieveiligheid, data protection,...).”

3.2. De plaatsingswijze is de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

In de selectieleidraad zijn de volgende eisen inzake economische en financiële draagkracht opgenomen:

“Economische en financiële draagkracht

De aanbesteder evalueert de economische en financiële draagkracht van de kandidaten op basis van het (de) volgende element(en) die aangeleverd moeten worden:

- een verklaring betreffende de totale omzet van zijn bedrijf, over ten hoogste de laatste 3 beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn;

De totale omzet van de laatste 3 beschikbare boekjaren dient minstens 2 800 000 eur jaarlijks te bedragen.

- De economische en financiële capaciteit van de kandiderende bedrijven zal gecontroleerd worden door een D&B evaluatie (Dun & Bradstreet) en zijn ratio's. Elke kandidaat kan het rapport gratis bekomen bij Dun & Bradstreet. De economische en financiële betrouwbaarheid van de kandidaat moet gegarandeerd worden door een Dun & Bradstreet index kleiner dan of gelijk aan 2. Indien er voor een kandidaat geen Dun & Bradstreet rapport bestaat, kan een gelijkwaardig alternatief voorgesteld worden.

Deze documenten moeten toegevoegd worden aan de offerte tenzij ze beschikbaar zijn op een gratis toegankelijk database, of ze reeds zijn aangeleverd in het kader van een andere (geïdentificeerde) procedure en ze nog steeds geldig zijn overeenkomstig artikel 73 §4 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.”

3.3. Op 17 juni 2019 vraagt de verzoekende partij via de website van Dun & Bradstreet (hierna: D&B) het rapport voor haar onderneming.

Zij ontvangt dit rapport dezelfde dag per e-mailbericht. Enkele van de indexen vermeld in dit rapport zijn hoger geëvalueerd dan risico-indicator 2:

Index	Evaluatie	Toelichting
D&B Rating	CC 4	Vermogenssterkte CC Geplaatst kapitaal van €207.630

D&B Risico-indicator	4	Hoog kredietrisico
----------------------	---	--------------------

Voorts bevat dit rapport volgende commentaren:

“Commentaar met betrekking tot het risico van dit bedrijf
Belangrijke kenmerken die direct van invloed zijn op de D&B Score en Rating:

- De financiële gegevens van dit bedrijf zijn verouderd.
- Dit bedrijf betaalt gemiddeld met een vertraging maar betaalt onveranderd of beter dan 12 maanden geleden.
- Dit bedrijf betaalt trager dan gemiddeld ten opzichte van andere bedrijven binnen de sector.
- Dit bedrijf is langer dan 3 jaar op dit adres gevestigd.

Algemene opmerkingen die invloed kunnen hebben op het risico:

- De faillissementsscore is ten opzichte van 6 maanden geleden gedaald van 12 naar 6.

[...]

Branchevergelijking risico

- Aantal bedrijven in dezelfde branche : PricewaterhouseCoopers Reviseurs d’Entreprises :2.840

- Gemiddelde score in de branche :28

- De actuele Faillissementsscore 6 geeft aan dat PricewaterhouseCoopers Reviseurs d’Entreprises meer kans heeft op faillissement dan het branchegemiddelde.

[...]

Commentaar

PricewaterhouseCoopers Reviseurs d’Entreprises betaalt haar rekeningen gemiddeld 19 dagen vertraagd.

Dit is 7 dagen later dan het nationale gemiddelde van 12 dagen vertraagd.

Bij vergelijking met gelijksoortige ondernemingen betaalt PricewaterhouseCoopers Reviseurs d’Entreprises langzamer dan het branchegemiddelde.

De D&B faillissementsscore van 6 geeft aan dat de kans op faillissement in de komende 12 maanden voor PricewaterhouseCoopers Reviseurs d’Entreprises hoog is.

Ter vergelijking: de gemiddelde D&B faillissementsscore in de branche is 28 en het nationaal gemiddelde is 50.”

3.4. Op 18 juni 2019, uiterste datum van indiening is 20 juni 2019, bezorgt de verzoekende partij haar aanvraag tot deelneming aan de verwerende partij via de e-tenderingwebsite.

In het deel “5 D&B Evaluatie” van haar aanvraag tot deelneming (bladzijde 25), dat dit D&B-rapport van 17 juni 2019 bevat, vermeldt de verzoekende partij onmiddellijk hieraan voorafgaand:

“5 D&B Evaluatie

[...]

De vennootschap PwC Bedrijfsrevisoren cvba is een coöperatieve vennootschap waarbij de winsten worden uitgekeerd aan de coöperanten, oftewel aandeelhouders van de entiteit. De uitkering van de winst gebeurt niet door een affectatie van het bereikte resultaat. De coöperanten worden vergoed uit de activiteiten van de ondernemingen waarbij het netto resultaat nul bedraagt op het einde van het boekjaar. De cash flow bedraagt[t] nul. PricewaterhouseCoopers Bedrijfsrevisoren cvba heeft een cash pooling overeenkomst met PricewaterhouseCoopers Belgium. PricewaterhouseCoopers Belgium is de middelenvennootschap voor de Belgische leden van het PricewaterhouseCoopers International Limited netwerk, waarvan de leden afzonderlijke en onafhankelijke juridische entiteiten zijn. Hierbij bevestigen wij dat PwC Bedrijfsrevisoren weldegelijk een financieel gezonde vennootschap is.”

3.5. De verzoekende partij neemt intussen – de verzoekende partij geeft geen nadere datum – contact op met D&B om – wat de verzoekende partij noemt – verduidelijking te krijgen over dit rapport van 17 juni 2019.

Met een e-mailbericht van 9 augustus 2019 antwoordt D&B:

“Beste [N.v.d.V.],

Uw ref:

Onderwerp: PricewaterhouseCoopers Reviseurs d’Entreprises D-U-N-S ®
Nummer: 372129122 Bedrijfsnummer: BE0429.501.944

Onder het motto eerlijkheid duurt het langst laat ik maar opbiechten dat door mijn toedoen, jouw vraag tussen w[a]l en schip is geraakt. Bij control is gebleken dat bij de automatische toelevering/oplading/verwerking van de 2018 balans iets niet correct is verlopen. We hebben deze balans nogmaals handmatig ingebracht wat tot een wijzi[gi]ng van de beoordeling (Ris[i]co indicator 2) heeft geleid.

Bijgevoegd het actuele rapport.

Nogmaals verontschuldigen voor mijn trage response en alvast een fijn weekend gewenst.

Met vriendelijk groet,

[E.S.]

Altare - Dun & Bradstreet.”

Bij dit e-mailbericht is een nieuw D&B-rapport gevoegd met als datum 9 augustus 2019 waarbij in vergelijking met het eerdere D&B-rapport van 17 juni 2019 de kwestieuze indexen met hun toelichting als volgt zijn gewijzigd:

Index	Evaluatie	Toelichting
D&B Rating	B2	Vermogenssterkte B Netto eigen vermogen van €273.095
D&B Risico-indicator	2	Lager dan gemiddeld kredietrisico

3.6. De verzoekende partij bezorgt het gecorrigeerde D&B-rapport van 9 augustus 2019 met een e-mailbericht van 19 augustus 2019 aan de verwerende partij.

Dit e-mailbericht luidt:

“Chère Madame [G.],
J’espère que tout va bien.
Je vous contacte concernant la propal que nous avons soumise pour le contrat-cadre pour les projets d’audit interne (I-FBA51-597464-F05_0). Serait-il possible de nous faire savoir quand nous pouvons s’attendre à des nouvelles concernant notre proposition?
Nous souhaitons également vous mettre au courant du fait que D & B a publié un nouveau rapport prenant en compte la structure juridique de PwC, pour laquelle nous avons reçu un score positif. Veuillez trouver le rapport mis à jour en annexe.
Merci d’avance pour votre réponse.
Cordialement,
[T.]”

De verwerende partij heeft dit bericht in haar nota vertaald als volgt:

“Geachte mevrouw [G.],
Ik hoop dat alles goed gaat.
Ik contact[ee]r u betreffende het ‘voorstel’ dat wij hebben ingediend voor de raamovereenkomst inzake de interne audit (I-FBA51-597464-F05_0). Zou het mogelijk zijn om ons in kennis te stellen wanneer wij nieuws betreffende ons voorstel kunnen verwachten?
Wij wensen u ook op de hoogte [te] stellen dat D&B een nieuw rapport heeft gepubliceerd die rekening houdt met de juridische structuur van PwC,

voor dewelke wij[...] een positieve score hebben gekregen. U vindt het geactualiseerd rapport in bijlage.
Dank bij voorbaat voor uw antwoord.
Hoogachtend,
[T.]”

3.7. Op 22 februari 2020 beslist de verwerende partij vijf inschrijvers te selecteren en de verzoekende partij niet te selecteren op grond van het volgende motief:

“Motivation des raisons de non-sélection des candidats :
[...]
- PWC : Rapport D&B > à 2 à la date extrême pour la remise des candidatures.”

De verwerende partij heeft dit bericht in haar nota vertaald als volgt:

“Motieven van de niet-selectie
(...)
PWC: D&B-rapport > 2 op de uiterste datum voor de indiening van de kandidaturen.
(...).”

Met een brief van 2 maart 2020, volgens de verzoekende partij pas op 9 maart 2020 aangetekend verzonden, deelt de verwerende partij deze mee dat tot haar niet-selectie is besloten. Met een e-mailbericht van 6 maart 2020 stuurt de verwerende partij nog een digitale kopie van deze kennisgevingsbrief aan de verzoekende partij.

In deze kennisgevingsbrief wordt als redengeving voor de niet-selectie van de verzoekende partij vermeld:

“De motieven voor uw niet-selectie zijn:
Dun & Bradstreet index hoger dan 2 op de uiterste datum voor de indiening van de kandidaturen.”

3.8. Met een brief van 13 maart 2020 vragen de raadsleden van de verzoekende partij aan de verwerende partij om hen de gemotiveerde beslissing tot niet-selectie te bezorgen en argumenteren zij voor de intrekking van deze beslissing.

3.9. Met een brief van 18 maart 2020 antwoordt de verwerende partij:

“Wij verwijzen naar uw schrijven van 13 maart 2020 en bijhorende bijlagen, die wij aan een zorgvuldig onderzoek hebben onderworpen.

Ons schrijven van 2 maart 2020 bevat de motieven voor de niet-selectie van PwC Bedrijfsrevisoren, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing, met name: ‘Dun & Bradstreet index hoger dan 2 op de uiterste datum voor de indiening van de kandidaturen’. Aldus is voldaan aan de kennisgevingsverplichting van artikel 7, § 1, 1° van de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013.

Deze motieven zijn van aard om de beslissing tot niet-selectie te verantwoorden. Immers was bij de aanvraag tot deelneming een rapport van Dun & Bradstreet gevoegd met een ‘D & B Rating’ CC4 en een ‘D&B Risico-indicator’ 4. Dit wordt niet betwist, evenmin als de vaststelling dat hiermee niet beantwoord is aan vooropgestelde selectie-eis.

De inhoud van uw schrijven van 13 maart 2020 is niet van aard om hier anders over te oordelen:

i. In de aanvraag tot deelneming wordt weliswaar gesteld dat het rapport van Dun & Bradstreet onvoldoende rekening zou houden met de specifieke onderneming structuur en het financieel beleid van PwC Bedrijfsrevisoren. Deze stelling wordt echter geenszins gestaafd aan de hand van stukken, laat staan dat zou zijn voorgehouden dat deze stukken gelijkwaardig zouden zijn aan de Dun & Bradstreet index. Aldus kon geen rekening worden gehouden met deze in de aanvraag tot deelneming louter geponeerde (doch niet gestaafde) stelling.

ii. Verder wordt in uw schrijven van 13 maart 2020 voorgehouden dat Infrabel rekening moest houden met het rapport van Dun & Bradstreet dat hem op 19 augustus 2019 – dus na de uiterste indieningsdatum van de aanvragen tot deelneming – werd overgemaakt, omdat ‘de correcties die in het D & B rapport d.d. 9 augustus 2019 werden aangebracht, zijn immers uitsluitend terug te voeren op gegevens die in de balans voor het jaar 2018 zijn opgenomen’.

Echter blijkt nergens uit het rapport van 9 augustus 2019 dat dit rapport het oorspronkelijke rapport zou corrigeren of vervangen, op basis van gegevens die uitsluitend zouden dateren van vóór de indiening van de aanvraag tot deelneming. Integendeel wordt in

de begeleidende mail van PwC Bedrijfsrevisoren van 19 augustus 2019 gemeld dat het rapport van 9 augustus 2019 nieuw en geactualiseerd is ('un nouveau rapport'... 'rapport mis à jour') ten opzichte van het rapport dat bij de aanvraag tot deelneming was gevoegd.

Het e-mailbericht van D&B van 9 augustus 2019, waarnaar u in uw schrijven van 13 maart 2020 verwijst ter ondersteuning van uw stelling, was Infrabel niet gekend (het wordt nu pas voor het eerst overgemaakt). Bijgevolg kan dit stuk niet mee in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de draagwijdte van het rapport van D&B van 9 augustus 2019. Evenmin kan dit stuk betrokken worden bij de beoordeling van de wettigheid van de genomen beslissing tot niet-selectie.

Uit een en ander volgt dat Infrabel geen rekening kon houden met het buiten termijn overgemaakt rapport van D&B van 9 augustus 2019, zonder de gelijkheid tussen de kandidaten in het gedrang te brengen. Er is geen reden om over te gaan tot een herziening van deze beslissing.”

3.10. De verwerende partij deelt intussen het bijzonder bestek mee aan de vijf geselecteerde inschrijvers die tot 30 april 2020 beschikken om een eerste offerte in te dienen.

Om de gunning van onderhavige opdracht niet onbepaald te vertragen, zo stelt de verwerende partij, bezorgt zij met een brief van 2 april 2020 ook aan de verzoekende partij het bijzonder bestek om haar de kans te geven een offerte onder voorbehoud in te dienen.

Zij merkt daarbij op:

“Gelieve evenwel te noteren dat deze werkwijze uitsluitend beoogt de belangen van Infrabel op een spoedige verderzetting van de aankoopprocedure, enerzijds, en de belangen van PwC op een gelijke behandeling, anderzijds veilig te stellen. Bijgevolg gebeurt één en ander onder voorbehoud van alle rechten van Infrabel en impliceert dit niet dat Infrabel de ontvankelijkheid en gegrondheid van uw schoringsvordering zou aanvaarden. Uw offerte zal dus enkel in overweging worden genomen indien de Raad van State van oordeel zou zijn dat Infrabel ten onrechte heeft geoordeeld dat de kandidaatstelling van PwC niet in aanmerking kon worden genomen.”

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1.1. De verwerende partij werpt op dat de vordering onontvankelijk is bij gebrek aan voorwerp in de mate dat de verzoekende partij de schorsing vordert van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing omdat er geen dergelijke beslissing is.

4.1.2. De verzoekende partij gedraagt zich in haar zittingsnota van 9 april 2020 hiervoor naar de wijsheid van de Raad.

4.2. De exceptie wordt aanvaard. In de mate dat de verzoekende partij in haar vordering een gunningsbeslissing viseert, is ze zonder voorwerp en dus onontvankelijk. Hierna wordt onder de bestreden beslissing slechts de niet-selectiebeslissing begrepen.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. Te dezen is evenwel ook 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’ 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.

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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 4 en artikel 147, § 1, 2°, van de Overheidsopdrachtenwet, van afdeling 3 van de selectieleidraad voor de Opdracht en het patere legem quam ipse fecisti-beginsel, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

Het middel omvat twee onderdelen.

In een eerste onderdeel merkt de verzoekende partij op dat “Infrabel op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel gehouden was om het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 bij haar beoordeling van de economische en financiële draagkracht van PwC Bedrijfsrevisoren te betrekken”.

De verwerende partij mocht “niet zomaar aan het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 voorbij[...]gaan”. “Lang voordat de bestreden beslissing werd genomen, was zij er door PwC Bedrijfsrevisoren immers al van op de hoogte gebracht dat de analyse van het initiële D&B-rapport d.d. 17 juni 2019 gebrekkig was”. Zij betoogt hiertoe: “Op p. 25 van haar aanvraag tot deelneming, in het deel 5 met als titel ‘D&B Evaluatie’, had PwC Bedrijfsrevisoren reeds haar bedenkingen bij het D&B-rapport d.d. 17 juni 2019 geuit door op te merken dat ‘PwC Bedrijfsrevisoren weldegelijk een financieel gezonde vennootschap is’”; zij

heeft dit overigens, zo merkt zij op, nader beargumenteerd door te wijzen op haar specifieke ondernemingsstructuur. Ook betreft zij hierbij dat zij op bladzijde 24 van haar aanvraag tot deelneming “heeft aangetoond ruimschoots aan het andere selectie criterium betreffende de economische en financiële draagkracht – nl. de vereiste ‘[d]e totale omzet van de laatste 3 beschikbare boekjaren dient minstens 2 800 000 eur jaarlijks te bedragen’ – te voldoen”. De verzoekende partij benadrukt dat “[d]e aanvraag tot deelneming van PwC Bedrijfsrevisoren [...] op zich dus al voldoende duidelijke aanwijzingen [bevatte] dat het D&B-rapport d.d. 17 juni 2019 niet accuraat was” en zij vervolgt: “Wanneer Infrabel dan vervolgens, op 19 augustus 2019, het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 ontving, mocht zij in geen geval abstractie van dit rapport maken. Dat rapport bevestigde namelijk wat de aanvraag tot deelneming van PwC Bedrijfsrevisoren reeds indiceerde: dat de D&B Rating en de D&B Risico-indicator van het D&B-rapport d.d. 17 juni 2019 onevenredig hoog waren en niet met de werkelijkheid overeenstemden”. Uit het nieuwe D&B-rapport dat de verzoekende partij bijbracht, blijkt ook “dat de verlaging van de D&B-indexen geenszins werd doorgevoerd in functie van de financiële situatie van PwC Bedrijfsrevisoren zoals die na de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming bestond”. Immers, “[d]e vermeldingen in het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 maken inderdaad voldoende duidelijk dat de meest recente balans waarop de analyse van dit rapport gesteund is, de balans voor het boekjaar eindigend op 30 juni 2018 is”. Ook benadrukt de verzoekende partij dat “[g]ezien de duidelijke vermeldingen in het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 zélf, [...] het inderdaad niet logisch [is] deze verwijzingen zo te interpreteren dat de D&B-indexen zouden zijn verlaagd uitgaande van de financiële situatie van PwC Bedrijfsrevisoren van na het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening van de aanvragen tot deelneming”. Overigens, zo stelt de verzoekende partij vast, heeft de verwerende partij nagelaten de verzoekende partij te bevragen bij twijfel over de draagwijdte van het rapport en is de fout in het oorspronkelijke D&B-rapport niet te wijten aan de verzoekende partij maar aan D&B waar de kandidaten verplicht beroep moesten op doen.

In een tweede onderdeel merkt de verzoekende partij op dat “PwC Bedrijfsrevisoren haar reeds ingediende aanvraag tot deelneming, na de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming, met het

gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 kon aanvullen zonder de gelijke behandeling van de kandidaten in het gedrang te brengen”.

De verzoekende partij voert aan dat “artikel 147, § 4, eerste lid, van de Overheidsopdrachtenwet uitdrukkelijk voorziet dat reeds ingediende aanvragen tot deelneming, na het verstrijken van de uiterste datum van ontvangst ervan, met ontbrekende informatie of documentatie kunnen worden aangevuld en/of vervolledigd, alsook verduidelijkt”. “Dat PwC Bedrijfsrevisoren haar aanvraag tot deelneming na het verstrijken van de termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming met het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 heeft aangevuld, is dus geenszins problematisch”. “Weliswaar dient het beroep op deze mogelijkheid, volgens artikel 147, § 4, eerste lid, van de Overheidsopdrachtenwet, ‘met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie’ te gebeuren”. “Anders dan wat Infrabel in haar antwoordschrijven van 18 maart 2020 beweert, is te dezen aan die voorwaarde voldaan”. Immers, “[de] gegevens [waarop het nieuwe D&B-rapport is gesteund, namelijk de gegevens] van de balans deel uitmakend van de jaarrekening van PwC Bedrijfsrevisoren met betrekking tot het boekjaar eindigend op 30 juni 2018 [...] zijn objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens die reeds vóór de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming voor de Opdracht (20 juni 2019) bestonden”. “Het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 kon bijgevolg ook na de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming in aanmerking worden genomen zonder het gelijkheidsbeginsel te miskennen. In zoverre Infrabel in haar antwoordschrijven d.d. 18 maart 2020 het tegendeel beweert, faalt haar verweer in rechte”.

6.2. In haar zittingsnota van 9 april 2020 beklemtoont de verzoekende partij, wat het eerste middelonderdeel betreft, nog dat “Infrabel [...] verplicht [...] was om het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019 bij haar beoordeling van de economische en financiële draagkracht van PwC Bedrijfsrevisoren te betrekken”. De verwerende partij kon bij een eenvoudige lectuur van het rapport van D&B van 9 augustus 2019 opmerken dat dit rapport ook handelde over het boekjaar eindigend op 30 juni 2018 zoals het eerste rapport. Hierbij merkt zij nog op dat het feit dat de verwerende partij D&B inschakelde, niet

betekent dat zij geen eigen zorgvuldigheidsplicht heeft. Voorts betwist de verzoekende partij dat zijzelf onzorgvuldig is geweest.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij rekening moest houden met het tweede rapport van D&B van 9 augustus 2019 en zij betoogt: “De auteur zélf van dit rapport, Dun & Bradstreet, heeft bij e-mail van 9 augustus 2019 [...] en in een verklaring van 23 maart 2020 [...] overigens zelf uitdrukkelijk erkend dat de analyse van het eerste rapport foutief was gelet op een gebrekkige verwerking van de gegevens van de balans voor het boekjaar eindigend op 30 juni 2018. Deze stukken houden als zodanig dus een bevestiging in van de bedenkingen die reeds op p. 25 van de aanvraag tot deelneming van PwC Bedrijfsrevisoren met betrekking tot het rapport waren geformuleerd”. Zij besluit: “In zoverre Infrabel in haar verweer naar het facultatieve karakter van artikel 147, § 4, eerste lid, van de Overheidsopdrachtenwet verwijst, gaat zij voorbij aan de specifieke feitelijke omstandigheden die deze zaak kenmerken”.

Beoordeling

7.1. De verzoekende partij voert in het eerste onderdeel in essentie aan dat de verwerende partij op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel had moeten rekening houden met het tweede rapport van 9 augustus 2019 waaruit blijkt dat de verzoekende partij wel voldoet aan het kwestieus selectie criterium in tegenstelling tot het eerste rapport van 17 juni 2019.

In het bestek wordt vermeld dat de aanvraag tot deelneming ten laatste op 20 juni 2019 moet zijn ingediend. Hierin dient de aanvrager aan te tonen dat hij beschikt over de economische en financiële capaciteit, wat wordt nagegaan met een D&B-evaluatie en haar ratio's. De economische en financiële betrouwbaarheid van de kandidaat moet worden gegarandeerd door een D&B-index kleiner dan of gelijk aan 2. Ook wordt vermeld dat indien er voor een kandidaat geen D&B-rapport bestaat, een gelijkwaardig alternatief voorgesteld mag worden.

Het lijkt dus in de eerste plaats aan een inschrijver om aan te tonen dat hij voldoet aan het bewuste criterium. Zo moet hij zelf instaan voor het opvragen van het D&B-rapport, en zo dit niet mogelijk is, voor een gelijkwaardig alternatief. Het is dus niet aan de aanbestedende overheid zelf om rapporten of certificaten hiervoor in te winnen.

Te dezen heeft de verzoekende partij bij haar aanvraag ingediend op 18 juni 2019 een D&B-rapport van 17 juni 2019 gevoegd waaruit blijkt dat zij niet voldoet aan twee D&B-ratio's die hoogstens twee mochten bedragen. Louter op die grond lijkt de verwerende partij gerechtigd de aanvraag van de verzoekende partij te mogen weren. De verzoekende partij brengt echter elementen aan waaruit volgens haar zou blijken dat de verwerende partij dit niet zomaar mocht.

Zo stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij bij haar aanvraag op de hoogte is gesteld van het “gebrekkige” karakter van dit eerste rapport. Daarvoor verwijst zij naar een passage in haar aanvraag op bladzijde 25, voorafgaand aan het D&B-rapport.

In deze passage – hiervoor aangehaald onder randnummer 3.4 – geeft de verzoekende partij in een zevental regels een zeer summiere uitleg over haar structuur, winstverdeling en verhouding tot andere verwante ondernemingen en besluit dat zij een “financieel gezonde vennootschap” is.

In deze passage waarin er overigens van het bewuste rapport niet uitdrukkelijk sprake is – het lijkt eerder een gestandaardiseerde tekst – noch elders, zo lijkt, in de aanvraag, distantieert de verzoekende partij zich niet van dit rapport. De verzoekende partij stelt niet expliciet dat het rapport verkeerd is wat de bewuste ratio's en de negatieve commentaren betreft of dat zij dit rapport slechts voorlopig opstuurt omdat er een ander “beter” rapport volgt; evenmin heeft de verzoekende partij een alternatief rapport bijgevoegd niettegenstaande het rapport van 17 juni 2019 een voor haar “onbestaand” rapport lijkt, dat immers op die pijnpunten volgens haar de bal volkomen mislaat. Hierbij mag ook worden bedacht dat het voor de verzoekende partij normaliter zeer duidelijk moet zijn geweest dat dit rapport haar kansen op deelneming volstrekt hypothekeerde. De omstandigheid dat

de verzoekende partij wel voldeed aan een ander selectie criterium lijkt hier niet relevant.

De verzoekende partij lijkt niet uitdrukkelijk aan te geven wanneer precies zij zich bewust werd van het voor haar negatieve rapport van 17 juni 2019. Zij claimt dit reeds te zijn geweest bij de aanvraagindiening, doch laat na een bewijs bij te brengen van haar vraag tot “verduidelijking” over dit rapport aan D&B. Feit lijkt dat het tweede rapport pas op 9 augustus 2019 door D&B werd geproduceerd, dit is weken na het eerste. Weliswaar werd het op dezelfde dag door de verzoekende partij aan de verwerende partij bezorgd, doch bij dit e-mailbericht wordt opnieuw niet gehandeld over een verkeerd eerste rapport; er wordt in de eerste plaats geïnformeerd naar de stand van zaken en er wordt dan zonder bijzonder veel commentaar aan toegevoegd dat er een nieuw rapport wordt bijgebracht dat positief is. Hieruit lijkt niet onmiddellijk te kunnen worden afgeleid dat de verzoekende partij bijzonder in de knel zat met het eerste rapport en al zeker niet dat zij de verwerende partij er dwingend en expliciet op wijst dat zij nu uiteindelijk een voor haar positief rapport bijbrengt dat moet worden in de plaats gesteld van het vorige. Zo laat zij na het e-mailbericht van 9 augustus 2019 waarbij D&B het tweede rapport bezorgt aan de verzoekende partij en waaruit zou kunnen blijken dat het eerste rapport “gebrekkig” is, mee te sturen met dit nieuw rapport aan de verwerende partij. Kortom, hieruit lijken geen elementen te kunnen worden gepuurd die overtuigend een tekortkoming aan voornoemde beginselen bij de verwerende partij blootleggen.

Ook toont de verzoekende partij aan de hand van die omstandigheden niet aan dat de verwerende partij haar vragen had moeten stellen over het eerste rapport.

Het feit dat D&B een fout heeft gemaakt bij het eerste rapport en niet de verzoekende partij, doet evenmin anders besluiten. Zo het eerste rapport apert “gebrekkig” was zoals de verzoekende partij betoogt, dan diende zij als zorgvuldige kandidaat, zo zij niet onmiddellijk een ander – voor haar gunstiger – rapport kon voorleggen bij haar aanvraag, heel expliciet dit rapport – als zij dit al wenste voor te leggen – concreet te becommentariëren en tegen te spreken, en betere rapporten in het vooruitzicht te stellen, wat zij, zoals hiervoor overwogen,

minstens onvoldoende lijkt te hebben gedaan. Er mag hier overigens nogmaals worden benadrukt dat de verzoekende partij zelf dit rapport heeft bijgebracht en zij dus niet achteraf wordt geconfronteerd met een door een aanbestedende overheid ingewonnen rapport.

Uit dit alles mag worden besloten dat de verzoekende partij onvoldoende aantoont dat de verwerende partij is tekortgekomen aan de ingeroepen algemene beginselen van behoorlijk bestuur door het tweede rapport niet in aanmerking te nemen om de verzoekende partij te selecteren.

7.2. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat zij op grond van artikel 147, § 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ haar aanvraag mocht aanvullen, te dezen met het tweede rapport mits inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

Zoals de verwerende partij hier terecht opmerkt, lijkt deze bepaling aan een aanbestedende overheid slechts de mogelijkheid te bieden aan een aanvrager te vragen zijn informatie of documentatie aan te vullen, hetgeen de verwerende partij niet lijkt te hebben gedaan, wat de verzoekende partij overigens erkent in het eerste onderdeel aangezien zij aanvoert dat de verwerende partij ten onrechte geen vragen over het eerste rapport heeft gesteld. Zoals uit de beoordeling van het eerste onderdeel mag worden afgeleid, lijkt de verwerende partij niet onzorgvuldig te zijn geweest wanneer zij de verzoekende partij niet die mogelijkheid heeft geboden. De verzoekende partij lijkt er niet in te slagen haar eigen onzorgvuldigheid in de schoenen van de verwerende partij te schuiven en aldus voormelde mogelijkheid om te vormen tot een verplichting waaraan een recht in haar hoofde beantwoordt. Volledigheidshalve mag hier ook worden opgemerkt dat het e-mailbericht van 9 augustus 2019 en de verklaring van 23 maart 2020, beide van D&B, nooit door de verzoekende partij zijn voorgelegd aan de verwerende partij om ze bij haar beslissing te betrekken.

7.3. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 4, eerste lid, 5° en artikel 5, 6°, van de Rechtsbeschermingswet, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele motiveringsplicht”.

De verzoekende partij merkt op dat de verwerende partij in haar kennisgevingsbrief van 2 maart 2020 niet wijst op wat de verzoekende partij in haar aanvraag tot deelneming op bladzijde 25 bij het initiële D&B-rapport heeft opgemerkt en noch op het tweede, door de verzoekende partij bijgebrachte, en corrigerende D&B-rapport van 9 augustus 2019 waaruit blijkt dat de verzoekende partij wel aan het kwestieus selectie criterium voldoet. Aldus is het voor de verzoekende partij onduidelijk of de verwerende partij met die uiterst relevante informatie rekening heeft gehouden bij de bestreden beslissing. “Daarenboven [zo vervolgt zij] zelfs indien die informatie toch door Infrabel in aanmerking zou zijn genomen, dan nog is PwC Bedrijfsrevisoren, op basis van de kennisgevingsbrief d.d. 2 maart 2020, niet in staat te begrijpen om welke redenen Infrabel van oordeel is dat die informatie de selectie van PwC Bedrijfsrevisoren niet kan verantwoorden”, wat een schending van de formele motiveringsplicht inhoudt. “Weliswaar haalt Infrabel in haar antwoordschrijven van 18 maart 2020 enkele redenen aan ter verdediging van haar standpunt dat de toelichting op p. 25 van de aanvraag tot deelneming van PwC Bedrijfsrevisoren en het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 9 augustus 2019, haars inziens, geen afbreuk aan de wettigheid van de bestreden beslissing kunnen doen. Deze redenen zijn niet alleen incorrect (zie supra, eerste middel), zij zijn ook a posteriori. Zij kunnen bijgevolg niet meer dienstig ter ondersteuning van de bestreden beslissing worden aangevoerd”.

8.2. In haar zittingsnota van 9 april 2020 wijst de verzoekende partij erop dat, in tegenstelling tot wat de verwerende partij opwerpt, de formele motiveringsplicht wel degelijk een beginsel van behoorlijk bestuur is en dat zij hoe dan ook de gepaste wetsbepalingen inzake deze plicht heeft ingeroepen. Zij merkt voorts op dat “[i]n tegenstelling tot wat Infrabel in randnummer 60 van haar nota met opmerkingen aanvoert, [...] uit de woorden ‘op de uiterste datum

voor de indiening van de kandidaturen' zoals vermeld in de kennisgevingsbrief en de bestreden beslissing, niet duidelijk [kan] worden opgemaakt dat Infrabel het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 19 augustus 2019 in ogenschouw heeft genomen. Zelfs indien het tegendeel zou moeten worden aangenomen (quod non), dan nog moet worden vastgesteld dat uit de kennisgevingsbrief en de bestreden beslissing niet blijkt waarom Infrabel van oordeel was dat zij met het gecorrigeerde D&B-rapport d.d. 19 augustus 2019 geen rekening kon houden. Hetzelfde geldt voor wat de toelichting op p. 25 van de aanvraag tot deelneming van PwC Bedrijfsrevisoren betreft”.

Beoordeling

9. In de mate dat mag worden aangenomen dat de verzoekende partij hier op ontvankelijke wijze de schending van de formelemotiveringsplicht aanvoert, wordt dit op het eerste gezicht niet aanvaard om de volgende reden.

De verwerende partij heeft de verzoekende partij in kennis gesteld van het motief van haar niet-selectie die in de kennisgevingsbrief luidt:

“De motieven voor uw niet-selectie zijn:
Dun & Bradstreet index hoger dan 2 op de uiterste datum voor de indiening van de kandidaturen.”

Hieruit lijkt weliswaar bondig maar voldoende volledig en duidelijk weergegeven, dat de verwerende partij van oordeel was dat op de uiterste datum van de indiening van de aanvraag, de verzoekende partij niet voldeed aan het selectie criterium inzake de D&B-ratio's. Dit heeft de verzoekende partij ook zo begrepen, gelet de draagwijdte van haar eerste middel dat volledig is gefocust op dergelijke inhoudelijke beoordeling.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. In haar zittingsnota van 9 april 2020 voert de verzoekende partij een nieuw middel aan. Zij betoogt als volgt:

“Ingevolge de raadpleging van het administratief dossier wenst PwC Bedrijfsrevisoren in deze zittingsnota een nieuw (derde) middel te ontwikkelen, genomen uit de schending van artikel 41 van de Wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken van 18 juli 1966.

[...] PwC Bedrijfsrevisoren heeft, voor het eerst bij haar onderzoek van het administratief dossier (de bestreden beslissing was als zodanig immers niet bij de kennisgevingsbrief van 2 maart 2020 gevoegd), vastgesteld dat de bestreden beslissing alleen in de Franse taal in het administratief dossier is opgenomen.

[...] Als centrale dienst is Infrabel, overeenkomstig artikel 41 van de Wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken van 18 juli 1966, verplicht om voor haar betrekkingen met de particulieren gebruik te maken van de landstaal waarvan de betrokkenen zich hebben bediend. Aan de private bedrijven, die gevestigd zijn in een gemeente zonder speciale regeling uit het Nederlandse of uit het Franse taalgebied, dient Infrabel in de taal van dat gebied te antwoorden.

[...] PwC Bedrijfsrevisoren heeft haar aanvraag tot deelneming in de Nederlandse taal ingediend. Haar maatschappelijke zetel is in het Nederlandse taalgebied gevestigd.

[...] Beslissingen houdende de (niet-)selectie van de kandidaten voor een overheidsopdracht kwalificeren als ‘betrekkingen met particulieren’ in de zin van de voormelde Wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken. De bestreden beslissing diende bijgevolg eveneens in de Nederlandse taal te zijn gesteld.

[...] In zoverre de bestreden beslissing alleen in de Franse taal is gesteld, is het artikel 41 van de Wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken van 18 juli 1966 geschonden.”

Beoordeling

11. Artikel 41 van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 ‘op het gebruik van de talen in bestuurszaken’ luidt:

“Art. 41. § 1. De centrale diensten maken voor hun betrekkingen met de particulieren gebruik van die van de drie talen waarvan de betrokkenen zich hebben bediend.

§ 2. Aan de private bedrijven, die gevestigd zijn in een gemeente zonder speciale regeling uit het Nederlandse of uit het Franse taalgebied, wordt echter in de taal van dat gebied geantwoord.”

In de mate dat het middel al ontvankelijk is procedureel en naar belang – zo maakt de verzoekende partij zelf in haar betrekkingen met de verwerende partij ook gebruik van de Franse taal – heeft de verwerende partij de verzoekende partij bij brief van 2 maart 2020 in het Nederlands in kennis gesteld van de reden van haar niet-selectie en dit met toepassing van artikel 7, § 1, 1°, van de voormelde wet van 17 juni 2013. In de huidige stand van het geding lijkt deze overweging te volstaan om het middel als niet ernstig te verwerpen.

VII. Besluit

12. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken op zevenentwintig april tweeduizend twintig door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra