RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 260.522 van 22 augustus 2024
in de zaak A. 242.660/XIV-39.622

In zake: de BV PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Robin Meylemans en Gauthier Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Financiën

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 augustus 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de [minister van Financiën] van 5 juli 2024, verzonden op 19 juli 2024 per e-mail, waarbij voor perceel 2 van de mededingingsprocedure met onderhandeling voor diverse diensten inzake informatieveiligheid voor de Federale Overheid (SECaaS; Controle en Audit) - S&L/DA/2023/04-1, PwC niet wordt geselecteerd en Toreon, Sopra Steria Benelux, KPMG Advisory, Fujitsu Technology Solution, Deloitte Accountancy en Nviso Belgium wel worden geselecteerd".

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 22 augustus 2024, om 11.30 uur.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Robin Meylemans en Gauthier Vlassenbroeck, die verschijnen voor de verzoekende partij en adviseur Selim Dedeli, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur-generaal Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp “Mededingingsprocedure met onderhandeling voor diverse diensten inzake Informatieveiligheid voor de Federale Overheid (SECaaS; Controle en Audit)”.

3.2. Luidens het bestek nr. S&L/DA/2023/043-1 “Selectiefase” bestaat de opdracht uit de volgende twee percelen:

> “Perceel 1 - Informatieveiligheid ‘SECaaS’:
> Diensten voor de beveiliging van de internettoegangen, van andere externe netwerken, en van de interne infrastructuur van de Federale Overheid, in de vorm van ‘Security as a Service (SECaaS)’ […] ”,

en

> “Perceel 2 - Controle en audit:
> Diensten met betrekking tot een opdracht voor controle en doorlichting van de veiligheid met betrekking tot de SECaaS-oplossing, zoals gevraagd in perceel 1 van dit bestek. […].”

3.3. De procedure bestaat uit twee fases. De aanbestedende overheid controleert in de eerste fase of de kandidaten aan de in het bestek vastgestelde selectiecriteria voldoen en zich niet in één van de facultatieve of verplichte uitsluitingsgevallen bevinden, bedoeld in de artikelen 67, 68 en 69 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

De tweede fase is de gunningsfase, tijdens dewelke de geselecteerde kandidaten een bijkomend bestek zullen ontvangen en zullen worden uitgenodigd om een initiële offerte in te dienen op basis van alle opdrachtdocumenten.

3.4. De aankondiging van de opdracht wordt op 8, 15 en 30 april 2024 gepubliceerd op het e-procurement platform en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.5. In het voormelde selectiebestek wordt in verband met perceel 2 onder meer het volgende economisch-financieel selectiecriterium voorgeschreven:

> “B.4.1. Selectiecriterium met betrekking tot de economische en financiële draagkracht (artikel 67 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren)
> De inschrijver moet een minimale jaarlijkse omzet gerealiseerd hebben met betrekking tot het activiteitendomein in Europa die het voorwerp vormt van de opdracht voor elk van de laatste drie beschikbare boekjaren die minstens gelijk is aan : 100.000 euro op jaarbasis.”

Eén van de twee selectiecriteria betreffende de technische en beroepsbekwaamheid voor perceel 2 heeft betrekking op recente referenties:

> “De inschrijver geeft een lijst van 2 referenties die hij gedurende de afgelopen periode van maximaal drie jaar heeft verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.
> Deze referenties moeten een gelijkaardige project aantonen en dit voor een groep van minstens 10.000 interne gebruikers.
> De inschrijver gebruikt hiervoor het referentiemodel dat bij het bestek gevoegd is (bijlage F.5. Model voor de referenties).”

3.6. Het voormelde selectiebestek voorziet verder nog in het volgende in verband met het opvragen van bewijsstukken:

> "De aanbestedende overheid zal de kandidaat tijdens de selectiefase vragen om alle bewijsstukken voor te leggen die verband houden met de selectiecriteria en de facultatieve en verplichte uitsluitingsgronden, in overeenstemming met artikel 73, § 3 van de wet inzake overheidsopdrachten, ook al heeft de kandidaat reeds een UEA afgeleverd. De aanbestedende overheid zal de kandidaat vragen om de bewijsstukken (getuigschriften, verklaringen, referenties en ander bewijsmateriaal) te bezorgen, indien het niet mogelijk is deze getuigschriften of relevante informatie rechtstreeks te verkrijgen via een gratis toegankelijke nationale databank in een lidstaat. Concreet zal de aanbestedende overheid controleren of de kandidaten aan de selectiecriteria voldoen en zich niet in een van de facultatieve of verplichte uitsluitingsgevallen bevinden in de zin van artikelen 67 tot 69 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. Kandidaten die niet voldoen aan de selectiecriteria of die zich in een van de facultatieve of verplichte uitsluitingsgevallen bevinden, worden niet weerhouden en derhalve niet uitgenodigd om een offerte in te dienen."

3.7. Op 10 mei 2024, de uiterste datum voor het indienen van een aanvraag tot deelneming, wordt het proces-verbaal van opening opgemaakt. Naast zeven andere kandidaten heeft ook de verzoekende partij een aanvraag tot deelneming voor de selectie met betrekking tot perceel 2 ingediend.

3.8.1. De op 8 mei 2024 ingediende aanvraag tot deelneming voor perceel 2 van de verzoekende partij, vermeldt wat de omzetcijfers betreft het volgende:

> "[…]
> De ondergetekende, [P.T.], partner en [B.D.W.], director, verklaren hierbij op eer dat PwC Enterprise Advisory de afgelopen drie jaar de volgende omzet heeft behaald.

	2021	***2022***	***2023***
Omzetcijfers PricewaterhouseCoopers Enterprise Advisory in EUR	*€ 138.470.352,00*	*€ 175.174.425,00*	*€ 127.104.960,00*

> Het boekjaar van PwC Enterprise Advisory bv begint op 1 juli van het jaar n en eindigt op 30 juni van het jaar n+1. Zo bestrijken de boekhoudkundige gegevens met betrekking tot het laatste volledige boekjaar 2023 de periode tussen 1 juli 2022 en 30 juni 2023. […]."

3.8.2. De verzoekende partij vermeldt tevens twee referenties die gelijkaardige projecten moeten aantonen. De eerste referentie betreft een project met een Europese onderneming met een budget van 660.000 euro dat sinds 1 januari 2019 loopt. De tweede referentie betreft een project met een Europese onderneming met een budget van 350.000 euro dat sinds 1 januari 2021 loopt.

3.9. Met een bericht van 9 juni 2024 stelt de verwerende partij aan de verzoekende partij de volgende vraag:

> "[…]
> Artikel 66, §3 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten bepaalt: 'de aanbestedende overheid kan, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte'.
> Kunt u ons bijgevolg de volgende punten verduidelijken ?
> Vraag 1: B.4.1. Selectiecriterium met betrekking tot de economische en financiële draagkracht (artikel 67 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren)
> Opdat de aanbestedende dienst een effectieve controle kan uitvoeren op de informatie die u ons hebt verstrekt in uw sollicitatiedossier. Om ervoor te zorgen dat de aanbestedende dienst een effectieve controle kan uitvoeren op de informatie die u ons hebt verstrekt in uw sollicitatiedossier met betrekking tot het hierboven vermelde criterium, zouden wij het op prijs stellen als u ons relevante bewijsstukken kunt toesturen die voldoen aan de voorschriften van punt B.4.1 van het bestek, namelijk […]
> Om aan dit criterium te voldoen, is het noodzakelijk om drie afzonderlijke elementen met betrekking tot de drie laatste beschikbare boekjaren van uw bedrijf te bewijzen:
> 1. Het uitoefenen van commerciële activiteiten op het werkterrein van de aanbesteding.
> 2. Het uitoefenen van deze activiteiten in Europa.
> 3. De omzet die uit deze activiteiten voortvloeit moet minimaal 100.000 euro per jaar bedragen.
> Daarom moeten de bewijsstukken zelf aantonen dat de activiteiten betrekking hebben op het werkterrein van de aanbesteding en dat deze in Europa worden uitgevoerd.

Alleen de bewijsstukken die voldoen aan de hierboven genoemde voorwaarden zullen in aanmerking worden genomen om te bepalen of de vereiste drempel van 100.000 euro in het kader van deze aanbesteding is bereikt.
Ik nodig u uit om mij zo spoedig mogelijk en uiterlijk op 12/06/2024 de gevraagde informatie per e-mail te sturen naar het volgende adres: finprocurement@minfm.fed.be, met vermelding van de referentie van de opdracht […].”

3.10. De verzoekende partij antwoordt de verwerende partij met een e-mail van 12 juni 2024, waarbij zij aan deze laatste als bewijsstuk de volgende verklaring bezorgt:

“Ik, [P.T.], Partner, verklaar dat PwC Enterprise Advisory BV/SRL de afgelopen drie boekjaren de volgende omzet heeft gefactureerd voor opdrachten met betrekking tot het activiteitendomein in Europa en die relevant zijn voor onze sollicitatie voor de selectiefase van opdracht nr. S&L/DA/2023/043-1, voor diverse diensten inzake Informatieveiligheid voor de Federale Overheid (SECaaS; Controle en Audit).
De ondervermelde omzetcijfers zijn slechts een deel van de opdrachten die we op jaarbasis uitvoeren, deze tabel bevat slechts de cijfers van twee van onze klanten.
Ik verklaar op mijn erewoord dat de volgende informatie juist is.

	2023	***2022***	***2021***
Totale omzetcijfers in euro (gefactureerd)	*102,807.90*	*176,288.89*	*100,219.94*

”

3.11. In een telefoongesprek van 12 juni 2024 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat dat de door haar bijgebrachte gegevens niet volstaan.

3.12. Naar aanleiding van het voormelde telefoongesprek stuurt de verzoekende partij - nog steeds op 12 juni 2024 - de volgende e-mail naar de verwerende partij:

“We hebben uw vraag voor bewijs van omzet per jaar voor de gevraagde diensten van Lot 2 goed ontvangen. We hebben hiervoor de verklaring op eer reeds opgesteld en doorgestuurd, naast de referenties die we voordien reeds hadden aangeleverd. We hebben zonet vernomen dat dit geen afdoende bewijs zou zijn en dat we hiervoor (geanonimiseerde) facturen

dienen over te maken. We durven dit te betwisten, en wel (onder meer) omwille van volgende redenen:
- dit is het eerste dossier in onze staat van dienst waarvoor we via facturen onze omzet moeten bewijzen in een RFI/RFP traject. Normaal volstaan het opgeven van referenties, alsook (eventueel) een verklaring op eer;
- het RFI dossier vermeldt niet expliciet dat we facturen dienen aan te leveren ;
- de gevraagde omzet per jaar is de omzet die 1 zelfstandige op een jaar tijd draait. We werken binnen België met een team van 50 Cyber & Privacy specialisten. Onze omzet op jaarbasis van het cyber team is meer dan 5 Mio EUR. Het spreekt voor zich dat we voor 100.000 EUR aan diensten leveren, daarnaast is PwC een wereldwijd netwerk van zelfstandige member firms die lokaal opereren in landen verspreid over de wereld, wij bieden aan met onze Belgische entiteit, waarin de overgrote meerderheid van onze omzet binnen Europa en zelf binnen België gerealiseerd wordt;
- facturen bevatten gegevens die confidentieel zijn in de relatie tussen ons en onze klant. We kunnen deze niet zomaar ter beschikking stellen. Daarenboven kan een geanonimiseerde factuur ook niet sluitend bewijzen dat we de gevraagde diensten geleverd hebben.
Bovenstaande in acht nemend willen we u verzoeken om onze verklaring op eer in deze fase van het proces als voldoende bewijs te beschouwen voor de gevraagde minimum omzet. Moest er toch nog twijfel zijn, kunnen we in een volgende fase samen met u bekijken hoe we hier nog verder tegemoet aan kunnen komen (bv. door het aanleveren van getekende referenties van onze klanten met inbegrip van het bedrag, in zoverre zij dit zouden willen doen).”

3.13. Op 5 juli 2024 wordt het evaluatieverslag opgesteld. Daarin wordt aangaande het selectiecriterium van de economische en financiële draagkracht het volgende gesteld:

“[…]
4.3. Onderzoek van de UAE (uitsluitingsgronden) en onderzoek van de aanvragen tot deelname met betrekking tot de selectiecriteria
[…]
Selectiecriterium met betrekking tot de economische en financiële draagkracht (artikel 67 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren)
De kandidaat moet een minimale jaarlijkse omzet gerealiseerd hebben met betrekking tot het activiteitendomein in Europa die het voorwerp vormt van de opdracht voor elk van de laatste drie beschikbare boekjaren die minstens gelijk is aan : 100.000 euro op jaarbasis.
Overwegende dat uit de bepalingen van de op het e-procurement platform gepubliceerde selectiegids duidelijk blijkt dat de aanbestedende dienst eist dat kandidaten aan deze eis voldoen op het vakgebied waarop de opdracht betrekking heeft en in een specifiek geografisch gebied;

Overwegende dat de aanbestedende dienst van de kandidaten kan eisen dat zij voldoen aan de voorwaarden die bedoeld zijn om aan te tonen dat zij inderdaad over de economische en financiële draagkracht beschikken om de opdracht uit te voeren, dat deze het bewijs hiervan kunnen leveren door een of meer van de referentie-elementen waaronder de verklaring betreffende de totale omzet van de onderneming en, in voorkomend geval, de omzet op het gebied van de activiteiten waarop de opdracht betrekking heeft, overeenkomstig de bepalingen van artikel 67, §1, 2°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de traditionele sectoren.

Overwegende dat TOREON, SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM op 09/06/2024 door de aanbestedende overheid werden uitgenodigd om het bewijs te leveren van drie afzonderlijke elementen met betrekking tot de laatste drie beschikbare boekjaren van hun onderneming, namelijk:

1. het uitoefenen van een commerciële activiteit op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft
2. het uitoefenen van deze activiteit in Europa
3. de omzet die voortvloeit uit deze activiteit moet ten minste 100.000 euro per jaar bedragen.

In de brief die aan elke kandidaat werd gestuurd, werd bovendien gespecificeerd dat ‘Daarom moeten de bewijsstukken zelf aantonen dat de activiteiten betrekking hebben op het werkterrein van de aanbesteding en dat deze in Europa worden uitgevoerd. Alleen de bewijsstukken die voldoen aan de hierboven genoemde voorwaarden zullen in aanmerking worden genomen om te bepalen of de vereiste drempel in het kader van deze aanbesteding is bereikt’.

Overwegende dat op 11/06/2024 TOREON en FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION een antwoord hebben gestuurd naar de aanbestedende dienst;

Overwegende dat SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM op 12/06/2024 een antwoord naar de aanbestedende dienst hebben gestuurd.

Uit het onderzoek van de door de kandidaten verstrekte informatie door de aanbestedende dienst is gebleken dat TOREON, SOPRA STERIA BENELUX, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY en NVISO BELGIUM aan dit selectiecriterium voldoen.

Overwegende dat PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY in zijn e-mail naar aanleiding van de uitnodiging van de aanbestedende dienst van mening is dat de verklaring op erewoord die de onderneming in zijn kandidatuurdossier heeft verstrekt, volstaat om te

rechtvaardigen dat het bedrijf voldoet aan het bovengenoemde selectiecriterium;
Overwegende dat de aanbestedende dienst voor deze opdracht heeft gekozen voor een mededingingsprocedure van gunning door onderhandelingen, dat deze procedure impliceert dat de kandidaten in de selectiefase aan de selectiecriteria voldoen, aangezien alleen de geselecteerde kandidaten gemachtigd zijn om in de tweede fase een offerte in te dienen;
Gelet op het voorgaande heeft de onderneming PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY niet aangetoond dat zij voldoet aan de bovengenoemde selectiecriterium;
Bijgevolg voldoet PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY niet aan dit selectiecriterium.
[…].”

3.14. In de niet gedateerde bestreden beslissing - van 5 juli 2024 volgens het verzoekschrift, van 19 juli 2024 volgens de nota van de verwerende partij - beslist de verwerende partij op basis van het voormelde evaluatieverslag van 5 juli 2024 om de verzoekende partij niet te selecteren en zes overige kandidaten wel:

“

Mededingingsprocedure met onderhandeling voor diverse diensten inzake Informatieveiligheid voor de Federale Overheid (SECaaS, controle en audit) - Selectiefase - gemotiveerde beslissing voor de selectie - Perceel 2

I. Wetgeving en toepasselijke opdrachtdocumenten
Gelet op de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;
Gelet op 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;
Gelet op het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren;
Gelet op het bestek nr. S&L/DA/2023/043-1;
Gelet op het evaluatieverslag van de kandidaturen met referentie nr. S&L/DA/2023/043-1, ondertekend door [J.D.], adviseur-generaal van het Departement Budget, waarnaar wordt verwezen in deze gemotiveerde beslissing en dat er integraal deel van uitmaakt.
II. Identificatie van de kandidaten
Overwegende dat op 10 mei 2024 werd vastgesteld dat de volgende Kandidaten bij de opening van de aanvragen tot deelname een aanvraag tot deelname hebben ingediend:

°	Kandidaten	Adressen
1	TOREON	Grotehondstraat 44 1/1, 2018 – Antwerpen, België
2	SOPRA STERIA BENELUX	Avenue Arnaud Fraiteur 15-23, 1050 - Elsene, België
3	PricewaterhouseCoopers Enterprise Advisory	Culliganlaan 5, 1831 - Diegem, België
4	KPMG ADVISORY	Borsbeeksebrug 30-2, 2600 - Berchem, België
5	Ernst & Young Advisory Services	Kouterveldstraat 7B 0001, 1831 - Diegem, België
6	FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION	Culliganlaan 5-901, 1831 - Diegem, België
7	Deloitte Accountancy	Luchthaven Brussel Nationaal 1 J, 1930 - Zaventem, België
8	NVISO Belgium	Rue Guimard 8, 1040 - Etterbeek, België

III. Controle van het UEA en van de uitsluitingsgronden (zie evaluatieverslag 4.1.)
Overwegende dat de aanbestedende overheid heeft gecontroleerd of de kandidaten het UEA effectief hebben ingevuld;
Overwegende dat uit dit onderzoek blijkt dat TOREON, SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM het UEA volledig hebben ingevuld;
Overeenkomstig artikel 68 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en artikel 62 en 63 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, gaat de aanbestedende overheid de toestand van de kandidaten na met betrekking tot de fiscale schulden en de socialezekerheidsbijdragen
Overwegende dat op 17/05/2024 en op 11/06/2024, de aanbestedende overheid via de Telemarc applicatie voor de Belgische kandidaten TOREON, SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM[…] hun verplichtingen heeft nagegaan ten aanzien van de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen en de fiscale schulden;
Dat aan deze verplichtingen wordt voldaan;
Bijgevolg worden de aanvragen tot deelname TOREON, SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM toegelaten tot de volgende fase, namelijk het onderzoek van de aanvragen tot deelname in het kader van de regelmatigheid.

IV. Onderzoek van de regelmatigheid van de aanvragen tot deelname (zie evaluatieverslag 4.2)
Overwegende dat de aanvraag tot deelname van de kandidaten werden onderzocht in het kader van artikel 76 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren betreffende de regelmatigheid;
Overwegende dat uit dit onderzoek blijkt dat de aanvragen van TOREON**,** SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM zijn ondertekend door de personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de aanvragen tot deelneming te ondertekenen.
V. Onderzoek van het UEA voor uitsluitingsgronden en onderzoek van de aanvragen tot deelname met betrekking tot de selectiecriteria (zie evaluatieverslag bladzijde 4.3)
Overwegende dat de kandidaten TOREON, SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM werden onderzocht in het kader van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden die worden vermeld in artikel 67 tot 69 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;
Overwegende dat uit dit onderzoek blijkt dat de […] kandidaten TOREON**,** SOPRA STERIA BENELUX, PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY, KPMG ADVISORY, ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM mogen overgaan naar de volgende fase, namelijk de verificatie van de selectiecriteria vermeld in de selectiegids.
Overwegende dat uit dit onderzoek blijkt dat de kandidaten TOREON, SOPRA STERIA BENELUX, KPMG ADVISORY, FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION, DELOITTE ACCOUNTANCY, NVISO BELGIUM volledig beantwoorden aan de vereiste selectiecriteria;
Overwegend dat PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY niet voldoet aan het criterium met betrekking tot de economische en financiële draagkracht;
Om deze redenen kan kandidaat PRICEWATERHOUSECOOPERS ENTERPRISE ADVISORY niet geselecteerd worden
Overwegend dat ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES niet voldoet aan het eerste criterium met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid van de kandidaat betreffende de veiligheidsmachtigingen;
Om deze redenen kan kandidaat ERNST & YOUNG ADVISORY SERVICES niet geselecteerd worden
Om deze redenen,
Heb ik besloten om de volgende kandidaten te selecteren:

°	Candidats	Adresses
1	TOREON	Grotehondstraat 44 1/1, 2018 - Antwerpen, België
2	SOPRA STERIA BENELUX	Avenue Arnaud Fraiteur 15-23, 1050 - Elsene, België
3	KPMG ADVISORY	Borsbeeksebrug 30-2, 2600 - Berchem, België
4	FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTION	Culliganlaan 5-901, 1831 - Diegem, België
5	Deloitte Accountancy	Luchthaven Brussel Nationaal 1 J, 1930 - Zaventem, België
6	NVISO Belgium	Rue Guimard 8, 1040 - Etterbeek, België

[…].”

3.15. Met een e-mail en een aangetekende brief verzonden op 19 juli 2024 wordt de bestreden beslissing met het evaluatieverslag aan de verzoekende partij meegedeeld.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van het tweede en vierde onderdeel van het enig middel

Standpunt van de partijen

Tweede middelonderdeel

5.1. In het tweede middelonderdeel van het enig middel betoogt de verzoekende partij onder meer dat de formelemotiveringsplicht en artikel 4, 5°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (‘rechtsbeschermingswet’) geschonden is doordat de verwerende partij voor het economisch-financieel selectiecriterium van oordeel is dat een verklaring op eer van de verzoekende partij (“en referenties die de juistheid van de verklaring aantoonden”) niet volstaat, terwijl, enerzijds, de verklaring op eer van de verzoekende partij voldoende is om haar geschiktheid te bewijzen en, anderzijds, uit de bestreden beslissing niet blijkt waarom een verklaring op eer van de verzoekende partij niet voldoende zou zijn om haar geschiktheid te bewijzen.

5.2. De verwerende partij repliceert in haar nota, wat de ontvankelijkheid van het middelonderdeel betreft, dat uit het enig middel blijkt dat de verzoekende partij op de hoogte is van de redenen waarom zij niet is geselecteerd en in staat is om het bestreden besluit inhoudelijk te bekritiseren. Zij heeft zodoende geen belangenschade geleden. In de mate dat de verzoekende partij de schending van de formelemotiveringsplicht inroept, is het middel onontvankelijk.

Verder betoogt zij dat de formelemotiveringsplicht niet vereist dat de overheid alle door de deelnemers opgeworpen argumenten of bezwaren uitdrukkelijk beantwoordt. Op grond van de formelemotiveringsplicht moet de rechtsonderhorige in de hem aanbelangende beslissing kunnen lezen op welke gronden de beslissing is gesteund, zodat hij met kennis van zaken kan oordelen of het zinvol is om tegen die beslissing op te komen. In het evaluatieverslag waarop de bestreden beslissing is gebaseerd, worden de redenen aangegeven waarom de verzoekende partij niet wordt geselecteerd. Daaruit blijkt ook dat de bezwaren van

de verzoekende partij in overweging werden genomen. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de beslissing tot niet-selectie van de verzoekende partij is ingegeven door het feit dat de verzoekende partij van oordeel is geen bijkomende bewijsstukken te moeten overleggen. De verzoekende partij heeft trouwens voorgesteld om het bewijs van de omzetcijfers in de latere fase van de procedure voor te leggen, wetende dat de procedure een tweefasige procedure is waarbij de deelnemers in de eerste fase (selectiefase) reeds dienen te voldoen aan de selectiecriteria. Er werd dan ook geoordeeld dat de verzoekende partij niet voldoet aan het betreffende selectiecriterium, daar zij heeft nagelaten om de daartoe vereiste bewijsstukken voor te leggen.

Vierde middelonderdeel

6.1. De verzoekende partij betoogt dat het op basis van het evaluatieverslag voor haar onmogelijk is om na te gaan welke aanvullende informatie de andere kandidaten hebben bezorgd, aangezien het evaluatieverslag slechts summier stelt dat het onderzoek van de verstrekte informatie tot het besluit leidt dat de aanvragen tot deelnemingen geselecteerd kunnen worden, en dat het nut van de ontbrekende informatie des te meer geldt omdat de verwerende partij in haar brief van 9 juni 2024 slechts “bewijsstukken” opvroeg en niet specificeerde welke type van bewijs van de kandidaten verwacht werd. Het is dus niet uitgesloten dat kandidaten werden geselecteerd op basis van bewijsstukken die minder garantie bieden en/of minder informatie geven dan de bewijsstukken die de verzoekende partij heeft aangeleverd. De verzoekende partij herinnert er verder aan dat op de aanbestedende overheid een verzwaarde (formele)motiveringsplicht geldt wanneer er problemen zijn gerezen tijdens het nazicht van de aanvragen tot deelneming. Op basis van het evaluatieverslag stelt zij vast dat geen enkele van de kandidaten de gevraagde bewijsstukken aan hun aanvraag tot deelneming toegevoegd hebben. Het is voor haar onmogelijk om te begrijpen hoe de verwerende partij met deze problemen is omgegaan. Het is in het bijzonder onmogelijk om na te gaan of de andere kandidaten op dezelfde wijze als zij behandeld werden, in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel. Bijgevolg is de formelemotiveringsplicht geschonden.

6.2. De verwerende partij repliceert dat de motiveringsplicht niet vereist dat het onderzoek naar de selectiecriteria *in extenso* wordt weergegeven in de bestreden beslissing. Het volstaat dat de aanbestedende overheid haar beslissing met redenen omkleedt, en dat uit die beslissing blijkt dat is nagegaan of de inschrijvers voldoen aan de selectiecriteria. Uit het administratief dossier blijkt dat zij het onderzoek omtrent de omzetcijfers heeft gedaan door aan alle deelnemers bewijsstukken op te vragen omtrent het onderzocht selectiecriterium. Met uitzondering van de verzoekende partij, die van oordeel was dat een éénzijdige verklaring op eer voldoende was, hebben alle deelnemers positief gereageerd op haar vraag om bewijsstukken.

Beoordeling

7.1. Luidens artikel 4, eerste lid, 5°, van de rechtsbeschermingswet stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat”.

De uitdrukkelijke motivering van de bestreden beslissing moet, om te voldoen aan de formelemotiveringsplicht, onder meer vervat in de geschonden geachte artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Hoewel om afdoende te zijn niet vereist is dat in de formele motivering alle argumenten van de rechtsonderhorige stuk voor stuk worden ontmoet, moet wel blijken dat die argumentatie daadwerkelijk bij de besluitvorming werd betrokken en moet kunnen worden achterhaald waarom de argumentatie niet wordt bijgevallen.

7.2. Artikel 67, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (‘KB Plaatsing’) luidt:

> “Met betrekking tot de economische en financiële draagkracht, kan de aanbestedende overheid eisen stellen om ervoor te zorgen dat ondernemers over de nodige economische en financiële draagkracht beschikken om de opdracht uit te voeren.
> In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer worden aangetoond door één of meer van de volgende referenties :
> 1° overlegging van jaarrekeningen of uittreksels uit de jaarrekeningen, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd publicatie van jaarrekeningen voorschrijft;
> 2° een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn;
> 3° het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's of, in voorkomend geval, een bankverklaring.
> Niettemin, wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende overheid gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere documenten die de aanbestedende overheid geschikt acht.”

7.3. Te dezen vereist het selectiecriterium met betrekking tot de economische en financiële draagkracht dat “[d]e inschrijver […] een minimale jaarlijkse omzet [moet] gerealiseerd hebben met betrekking tot het activiteitendomein in Europa die het voorwerp vormt van de opdracht voor elk van de laatste drie beschikbare boekjaren die minstens gelijk is aan : 100.000 euro op jaarbasis”.

De bestreden beslissing besluit tot de niet-selectie van de verzoekende partij omdat zij volgens de verwerende partij niet heeft aangetoond te voldoen aan het voormelde selectiecriterium van de economische en financiële draagkracht. De verwerende partij is van oordeel dat de verklaring op eer die de verzoekende partij met betrekking tot dit selectiecriterium heeft verstrekt, niet volstaat om “te rechtvaardigen” dat de verzoekende partij aan het selectiecriterium voldoet.

7.4. Uit de onder randnummer 7.2 geciteerde bepaling volgt dat de verklaring van de verzoekende partij betreffende de omzet van de bedrijfsactiviteit

die het voorwerp van de opdracht is (over de laatste drie beschikbare boekjaren) “in het algemeen” volstaat om aan te tonen dat aan het selectiecriterium inzake de economische en financiële draagkracht is voldaan.

7.5. Aangenomen dat de verwerende partij bijkomende bewijsmiddelen aangaande de omzet van de verzoekende partij vermocht te eisen, hetgeen de verzoekende partij betwist, komt het de Raad van State in de huidige stand van de rechtspleging voor dat daartoe afdoende redenen moeten worden aangevoerd. Zoals de verwerende partij in haar nota zelf aangeeft, is de bestreden beslissing op het evaluatieverslag van 5 juli 2024 (randnummer 3.13) gebaseerd. Daarin worden volgens haar de redenen aangegeven waarom de verzoekende partij niet wordt geselecteerd.

7.6. Vastgesteld zij dat de verzoekende partij er de verwerende partij op 12 juni 2024 heeft op gewezen dat met betrekking tot het economisch-financieel criterium normaal een verklaring op eer volstaat (randnummer 3.12). In lijn hiermee verwijst het evaluatieverslag van 5 juli 2024 naar artikel 67, § 1, 2°, KB Plaatsing, en vermeldt dit verslag uitdrukkelijk dat de kandidaten het bewijs kunnen leveren dat voldaan is aan het criterium van de economische en financiële draagkracht door “de verklaring betreffende […] de omzet op het gebied van de activiteiten waarop de opdracht betrekking heeft”. Volgens deze overwegingen lijkt de verwerende partij de bewijsregeling van artikel 67, § 1, 2°, KB Plaatsing voor de huidige selectieprocedure uitdrukkelijk bij te vallen en voldoende te achten. Verder evenwel eist het evaluatieverslag toch (bijkomende) “bewijsstukken” voor het voldaan zijn van het kwestieuze criterium. In dit verband verwijst het verslag louter naar het bericht van de verwerende partij aan de kandidaten van 9 juni 2024 (randnummer 3.9), waarbij de kandidaten “door de aanbestedende overheid werden uitgenodigd om het bewijs te leveren van drie afzonderlijke elementen met betrekking tot de laatste drie beschikbare boekjaren van hun onderneming”, waarbij wordt gespecificeerd “dat […] de bewijsstukken zelf [moeten] aantonen dat de activiteiten betrekking hebben op het werkterrein van de aanbesteding en dat deze in Europa worden uitgevoerd”. Aldus beoordeelt de verwerende partij de bewijsregeling van artikel 67, § 1, 2°, KB Plaatsing in het evaluatieverslag, enerzijds, uitdrukkelijk als voldoende en, anderzijds, als niet

toereikend, nu er (bijkomende) bewijsstukken worden geëist. Het lijkt een tegenstrijdige motivering in te houden.

Een en ander klemt te dezen nog meer, gelet op de door de verzoekende partij bijgebrachte referenties van gelijkaardige projecten met in Europa gevestigde bedrijven met budgetten van respectievelijk 660.000 euro en 350.000 euro (zie randnummer 3.8.2). De verzoekende partij heeft in haar mail aan de verwerende partij van 12 juni 2024 met betrekking tot het voldaan zijn van het economisch-financieel selectiecriterium (randnummer 3.12) uitdrukkelijk op deze referenties gewezen. Het bestreden besluit of het daarbij horende evaluatieverslag lijkt dit argument niet te hebben ontmoet.

De formele motivering van de bestreden beslissing komt gelet op wat voorafgaat op het eerste gezicht als niet afdoende en tegenstrijdig voor. Het houdt een *prima facie* schending van de formelemotiveringswet in. De *a posteriori*-motivering in de nota van de verwerende partij vermag dit gebrek niet goed te maken.

7.7. In de huidige stand van het geding wordt aangenomen dat de verzoekende partij niet op de hoogte is van de (afdoende) redenen waarom zij niet is geselecteerd, zodat zij deze redenen niet kon bekritiseren. De verzoekende partij heeft derhalve wel degelijk belangenschade geleden. De desbetreffende belangenexceptie van de verwerende partij is ongegrond.

8. In het licht van de *prima facie* niet afdoende formele motivering van de niet-selectie van de verzoekende partij, kan de Raad van State niet nagaan of alle inschrijvers op een gelijke manier werden behandeld, grief aan de orde in het vierde middelonderdeel. Op het eerste gezicht bevat het administratief dossier geen verdere inhoudelijke beoordeling van de door de andere kandidaten voorgelegde bijkomende bewijsstukken, die de conclusie van het evaluatieverslag zou rechtvaardigen dat zij aantonen aan het selectiecriterium omzet te voldoen. Op basis van de vertrouwelijke stukken kan op het eerste gezicht minstens de vraag worden gesteld of elke andere kandidaat die geen facturen voorlegde evident meer aantoont aan het kwestieuze selectiecriterium te voldoen dan de verzoekende partij. Zo lijkt minstens het antwoord van één van de wél geselecteerde kandidaten

in feite enkel beperkt tot een verklaring inzake de omzet per boekjaar in het kader van de voorgelegde referenties.

9. Het tweede en vierde onderdeel van het enig middel zijn in de aangegeven mate ernstig.

VI. Besluit

10. Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

VII. Kosten

11. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de niet gedateerde beslissing van de minister van Financiën, verzonden op 19 juli 2024 per e-mail, waarbij voor perceel 2 van de mededingingsprocedure met onderhandeling voor diverse diensten inzake informatieveiligheid voor de Federale Overheid (SECaaS; Controle en Audit) - S&L/DA/2023/04-1, PwC Entreprise Advisory bv niet wordt geselecteerd en Toreon, Sopra Steria Benelux, KPMG Advisory, Fujitsu Technology Solution, Deloitte Accountancy en Nviso Belgium wel worden geselecteerd.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op tweeëntwintig augustus tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Stephan De Taeye,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Elisabeth Impens	**Stephan De Taeye**