Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

A R R E S T

Nr. 145.382 van 3 juni 2005

A.84.973/VI-15.146

In zake: **DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP FABRICOM,**

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Johan VANDEN EYNDE en
Mr. Jean-Marc WOLTER, advocaten,
Kroonlaan 340,
1050 Brussel,

tegen:

DE BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Eerste Minister.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 25 juni 1999 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap FABRICOM de nietigverklaring vordert van artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging 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 telecommunicatie, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 28 april 1999;

Gelet op arrest nr. 114.150 van 27 december 2002, waarbij bevolen wordt de uitspraak op te schorten en prejudiciële vragen worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

Gelet op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 3 maart 2005;

Gelet op de beschikking van 3 mei 2005, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 25 mei 2005;

Gehoord het verslag van de heer LEWALLE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Jean-Marc WOLTER, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van de heer Claude DARDENNE, adviseur-generaal, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer THIBAUT, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de gegevens die dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep uiteengezet zijn in het voormelde arrest nr. 114.150; dat daaraan moet worden toegevoegd dat de bestreden bepaling vervangen is bij artikel 17 van het koninklijk besluit van 18 februari 2004 tot wijziging, wat het toegangsverbod tot bepaalde opdrachten en het invoeren van elektronische middelen betreft, van een aantal koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een KB dat in werking is getreden op 1 mei 2004; dat artikel 35 van dat koninklijk besluit bepaalt dat "de overheidsopdrachten gepubliceerd vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum uitgenodigd wordt om een offerte in te dienen of zich kandidaat te stellen, (...) onderworpen (blijven) aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging";

Overwegende dat bij datzelfde arrest de uitspraak is opgeschort en de volgende prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen:

" 1° Verzetten richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en

telecommunicatie, in het bijzonder artikel 4, lid 2, ervan, en richtlijn 98/4/EG van 16 februari 1998 van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de voormelde richtlijn 93/38/EEG, in samenhang met het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid en de eerbiediging van het eigendomsrecht, zoals met name gewaarborgd door het aanvullend protocol van 20 maart 1952 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zich ertegen dat een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van aan te besteden werken, leveringen of diensten, geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor deze aanneming van werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kon vervalsen?

2° Zou het antwoord op de vorige vraag anders luiden indien bovengenoemde richtlijnen, in samenhang met hetzelfde principe, dezelfde vrijheid en hetzelfde recht, aldus worden uitgelegd dat zij alleen van toepassing zijn op particuliere ondernemingen of op ondernemingen die prestaties onder bezwarende titel hebben verricht?

3° Kan richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, in het bijzonder de artikelen 1 en 2 ervan, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende overheid, tot aan het einde van de procedure van onderzoek van de offerten, kan weigeren dat een onderneming die gebonden is aan een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van de aan te besteden werken, leveringen of diensten, deelneemt aan de procedure of een offerte indient, wanneer deze onderneming, hierover ondervraagd door de aanbestedende overheid, verklaart dat zij hierdoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen?”

Overwegende dat het Hof van Justitie bij zijn arrest van 3 maart 2005 voor recht heeft verklaard:

" 1) Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, in het bijzonder artikel 3, lid 2, ervan, richtlijn 93/36/EEG van

de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, in het bijzonder artikel 5, lid 7, ervan, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, in het bijzonder artikel 6, lid 6, ervan, alsmede richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998, in het bijzonder artikel 4, lid 2, ervan, verzetten zich tegen een regel als die van artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging 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 telecommunicatie, en artikel 32 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, volgens welke een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor die werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concreet geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen.

2) Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, in het bijzonder de artikelen 2, lid 1, sub a, en 5 ervan, alsmede richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, in het bijzonder de artikelen 1 en 2 ervan, verzetten zich ertegen dat de aanbestedende dienst tot aan het einde van de procedure van onderzoek van de offerten kan weigeren dat een onderneming die gebonden is aan een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, deelneemt aan de procedure of een offerte indient wanneer deze onderneming, hierover ondervraagd door de aanbestedende overheid,

verklaart dat zij hierdoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen.";

Overwegende dat uit het voornoemde arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen blijkt dat het eerste middel, het tweede onderdeel van het tweede middel, en het derde middel van het beroep gegrond zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt artikel 65 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 telecommunicatie, zoals dat artikel vervangen is bij artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999.

Artikel 2.

Dit arrest zal bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt.

Artikel 3.

De kosten, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op drie juni tweeduizend vijf door:

de HH.	ANDERSEN,	voorzitter van de Raad van State,
	LEWALLE,	staatsraad,
	NIHOUL,	staatsraad,
	HARMEL,	griffier.

De Griffier, **De Voorzitter,**

P. HARMEL **R. ANDERSEN**

**VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.**