

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.541 van 7 mei 2021
in de zaak A. 228.887/XII-8791**

In zake : de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Eva Roels en Aurora Hoet
 kantoor houdend te 8500 Kortrijk
 Spinnerijstraat 99 bus 22
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV DENYS
2. de BVBA AELTERMAN
samen vormend een tv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 oktober 2019, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van 10 juli 2019 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent betreffende de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken met als titel “‘Restauratie beschermde gashouders’” Gasmeterlaan / Tondelierlaan, 9000 Gent’ houdende de niet-selectie van de offerte

van [...] de nv Monument Vandekerckhove, en houdende gunning van de opdracht aan de tv Denys – Aelterman”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 245.425 van 12 september 2019 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partijen hebben een memorie ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting die heeft plaatsgevonden op 27 april 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aurora Hoet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Gert Op de Beeck, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 voor werken uit met als voorwerp “Restauratie beschermde gashouders, Gasmeterlaan / Tondelierlaan, Gent – BOU/2016/030/ID 4080”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 december 2018 en gewijzigd bij bekendmaking van 5 februari 2019.

De plaatsingswijze is de openbare procedure met als enig gunningscriterium de laagste prijs.

De opdracht wordt geraamd op 4.265.221,01 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Inzake de selectiecriteria in het bestek BOU/2016/030/ID 4080 wordt onder meer het volgende vermeld:

“Technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)

* [...]

* Om de aanbestedende overheid in staat te stellen de technische of beroepsbekwaamheid betreffende restauratiewerken van de kandidaat/inschrijver na te gaan, worden volgende gegevens/documenten bij de offerte gevoegd (overeenkomstig de bepalingen in art 11.5.2 uit het erfgoeddecreet):

a) Kwalificaties

- studiekwalificaties: diploma's en studiecificaten van de uitvoerders en, in het bijzonder, van de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerkzaamheden;

- beroepskwalificaties: opgave van het aantal jaar relevante beroepservaring en/of getuigschriften;

[...]

b) Bewijs van algemene deskundigheid met betrekking tot de opdracht

Bij de offerte dient een referentielijst te worden toegevoegd van minstens 3 projecten van restauraties van geklasseerde monumenten met een zelfde

aard van werken, waaruit blijkt dat de inschrijver voldoende kennis en ervaring heeft in het uitvoeren van de verschillende restauratietechnieken, met vergelijkbare moeilijkheidsgraad, voor een bedrag groter of gelijk aan 85% van het inschrijvingsbedrag van het als monument geklasseerde gedeelte, gerealiseerd en opgeleverd tijdens de laatste 10 jaar. Bij deze referenties dienen de gegevens van de bouwheer, het gedeelte van de werken dat in onderaanneming werd gegeven (met inbegrip van vermelding naam onderaannemer), de processen-verbaal van oplevering en de getuigschriften van goede uitvoering te worden toegevoegd.

Voor de restauratietechniek klinknagelen dient de nodige ervaring te worden aangetoond aan de hand van minstens 1 referentie waarbij de montage van metalen spanten, liggers, platen, door middel van klinknagelen minimaal 100.000 euro bedraagt excl. btw. Deze referenties specifiek voor de restauratietechniek klinknagelen dienen geen klasse 7 te hebben voor de totaliteit van de opdracht.

Indien het klinknagelen wordt uitgevoerd in onderaanneming – zie ook punt c ivm gespecialiseerde werkzaamheden – dient per opgegeven onderaannemer een dergelijke referentie te worden voorgelegd.

c) Vermelding van het gedeelte van de opdracht dat de uitvoerder minstens in eigen beheer zal uitvoeren

Bij de offerte dient te worden vermeld welke werken de aannemer in eigen beheer zal uitvoeren en welke werken er aan onderaannemers zullen worden toevertrouwd.

In geval van onderaanneming voor gespecialiseerde werkzaamheden wordt een verklaring aan de offerte toegevoegd, overeenkomstig de bepalingen in art. 11.5.3 uit het erfgoeddecreet, met opgave van de onderaannemers conform dit artikel: per specialiteit worden minstens drie onderaannemers opgegeven, samen met de garantie dat met één van hen gewerkt zal worden. Die onderaannemers zijn onderworpen aan dezelfde criteria met betrekking tot de algemene deskundigheid en studie- en beroepskwalificaties als de uitvoerders.

De hier van toepassing zijnde categorie (M) van gespecialiseerde werkzaamheden is (zijn):

a) beheersmaatregelen, werkzaamheden of diensten aan:

12) industrieel erfgoed met inbegrip van installaties, uitrustingsstukken en onderdelen.

Vereiste erkenning van aannemers (categorie en klasse - de klasse wordt bepaald op het ogenblik van de gunning)

D24 (Restauratie van monumenten)

Klasse 7.”

3.3. Vier inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de tv Denys – Aelterman.

3.4. Na opening van de offertes vraagt de verwerende partij met brieven van 23 april 2019 en 20 mei 2019 documenten en toelichting aan de verzoekende partij onder meer inzake de technische bekwaamheid voor het

klinknagelen van de door de verzoekende partij voorgestelde onderaannemers. De verzoekende partij geeft telkens antwoord.

3.5. In het gunningsverslag van 26 juni 2019 wordt voorgesteld enkel de tussenkomende partijen te selecteren en de opdracht aan hen te gunnen. De verzoekende partij wordt aldus niet geselecteerd omdat slechts één van de drie door haar opgegeven onderaannemers voldoet aan de selectie-eisen. De twee andere onderaannemers voldoen niet omdat er diploma's ontbreken en referenties niet voldoen.

3.6. Op 10 juli 2019 gunt de verwerende partij onder verwijzing naar het gunningsverslag de opdracht aan de tussenkomende partijen.

3.7. Met een verzoekschrift van 21 augustus 2019 vordert de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

Bij arrest nr. 245.425 van 12 september 2019 verwerpt de Raad van State de vordering.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 78, eerste lid, en 81, §§ 1 en 2, 1°, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten', van artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het rechtszekerheidsbeginsel.

In essentie laat de verzoekende partij gelden dat zij ten onrechte niet is geselecteerd omdat twee van de drie door haar opgegeven onderaannemers op wiens draagkracht zij een beroep doet, niet aan de selectiecriteria voldoen. Zij meent dat de verwerende partij haar overeenkomstig artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de gelegenheid had moeten geven om andere onderaannemers voor te stellen ter vervanging van de onderaannemers die volgens de verwerende partij niet voldoen. De verwerende partij heeft dit echter nagelaten.

Zij merkt op dat zij belang heeft bij het middel. De toepassing van artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is volgens haar niet afhankelijk van de vraag van de inschrijver. Evenmin diende de verzoekende partij zelf meteen andere onderaannemers voor te stellen.

Voorts wijst zij erop dat in het arrest nr. 245.425 van 12 september 2019 waarbij de schorsingsvordering is verworpen, de Raad van State zich ten onrechte beroept op het arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2017, *Casertana Costruzioni srl*, C-223/16, EU:C:2017:685. Dit laatste arrest is immers gegrond op artikel 48, lid 3, van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ terwijl de problematiek van het recht van een ondernemer om zich voor een overheidsopdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ingrijpend gewijzigd is door artikel 63, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ (hierna: richtlijn 2014/24/EU) waar artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een overname van is.

Te dezen is er volgens de verzoekende partij overigens geen enkel risico op schending van het transparantiebeginsel of het gelijkheidsbeginsel, beginselen waar in het voormelde arrest van het Hof van Justitie streng aan wordt gehouden.

Wat het transparantiebeginsel betreft, was het immers voor alle inschrijvers duidelijk dat de vervangingsmogelijkheid bestond aangezien artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 van toepassing is. Evenmin is er een schending van het gelijkheidsbeginsel in het geding aangezien de vervanging van twee onderaannemers geen effect heeft op het enig gunningscriterium, de prijs, en de rangschikking er dan ook niet door wordt beïnvloed.

Volgens de verzoekende partij moet artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zo worden gelezen dat “het in principe van toepassing is en dat enkel uitzonderlijk de aanbesteder kan beargumenteren dat hij de vervanging niet toelaat, namelijk als [het gelijkheids-, het niet-discriminatie-, het transparantie- en het proportionaliteitsbeginsel] in het gedrang komen”.

5. De verwerende partij wijst op de overwegingen vervat in het arrest van de Raad van State nr. 245.425 van 12 september 2019 waarbij de schorsingsvordering is verworpen. Het kwestieuze artikel 73, § 1, is een overname van artikel 63, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn 2014/24/EU. Zij verwijst naar de ontstaansgeschiedenis van de kwestieuze alinea.

Het gelijkheids- en transparantiebeginsel in het overheidsopdrachtenrecht verhindert dat na indiening van de offertes een offerte nog wordt gewijzigd, standpunt dat in het arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2017, *Casertana Costruzioni srl*, C-223/16, EU:C:2017:685 wordt bevestigd. Weliswaar, zoals ook opgemerkt in dit arrest, is de problematiek van het recht van een ondernemer om zich voor een overheidsopdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ingrijpend gewijzigd, doch dit houdt volgens de verwerende partij niet in dat een aanbestedende overheid in elk geval verplicht is om een inschrijver hoe dan ook toe te laten in een vervanger te voorzien voor de in gebreke zijnde onderaannemers.

6. De tussenkommende partijen merken op dat het middel niet ontvankelijk is omdat de verzoekende partij er geen belang bij heeft. Tijdens de gunningsprocedure heeft de verzoekende partij immers de kans gehad om de

bewijsmiddelen van de door haar aangedragen onderaannemers aan te vullen en te preciseren en heeft zij voorts nooit te kennen gegeven dat zij op de vervanging van één of meerdere van haar onderaannemers zou aansturen.

Ten gronde merken de tussenkomenende partijen op dat een verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid tot vervanging slechts kan gelden “voor zover zij geen wijziging van de offerte impliceert, dan wel een regularisatie van een essentieel gebrek dat reeds van bij de indiening van die offerte voorlag”. “Een vervanging eisen van een derde entiteit((i.c. onderaannemer) die reeds op het ogenblik van het indienen van de offerte zelf niet voldeed aan de selectie-eisen, zou de inschrijver toestaan de offerte te wijzigen en te regulariseren”, wat de inschrijver een voordeel zou opleveren dat onverenigbaar is met de vereiste van de gelijke behandeling. De tussenkomenende partijen wijzen er nog op dat de lezing die de verzoekende partij geeft aan artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 onverenigbaar is met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake het gelijkheids- en transparantiebeginsel bij overheidsopdrachten.

Beoordeling

7. In tegenstelling tot hetgeen de tussenkomenende partijen hieromtrent doen gelden, heeft de verzoekende partij belang bij het middel. De omstandigheid dat zij niet spontaan de toepassing van artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft ingeroepen of dat zij niet zelf zou hebben aangestuurd op de vervanging van onderaannemers, is irrelevant in de mate dat het middel precies de draagwijdte van dit artikel betreft. De verzoekende partij betoogt immers dat het betrokken artikel een verplichting inhoudt voor de aanbestedende overheid om vervanging te vragen van de betrokken onderaannemers, hetgeen de verwerende partij en de tussenkomenende partijen ontkennen. In die zin hangt het belang samen met de grond van de zaak.

8. Zoals *sub* 3.2 is vermeld, laat het bestek toe dat een inschrijver zich beroept op de technische en beroepsbekwaamheid van andere entiteiten om aan te tonen dat hij beantwoordt aan de selectiecriteria. De verzoekende partij doet

hier een beroep op onderaannemers voor de restauratietechniek klinknagelen en voegt bij haar offerte drie verbintenissen waaruit mag worden afgeleid dat zij zich beroept op de draagkracht van deze onderaannemers. Na tweemaal bij de verzoekende partij te hebben geïnformeerd naar documenten inzake het aantonen van de technische bekwaamheid voor het klinknagelen bij de voorgestelde onderaannemers, besluit de aanbestedende overheid in het nazichtsverslag dat slechts één van de drie voorgestelde onderaannemers aan de selectievereisten voldoet. Die vaststelling wordt in de bestreden beslissing overgenomen.

9. De verzoekende partij merkt op dat zij het weliswaar niet eens is met de redenen waarom de twee onderaannemers niet werden aanvaard doch zij laat na de beslissing van de verwerende partij op dit punt te bekritisieren.

10. De verzoekende partij meent daarentegen dat de verwerende partij artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft geschonden, dat luidt:

“De aanbestedende overheid gaat overeenkomstig de artikelen 73 tot 76 van de wet na of de entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen en of voor hen uitsluitingsgronden bestaan, onverminderd de mogelijkheid tot corrigerende maatregelen overeenkomstig artikel 70 van de wet. De aanbestedende overheid eist dat de ondernemer een entiteit waartegen gronden tot uitsluiting bestaan als bedoeld in de artikelen 67 en 68 van de wet of die niet voldoet aan een toe te passen selectie criterium, vervangt. De aanbestedende overheid kan bovendien eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 69 van de wet aanwezig zijn, vervangt. Het niet ingaan op een verzoek tot vervanging geeft aanleiding tot een beslissing tot niet-selectie.”

In het verslag aan de Koning (Belgisch Staatsblad van 9 mei 2017, blz. 55374 e.v.) wordt bij dat artikel vermeld:

“Dit artikel geeft omzetting aan artikel 63 van de richtlijn 2014/24/EU en stemt overeen met artikel 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Het handelt over het geval van de kandidaat of inschrijver die zelf niet beantwoordt aan de selectiecriteria en die bijgevolg beroep doet op de draagkracht van derde entiteiten.

[...]

Volgens het tweede lid moet de aanbestedende overheid nagaan of de entiteiten op wiens draagkracht beroep wordt gedaan zich niet bevinden in een uitsluitingssituatie. Wanneer een verplichte uitsluitingsgrond vastgesteld werd, of een uitsluitingsgrond inzake fiscale of sociale schulden, in hoofde van de entiteit op wiens draagkracht beroep wordt gedaan, of dat deze laatste niet voldoet aan het selectie criterium betreffende de capaciteit waarop beroep wordt gedaan, moet de aanbestedende overheid diens vervanging eisen. Wanneer het echter gaat om een facultatieve uitsluitingsgrond, staat het de aanbestedende overheid vrij al dan niet diens vervanging te eisen, zonder verplichting daartoe. Daar dient nog aan toegevoegd dat wanneer de vervanging gevraagd wordt van een entiteit op wiens draagkracht beroep wordt gedaan, het uitblijven van deze vervanging aanleiding geeft tot een beslissing tot niet-selectie.”

11. Artikel 63, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn 2014/24/EU, waarnaar in het voormelde verslag wordt verwezen, luidt:

“De aanbestedende dienst gaat overeenkomstig de artikelen 59, 60 en 61 na of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen of dat er redenen zijn voor uitsluiting volgens artikel 57. De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt. De aanbestedende dienst kan eisen, of kan door de lidstaat worden opgelegd te eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, vervangt.”

In het voorstel van de Commissie is de inhoud van wat uiteindelijk deze alinea van de richtlijn zou worden, niet terug te vinden (COM(2011)896 def.). In het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité van 26 april 2012 wordt wel het volgende vermeld:

“Het EESC is voorts van mening dat de bepalingen voor onderaanneming versterkt moeten worden. Vele lagen van onderaanneming maken het moeilijk om de collectieve overeenkomsten, de arbeidsvoorwaarden en de procedures op het vlak van veiligheid en gezondheid toe te passen. Overheidsinstanties moeten meer bewegingsruimte krijgen om te kunnen garanderen dat opdrachten de sociale, milieu- en kwaliteitsdoelstellingen halen. De gegevens van de belangrijkste onderaannemers moeten voorgelegd worden alvorens de opdracht gegund wordt en de overheidsinstantie dient de verantwoordelijkheden en verplichtingen te specificeren om een doeltreffend toezicht op en een doeltreffende controle van de opdracht mogelijk te maken. De nodige mechanismen moeten ingevoerd worden opdat overheidsinstanties bepaalde onderaannemers

kunnen verbieden en verwerpen als er reden is tot bezorgdheid.” (Pb.C. 29 juni 2012, afl. 191, 91)

Na amendering door het Europees Parlement heeft het huidige artikel 63, lid 1, tweede alinea, vorm gekregen. In overweging 105 van de richtlijn wordt vermeld:

“Het is van belang dat de bevoegde nationale instanties, zoals arbeidsinspecties of milieubeschermingsagentschappen, binnen hun verantwoordelijkheden en bevoegdheden, er door passende maatregelen zorg voor dragen dat onderaannemers de op grond van Unierecht, nationaal recht, collectieve overeenkomsten of de in deze richtlijn genoemde internationale milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijke bepalingen vastgestelde verplichtingen op milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijk gebied naleven, mits die voorschriften, en hun toepassing, in overeenstemming zijn met het Unierecht.

Ook dient te worden gezorgd voor enige mate van transparantie van de onderaannesteding, omdat de aanbestedende diensten dan weten wie aanwezig is op bouwplaatsen waar te hunnen behoeve werken worden uitgevoerd, of welke ondernemingen diensten verrichten in of aan gebouwen, infrastructuur of zones, zoals stadhuizen, gemeentescholen, sportvoorzieningen, havens of autowegen, waarvoor de aanbestedende diensten verantwoordelijk zijn of waar zij rechtstreeks toezicht op uitoefenen. Bepaald moet worden dat de verplichting om de vereiste informatie te verstrekken in ieder geval op de hoofdaannemer rust, ofwel op grond van specifieke clausules die iedere aanbestedende dienst moet opnemen in de aanbestedingsprocedures, of op grond van verplichtingen die de lidstaten via algemeen toepasselijke bepalingen aan hoofdaannemers moeten opleggen.

Er moet verduidelijkt worden dat de voorwaarden omtrent het doen naleven van de verplichtingen op milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijk gebied die zijn vastgesteld op grond van Unierecht, nationaal recht, collectieve overeenkomsten en de in deze richtlijn genoemde internationale milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijke bepalingen, toepassing moeten vinden wanneer het nationale recht van een lidstaat voorziet in een regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid tussen onderaannemers en de hoofdaannemer. Voorts moet uitdrukkelijk worden bepaald dat lidstaten verder moeten kunnen gaan, bijvoorbeeld door de transparantieplichtingen uit te breiden, door rechtstreekse betaling aan onderaannemers toe te staan, of door toe te laten of te eisen dat de aanbestedende diensten nagaan of onderaannemers zich in een van de situaties bevinden waarin uitsluiting van ondernemers gerechtvaardigd is. Bij toepassing van die maatregelen op onderaannemers, moet worden gezorgd voor samenhang met de op hoofdaannemers toepasselijke bepalingen, zodat aan het bestaan van verplichte uitsluitingsgronden de eis wordt gekoppeld dat de hoofdaannemer de betrokken onderaannemer door een andere onderaannemer vervangt. Er moet worden bepaald dat de

aanbestedende diensten, wanneer bij controle blijkt dat er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, om vervanging van de onderaannemer kunnen verzoeken. Wel moet ook uitdrukkelijk worden bepaald dat de aanbestedende diensten kunnen worden verplicht de vervanging van de betrokken onderaannemer te eisen wanneer de uitsluiting van de hoofdaannemer in dergelijke gevallen verplicht zou zijn.”

12. In het voormelde arrest nr. 245.425 heeft de Raad van State de gevorderde schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen onder de prima-faciebeoordeling dat het uitgangspunt van het enig middel, namelijk dat aan een inschrijver onvoorwaardelijk de kans moet worden gegeven om een vervanging van een door hem voorgestelde onderaannemer voor te stellen en de aanbestedende overheid dit moet eisen, niet mocht worden bijgevalen en dat de aanbestedende overheid voor de toepassing van dit artikel een zekere beoordelingsruimte lijkt te hebben.

De verzoekende partij leest in artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat de aanbestedende overheid verplicht is aan een inschrijver te vragen de entiteit te vervangen waarop inzake draagkracht een beroep wordt gedaan en die niet voldoet aan het selectie criterium en dat enkel uitzonderlijk de aanbestedende overheid kan argumenteren dat zij de vervanging niet toestaat, namelijk als het gelijkheids-, het niet-discriminatie-, het transparantie- en proportionaliteitsbeginsel in het gedrang komen. Slechts indien de inschrijver niet op dit verzoek ingaat, mag de aanbestedende overheid, zo besluit de verzoekende partij, beslissen tot de niet-selectie van de inschrijver.

In de voorliggende zaak ten gronde rijst dan ook de vraag naar de draagwijdte van artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

13. Artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is de omzeggens woordelijke weergave van artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU. In die regeling wordt geen onderscheid gemaakt tussen opdrachten boven of onder de voor de Europese bekendmaking vastgestelde drempelwaarde. Te dezen betreft het een opdracht onder deze drempelwaarde. De

opdracht werd immers geraamd op 4.265.221,01 euro terwijl de drempelwaarde 5.548.000 euro zonder btw bedroeg.

Dat het Hof Unierechtelijke bepalingen uitlegt in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen, is volgens vaste rechtspraak van het Hof gerechtvaardigd wanneer deze bepalingen door het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde te waarborgen dat deze situaties op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die wel binnen de werkingssfeer van die bepalingen vallen (Arrest van 18 oktober 1990, Dzodzi, C- 297/88, EU:C:1990:360, punt 33 e.v., arrest van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító Zrt. e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, punt 20, arrest 4 april 2019, Allianz Vorsorgekasse AG, C-699/17, EU:C:2019:290, arrest van 10 september 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685, punt 21).

Aldus dient de draagwijdte van artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU te worden nagegaan.

14. De vraag rijst of de zin “De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt” in de kwestieuze richtlijn bepaling een verplichting op de aanbestedende dienst legt en dus een recht schept voor de inschrijver om de betrokken onderaannemer te mogen vervangen dan wel slechts de mogelijkheid schept voor de aanbestedende dienst – en zo ja in welke omstandigheden – om van de ondernemer te eisen dat hij tot vervanging overgaat. Voorts is aan de orde te weten of, in welke van de vorige hypotheses ook, er omstandigheden zijn waarin de aanbestedende dienst op grond van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie en van transparantie, zoals in functie van het verloop van de gunningsprocedure, niet (meer) moet dan wel niet (meer) mag eisen dat er tot een vervanging wordt overgegaan.

In het arrest nr. 245.425 van 12 september 2019 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing werd verworpen, oordeelde de Raad van State dat het middel, zoals in die procedure geformuleerd, niet mocht worden bijgevalen omdat artikel 73, § 1, tweede lid van

het koninklijk besluit plaatsing 2017 op het eerste gezicht niet zo mag worden geïnterpreteerd dat een ondernemer onvoorwaardelijk de vervanging van een door hem voorgestelde entiteit mag eisen en dat, zo lijkt, een aanbestedende dienst bij de toepassing van dit artikel een zekere beoordelingsruimte heeft.

Het middel, zoals thans in de onderhavige annulatieprocedure geformuleerd, is minder categorisch en erkent de rol van de beginselen inzake gelijkheid en transparantie.

Door het Hof van Justitie wordt in het arrest van 14 september 2017, *Casertana Costruzioni srl*, C-223/16, EU:C:2017:685, punt 26 – zie ook punt 36 in de conclusie van advocaat-generaal N. Wahl, EU:C:2017:365) en het arrest van 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 90 opgemerkt dat in artikel 63 van de richtlijn 2014/24/EU de problematiek inzake het recht van een ondernemer om zich voor een overheidsopdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten ingrijpend is gewijzigd.

In die omstandigheden is de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de richtlijn 2004/18/EG, zo lijkt, niet onverkort geldig.

De Raad van State meent dat artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/14/EU aldus dient te worden begrepen dat de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft, niet de verplichting, om van de ondernemer te eisen dat hij overgaat tot de vervanging van een entiteit op wiens draagkracht de ondernemer een beroep doet en die niet voldoet aan de selectievereisten. De aanbestedende overheid dient echter bij het uitoefenen van die mogelijkheid de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie in acht te nemen.

Volledigheidshalve wijst de Raad van State er nog op dat er naar zijn weten twee prejudiciële vragen nopens artikel 63 van richtlijn 2014/14/EU, namelijk met de zaaknummers C-210/20 en C-642/20, aanhangig zijn gemaakt bij het Hof van Justitie, die nog geen aanleiding hebben gegeven tot een arrest.

Uit al het voorgaande volgt dat het past om de in het beschikkend gedeelte van het huidige arrest geformuleerde vraag om uitlegging van de voormelde richtlijnbevestiging voor te leggen aan het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, artikel 29, § 1, *juncto* de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt:

“In casu wordt in het gunningsverslag zomaar besloten tot niet-selectie van verzoekster, en wordt op geen enkele wijze gemotiveerd waarom artikel 73, § 1, tweede lid van het KB Plaatsing niet werd toegepast. De formele motiveringsplicht is met andere woorden manifest geschonden.”

Beoordeling

16. Zoals bij het eerste middel is ook bij dit middel de beoordeling afhankelijk van de interpretatie die moet worden gegeven aan artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en dus aan artikel 63, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn 2014/24/EU.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt de volgende vraag gesteld:

“1/ Dient artikel 63, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ op zichzelf genomen en samengenomen met de draagwijdte van de Europeesrechtelijke beginselen, namelijk gelijkheid, non-discriminatie en transparantie inzake overheidsopdrachten, zo te worden geïnterpreteerd dat de aanbestedende dienst, indien hij vaststelt dat een entiteit op wiens draagkracht een ondernemer zich beroept, niet voldoet aan de selectiecriteria, verplicht is om de vervanging van die entiteit te vragen aan de ondernemer dan wel over de mogelijkheid beschikt om die vervanging te vragen wil de ondernemer worden geselecteerd?

2/ Zijn er omstandigheden waarin de aanbestedende dienst op grond van de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie, ook afhankelijk van het verloop van de gunningsprocedure, niet (meer) moet dan wel niet (meer) mag eisen dat er tot de vervanging wordt overgegaan?”

3. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt opgedragen om na ontvangst van het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie een aanvullend verslag op te stellen waarna de partijen in de gelegenheid worden gesteld onder de gebruikelijke procedurele voorwaarden een laatste memorie in te dienen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 mei tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, twaalfde kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest