RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.171 van 19 november 2021
in de zaak A. 220.959/XII-8274

In zake: 1. de BVBA RTS INFRA
2. de BVBA AANNEMINGSBEDRIJF NORRÉ-BEHAEGEL,
thans de nv Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Ruben Dewulf
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 januari 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, van het Vlaamse Gewest van 13 oktober 2016 waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken X40/N60/54 met betrekking tot de herinrichting van het kruispunt Nieuwe Steenweg (N60) en op- en afrit E17 in De Pinte wordt gegund aan de nv Stadsbader en niet aan de bvba RTS Infra en de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij tussenarrest nr. 244.404 van 7 mei 2019 heeft de Raad van State prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie).

Het Hof van Justitie heeft deze prejudiciële vragen beantwoord bij arrest van 14 januari 2021, zaak C-387/19.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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. Het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, van het Vlaamse Gewest schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit voor de herinrichting van het kruispunt Nieuwe Steenweg (N60) en de op- en afrit E17 in De Pinte.

3.2. De opdracht wordt gegund bij open aanbesteding. De bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen gebeurt op 11 mei 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 15 mei 2016.

3.3. In de aankondiging wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat de uitsluitingsgronden van artikel 61, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' van toepassing zijn.

Voorts wordt als minimumeis inzake technische bekwaamheid een erkenning in klasse 8, categorie C, vermeld.

3.4. Er worden zes offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partijen.

3.5. Op 13 oktober 2016 besluit de verwerende partij om de verzoekende partijen uit te sluiten van deelname aan de opdracht en om de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader, als laagste regelmatige inschrijver.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.6. De motivering in het gunningsverslag, dat in de gunningsbeslissing wordt bijgevallen, luidt:

> "Op grond van artikel 61, § 2, 4° van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om een inschrijver uit te sluiten

wanneer deze bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout begaat.
In het raam van de gunning van de huidige overheidsopdracht sluit de aanbestedende overheid de THV Norré Behaegel - RTS uit op grond van voornoemde bepaling. In het licht van de feiten, die hierna in concreto worden omschreven, kan de aanbestedende overheid, wanneer zij een goed beheer wil voeren, zich voor huidige opdracht niet binden aan de THV Norré - RTS. Deze feiten hebben immers het vertrouwen van de aanbestedende overheid in de THV Norré - RTS ernstig geschaad.
Beoordeling Norré- Behaegel:
De firma Norré-Behaegel wordt uitgesloten op grond van ernstige fouten die werden begaan tijdens de uitvoering van de opdracht 'Erpe-Mere N9 Gentsesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg/ N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)' met besteknr. 1M3D8H/13/12. Tijdens deze opdracht is de firma RTS opgetreden als onderaannemer.
In de uitvoering van de overheidsopdracht 'Erpe-Mere N9 Gentsesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg / N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)' heeft de aanbestedende overheid (Agentschap Wegen en Verkeer) in toepassing van artikel 20 van de Algemene aannemingsvoorwaarden gevoegd als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 24 processen-verbaal van ingebrekestelling en 32 processen-verbaal van vaststelling opgesteld.
Vijf processen-verbaal van ingebrekestelling hebben betrekking op veiligheid en gezondheid op de werf en behandelen in totaal 12 inbreuken hiertegen (met onder meer het niet gevolg geven aan opmerkingen van de veiligheidscoördinator). Op deze processen-verbaal werd er hetzij geen verweer ingediend, hetzij een verweer ingediend dat echter niet aanvaard kon worden. Al deze processen-verbaal werden bekrachtigd met een straf.
De veiligheid en gezondheid van de werknemers en personeel van de aanbestedende overheid vormen in de huidige aanneming, met werken op de snelweg en aan kunstwerken, een belangrijke zorg voor de aanbestedende overheid. Bij de evaluatie van de huidige inschrijving werd bovendien door de veiligheidscoördinator vastgesteld dat het bedrag dat door de THV Norré - RTS wordt voorzien voor veiligheid en gezondheid 'aan de lage kant' is (laagste van alle inschrijvers). De herhaalde inbreuken bij de uitvoering van de overheidsopdracht 'Erpe-Mere N9 Gentsesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg / N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)' en het lage bedrag dat voorzien is voor maatregelen inzake veiligheid en gezondheid in de huidige inschrijving, leiden er dan ook toe dat de overheid op dit vlak bijzondere twijfel heeft in de uitvoerder van de opdracht.
Zeven processen-verbaal van ingebrekestelling hebben betrekking op de wegsignalisatie van de wegenwerken (onder andere het afsluiten van wegen zonder vergunning). Op deze processen-verbaal werd er hetzij geen verweer ingediend, hetzij een verweer ingediend dat echter niet aanvaard kon worden. Al deze processen-verbaal werden bekrachtigd met een straf.
In de huidige aanneming moeten alle werken worden uitgevoerd op snelwegen en primaire wegen. Dit zijn wegen met een hoge verkeersbelasting waarop doorstroming, een goede verkeersgeleiding en,

opnieuw, veiligheid van cruciaal belang zijn. De herhaalde inbreuken bij de uitvoering van de overheidsopdracht 'Erpe-Mere N9 Gentsesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg / N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)' leiden er toe dat de aanbestedende overheid op dit vlak weinig vertrouwen heeft in de uitvoerder.

De 32 processen-verbaal van vaststelling hebben betrekking op diverse technische aspecten van de wegenbouw. De tekortkomingen omvatten alle mogelijke onderdelen van de weg, gaande van grondwerken, funderingen en waterafvoer tot en met de aanleg van de afwerkingslagen in beton en asfalt. Voor de inbreuken werden straffen en [sancties] toegepast. Al deze aspecten komen in zeer belangrijke mate ook voor in de huidige aanneming waardoor de aanbestedende overheid twijfels heeft bij de professionele bekwaamheid van de firma Norré-Behaegel voor de uitvoering van dergelijke allesomvattende werken.

Beoordeling RTS:

De firma RTS wordt uitgesloten op grond van ernstige fouten die werden begaan tijdens de uitvoering van de opdracht TV3V-dossier '4083: N35 Gaversesteenweg — Driesstraat — N494 Oudenaardsesteenweg — Rijbroekstraat — Ten Rodelaan' met besteknr. 1M3D8H/13/54.

In de uitvoering door de firma RTS van de overheidsopdracht 'TV3V-dossier '4083: N35 Gaversesteenweg — Driesstraat — N494 Oudenaardsesteenweg — Rijbroekstraat — Ten Rodelaan' heeft de aanbestedende overheid (Agentschap Wegen en Verkeer) in toepassing van artikel 20 van de Algemene aannemingsvoorwaarden gevoegd als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996, negen processen-verbaal van vaststelling en één proces-verbaal van ingebrekestelling opgesteld.

De negen processen-verbaal van vaststelling hebben voornamelijk betrekking op een gebrekkige technische uitvoering van zowel riolering, funderingen als afwerkingslagen in beton en asfalt. Het proces-verbaal van ingebrekestelling werd geschreven voor een slechte uitvoering van de riolering, die een onderspoeling heeft veroorzaakt met schade aan wegdek, waterleiding en naastgelegen woning.

Eén proces-verbaal van vaststelling heeft betrekking op het bodembeheerrapport. Hierin beweert de firma RTS dat er geen bodemoverschotten zijn afgevoerd, terwijl dat niet in overeenstemming was met de werkelijkheid. De regelgeving rond grondverzet is zeer strikt, met hoofdelijke aansprakelijkheid van zowel het personeel van de aanbestedende overheid als van de aannemer. In de huidige aanneming zijn er aanzienlijke grondwerken waardoor een nauwkeurige opvolging van het grondverzet vereist is. Het indienen van een niet correct bodembeheerrapport leidt ertoe dat er op dat vlak maar weinig vertrouwen is in de uitvoerder.

Conclusie:

De bovenvermelde opdrachten hebben alle betrekking op werken uit het programma 'TV3V' voor de heraanleg van gevaarlijke kruispunten en wegvakken in Vlaanderen, waartoe ook de huidige aanbesteding behoort.

De ernstige en herhaaldelijke contractuele tekortkomingen die in de bovenvermelde opdrachten werden vastgesteld, en zowel toe te schrijven

zijn aan de firma Norré-Behaegel als aan de firma RTS, leiden tot gegronde twijfels en onzekerheid omtrent de regelmatige uitvoering van de huidige opdracht indien deze aan de THV Norré — RTS zou worden toegekend. De THV bestaande uit beide firma's wordt bijgevolg wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening uitgesloten en uit de verdere gunningsprocedure geweerd."

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

Standpunt van de partijen vóór de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie

4. Voor de uiteenzetting van de standpunten van de partijen van vóór het arrest van het Hof van Justitie over het enig middel wordt in de eerste plaats verwezen naar het arrest nr. 244.404 van 7 mei 2019.

De verzoekende partijen voeren in essentie aan dat artikel 57, leden 4 tot 7, van 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) rechtstreekse werking heeft en van toepassing is op de voorliggende zaak. Zij menen dat deze bepalingen hen de mogelijkheid bieden om vooraleer te worden uitgesloten op grond van beweerde ernstige beroepsfouten, verweer te voeren waarin zij kunnen aantonen de problemen te hebben geremedieerd. Dit artikel voorziet volgens hen immers in een contradictoire procedure.

De verwerende partij voert in essentie aan dat het voormelde artikel 57 noch geheel, noch gedeeltelijk rechtstreekse werking heeft. Voorts meent zij dat in de lijn van dit artikel 57 en van artikel 70 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) de inschrijver op eigen initiatief de reinigende maatregelen moet aandragen die hij heeft genomen ter voorkoming van beroepsfouten. Ook betoogt zij dat op een

aanbestedende dienst die een uitsluitingsbeslissing wenst te nemen, in beginsel geen hoorplicht rust.

Standpunt van de partijen na het arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2021, zaak C-387/19, en na het aanvullend auditoraatsverslag

5. Bij arrest nr. 244.404 van 7 mei 2019 beslist de Raad van State de volgende prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie:

> "1. Moet het bepaalde in artikel 57, lid 4 c) en g) juncto lid 6 en 7 van de richtlijn2014/24/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 in die zin worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing waarbij de ondernemer verplicht wordt om op eigen initiatief het bewijs te leveren van de maatregelen die de ondernemer heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen?
> 2. Zo ja, hebben de bepalingen van 57, lid 4 c) en g) juncto lid 6 en 7 van de richtlijn 2014/24/EU aldus uitgelegd directe werking?"

6. Met arrest van 14 januari 2021, zaak C-387/19 (hierna: het arrest), beantwoordt het Hof van Justitie deze vragen als volgt:

> "1) Artikel 57, lid 6, van 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, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een praktijk waarbij een ondernemer bij de indiening van zijn verzoek tot deelname of zijn inschrijving spontaan het bewijs moet leveren van de corrigerende maatregelen die hij heeft genomen om aan te tonen dat hij betrouwbaar is ondanks het bestaan van een facultatieve uitsluitingsgrond die wordt genoemd in artikel 57, lid 4, van deze richtlijn, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening 2015/2170, wanneer uit de toepasselijke nationale regeling of de aanbestedingsstukken geen dergelijke verplichting voortvloeit. Artikel 57, lid 6, van deze richtlijn, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening 2015/2170, verzet zich daarentegen niet tegen een dergelijke verplichting wanneer zij duidelijk, nauwkeurig en eenduidig staat vermeld in de toepasselijke nationale regeling en

via de aanbestedingsstukken ter kennis van de betrokken ondernemer wordt gebracht.

2) Artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24, zoals gewijzigd bij gedelegeerde verordening 2015/2170, moet aldus worden uitgelegd dat het rechtstreekse werking heeft."

7. Na kennisgeving van het aanvullend auditoraatsverslag merkt de verwerende partij in haar laatste memorie het volgende op.

7.1. In de eerste plaats wijst zij op de problematiek van de toepasselijkheid van richtlijn 2014/24/EU en op wat in het arrest van het Hof van Justitie hierover is overwogen als volgt:

"Opmerkingen vooraf

21 Inleidend moet worden opgemerkt dat voor artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24, waarvan om uitlegging wordt verzocht, geen evenknie kan worden gevonden in de bepalingen van de Unieregelgeving inzake overheidsopdrachten die vóór de vaststelling en inwerkingtreding van deze richtlijn gold, zodat de prejudiciële vragen alleen relevant kunnen zijn indien deze richtlijn van toepassing is op de situatie in het hoofdgeding. De verwijzende rechter meent dat dit het geval is omdat de aankondiging is gepubliceerd op 11 en 13 mei 2016 en dus ná 18 april 2016, op welke datum richtlijn 2014/24 volgens artikel 90 ervan door de lidstaten moest zijn omgezet en deze richtlijn volgens artikel 91 ervan richtlijn 2004/18 heeft ingetrokken.

22 Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt evenwel dat de aankondiging is voorafgegaan door een vooraankondiging, die is bekendgemaakt op 17 oktober 2015, toen richtlijn 2004/18 nog van toepassing was.

23 In dit verband blijkt uit vaste rechtspraak dat de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op de datum waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. De bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na die datum is verstreken, zijn daarentegen niet van toepassing (arrest van 27 november 2019, Tedeschi en Consorzio Stabile Istant Service, C‑402/18, EU:C:2019:1023, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 In casu is de vooraankondiging bekendgemaakt vóór de uiterste datum voor omzetting van richtlijn 2014/24, en de aankondiging ná deze datum. Derhalve staat het aan de verwijzende rechter om te verifiëren op welke datum de aanbestedende dienst heeft gekozen

> welk type procedure hij ging volgen en definitief heeft uitgemaakt of er voor de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht een verplichting bestond om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen."

De verwerende partij verzoekt de Raad van State "om op grond van [haar] stukken 2 en 3 te willen oordelen dat richtlijn 2004/18 van toepassing is, hetgeen [door] het Hof van Justitie expliciet ter verificatie werd voorgelegd aan [de Raad van State]".

7.2. Voorts betwist zij dat artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde. Immers, zo betoogt zij, deze bepaling heeft geen onvoorwaardelijk of voldoende duidelijk karakter opdat de voorwaarden van rechtstreekse werking zouden zijn vervuld. Dit blijkt volgens de verwerende partij onder meer uit artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24/EU dat de lidstaten toelaat om niet alleen de procedurele maar ook de inhoudelijke voorwaarden voor de toepassing van de regeling inzake uitsluiting en self-cleaning te bepalen in het licht van de nationale behoeften en kenmerken. "Van een onvoorwaardelijke of voldoende duidelijke en nauwkeurige bepaling is aldus geen sprake".

De verwerende partij ziet bovendien niet in dat het loutere gegeven dat artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU een minimale waarborg zou inhouden, een rechtstreekse werking ervan zou verantwoorden. Dergelijke waarborg betekent immers niet automatisch dat ze onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig is.

Ook benadrukt de verwerende partij dat zij geen wetgevende bevoegdheid had om de richtlijnbepaling om te zetten in de interne rechtsorde.

7.3. Ten slotte betoogt de verwerende partij dat in het auditoraatsverslag wordt voorbijgegaan aan "de kern van deze vernietigingsprocedure", namelijk het feit dat de verzoekende partijen al te goed

wisten dat, gelet op de feitelijke antecedenten inzake gebreken bij opdrachten die tot hetzelfde programma ("TV3V") behoren, er bij de verwerende partij gegronde twijfels en onzekerheid omtrent een regelmatige uitvoering van de kwestieuze opdracht mocht zijn.

Er was volgens de verwerende partij dus een "redelijke voorspelbaarheid van de beslissing" tot uitsluiting van de verzoekende partijen.

De rol van de verzoekende partijen dient dan ook te worden verdisconteerd bij de beoordeling. Zo hadden de verzoekende partijen spontaan corrigerende maatregelen naar voor kunnen brengen. Voorts brengen de verzoekende partijen geen bewijs aan dat zij "krachtens de vereisten van loyaliteit en transparantie" alsnog binnen een redelijke termijn een bewijs van ondernomen corrigerende maatregelen hadden kunnen voorleggen. Het volstaat met andere woorden niet om pas na de eventuele vraag daartoe corrigerende maatregelen uit te voeren.

Afsluitend wijst de verwerende partij op een aantal redenen waarom "een lidstaat zou vereisen dat inschrijvers uit eigen beweging het bewijs leveren van zelfreinigende maatregelen".

8. De verzoekende partijen argumenteren dat richtlijn 2014/24/EU wel degelijk van toepassing is op de kwestieuze opdracht.

Wat de betwisting inzake de rechtstreekse werking van deze richtlijn betreft, wijzen de verzoekende partijen op de uitspraak van het Hof van Justitie. "Het Hof is [volgens de verzoekende partijen] in zijn arrest heel duidelijk omtrent de omvang van de rechten die de rechtssubjecten uit de Richtlijn kunnen putten. Het argument van de verwerende partij dat men de regeling inzake 'self cleaning' niet op eigen houtje kon toepass[en] is dan ook niet correct".

Ten slotte merken de verzoekende partijen op dat zij wel degelijk maatregelen hadden genomen om de eerdere problemen te vermijden maar dat zij "de mogelijkheid [moesten] krijgen om de door hen toentertijd reeds genomen maatregelen tijdig aan de verwerende partij over te maken".

Beoordeling

9. Het Hof van Justitie merkt in zijn arrest op dat in dit geval de vooraankondiging van de opdracht heeft plaatsgegrepen vóór de uiterste datum voor omzetting van richtlijn 2014/24/EU, terwijl de aankondiging dagtekent van na deze datum, en dat het derhalve aan de verwijzende rechter staat om te verifiëren op welke datum de aanbestedende dienst heeft gekozen welk type procedure hij ging volgen en definitief heeft uitgemaakt of er voor de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht een verplichting bestond om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen.

Uit de vooraankondiging op zich kan niet worden afgeleid welk type procedure de aanbestedende dienst heeft gekozen. Een loutere verwijzing bij die vooraankondiging naar de door richtlijn 2014/24/EU ingetrokken 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', houdt ook geen beslissing in over het type van procedure.

Overigens, zoals ook de verzoekende partijen opmerken, wordt er in de vooraankondiging op gewezen dat er nog geen bestek beschikbaar is.

Pas in de aankondiging, dus na de uiterste datum van omzetting van de richtlijn, wordt onder 'afdeling IV: Procedure' informatie verstrekt over welk type procedure de aanbestedende dienst zal volgen.

De verwerende partij brengt geen andere gegevens bij waaruit

een relevante beslissing, met een eerdere datum dan die van de aankondiging, zou blijken.

In die omstandigheden stelt de Raad vast dat de litigieuze opdracht onder toepassing valt van richtlijn 2014/24/EU.

10. Het Hof van Justitie besliste, wat de eerste prejudiciële vraag betreft, dat artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een praktijk waarbij een ondernemer bij de indiening van zijn verzoek tot deelname of zijn inschrijving spontaan het bewijs moet leveren van de corrigerende maatregelen die hij heeft genomen om aan te tonen dat hij betrouwbaar is ondanks het bestaan van een facultatieve uitsluitingsgrond die wordt genoemd in artikel 57, lid 4, van deze richtlijn, wanneer uit de toepasselijke nationale regeling of de aanbestedingsstukken geen dergelijke verplichting voortvloeit. Voorts beslist het Hof van Justitie dat artikel 57, lid 6, van deze richtlijn zich daarentegen niet verzet tegen een dergelijke verplichting wanneer zij duidelijk, nauwkeurig en eenduidig staat vermeld in de toepasselijke nationale regeling en via de aanbestedingsstukken ter kennis van de betrokken ondernemer wordt gebracht.

Noch het bestek, noch de op dat ogenblik toepasselijke nationale regelgeving verwijzen naar een verplichting die gold voor de verzoekende partijen om bij de indiening van hun inschrijving spontaan het bewijs te leveren van de corrigerende maatregelen die zij hebben genomen om aan te tonen dat zij betrouwbaar zijn ondanks het bestaan van een op hen toepasselijke facultatieve uitsluitingsgrond, of naar een mogelijkheid om dit bewijs in een later stadium van de procedure aan te brengen. De beginselen van transparantie en gelijke behandeling vereisen nochtans – zoals het Hof in zijn arrest opmerkt onder punt 36 – dat, als de inschrijver het bewijs spontaan moet leveren bij de inschrijving, zonder mogelijkheid om dit bewijs in een later stadium van de procedure aan te brengen, hij vooraf op een duidelijke, nauwkeurige en eenduidige wijze op de hoogte wordt gebracht van een dergelijke verplichting.

Met het Hof van Justitie – punt 39 van het arrest – dient immers te worden vastgesteld dat artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU weliswaar in nationaal recht werd omgezet door artikel 70 van de wet overheidsopdrachten 2016, dat bepaalt dat het bewijs van de corrigerende maatregelen moet worden geleverd op initiatief van de ondernemer, maar dat deze wet nog niet in werking was getreden toen de aankondiging werd bekendgemaakt en evenmin toen de verzoekende partijen hun inschrijving indienden. In het bestek werd dus nog niet verwezen naar het voormelde artikel 70.

Zoals wordt opgemerkt in het arrest van het Hof van Justitie – punt 39 – wordt voorts in het bestek weliswaar verwezen naar de uitsluitingsgronden die onder de toenmalige nationale regeling golden, maar wordt nergens uitdrukkelijk aangegeven dat de betrokken ondernemer het bedoelde bewijs spontaan moet leveren.

Met het Hof – punt 40 van het arrest – dient dan ook te worden vastgesteld dat, onverminderd de verplichting die de verzoekende partijen krachtens de vereisten van transparantie en loyaliteit hadden om de aanbestedende dienst te informeren over de ernstige beroepsfouten die zij hadden begaan bij de uitvoering van eerdere, door dezelfde aanbestedende dienst gegunde opdrachten, zij in de gegeven omstandigheden alleen al op grond van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU redelijkerwijs mochten verwachten dat de aanbestedende dienst hun later zou vragen om het bewijs te leveren van de corrigerende maatregelen die zij hadden genomen om de enige facultatieve uitsluitingsgrond die deze dienst kon aanvoeren, te verhelpen.

Nu niet blijkt dat de verzoekende partijen de kans hebben gekregen om de maatregelen te doen gelden en te laten onderzoeken die volgens hen de betrokken uitsluitingsgrond kunnen verhelpen, blijkt de doelstelling van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU, zoals door het Hof van Justitie in zijn arrest onder punt 29 toegelicht, niet te zijn bereikt.

Voorts benadrukt het Hof van Justitie – punt 37 van het arrest – dat, zelfs ingeval een lidstaat een verplichting oplegt tot spontane bewijslevering, het recht om te worden gehoord, impliceert dat de ondernemers hun standpunt in hun verzoek of hun inschrijving op nuttige en efficiënte wijze kenbaar moeten kunnen maken. Daartoe moeten zij zelf, op grond van de informatie in de aanbestedingsstukken en de nationale regeling ter zake, kunnen uitmaken welke uitsluitingsgronden de aanbestedende dienst tegen hen kan aanvoeren.

In het tussenarrest nr. 244.404 van 7 mei 2019 in de voorliggende zaak merkt de Raad van State op dat hoewel een onderneming zelf op de hoogte is van de in het verleden door haar gestelde handelingen, zeker wanneer die aanleiding hebben gegeven tot een proces-verbaal van ingebrekestelling of zelfs vaststelling en nog meer wanneer die aanleiding hebben gegeven tot een sanctie, de kwalificatie ervan als “ernstige fout” door de aanbestedende dienst niet steeds voorzienbaar is voor de betrokken inschrijver.

Het Hof van Justitie verwijst – punt 41 van het arrest – uitdrukkelijk naar zijn arrest van 3 oktober 2019, zaak C-267/18, inzake Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93. Het merkt op dat uit de punten 34 tot en met 37 van dit laatste arrest – dat betrekking had op een nationale regeling die niet bepaalde of de ondernemer de corrigerende maatregelen al dan niet spontaan diende te bewijzen en in welk stadium van de procedure dit diende te gebeuren, zoals te dezen ook het geval – blijkt dat ondernemers de aanbestedende dienst weliswaar reeds bij de indiening van hun verzoek tot deelname of hun inschrijving op de hoogte moeten brengen van een eventuele beëindiging van een eerdere opdracht wegens ernstige tekortkoming, maar dat de aanbestedende dienst, indien hij een uitsluitingsgrond ziet in die beëindiging of in het achterhouden van informatie daarover, de betrokken ondernemers de kans moet geven om de door hen genomen corrigerende maatregelen te bewijzen.

Hoewel er in de voorliggende zaak sprake blijkt te zijn geweest

van een groot aantal processen-verbaal van ingebrekestelling en processen-verbaal van vaststelling, die ook aanleiding blijken te hebben gegeven tot sancties, konden de verzoekende partijen niet met zekerheid vaststellen of hun vroegere gedragingen door de verwerende partij zouden worden beschouwd als een ernstige fout die hun integriteit in twijfel kon trekken.

Hierbij komt dat deze beslissing tot uitsluiting blijkbaar ook de eerste was waarbij deze handelingen door de verwerende partij als “ernstige fout” werden gekwalificeerd.

De argumentatie van de verwerende partij in haar laatste memorie dat de verzoekende partijen hebben nagelaten spontaan corrigerende maatregelen naar voor te brengen, kan dan ook niet worden bijgevallen.

Overigens, zelfs indien te dezen zou worden aangenomen dat de kwalificatie als “ernstige fout” wel afdoende voorzienbaar was voor de verzoekende partijen, neemt dit hoe dan ook niet weg – zoals in het voormelde arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2021 is opgemerkt – dat het voor hen niet voorzienbaar was dat zij het bewijs van de corrigerende maatregelen enkel spontaan konden leveren bij indiening van de offerte, zonder mogelijkheid om dit bewijs in een later stadium van de procedure bij te brengen. De verwerende partij heeft de verzoekende partijen dan ook niet de kans geboden om corrigerende maatregelen voor te stellen. De argumentatie van de verwerende partij in haar laatste memorie dat de verzoekende partijen hoe dan ook geen bewijs van ondernomen corrigerende maatregelen bijbrengen, kan dan ook evenmin overtuigen.

In die omstandigheden staat het vast dat de door de verwerende partij gevolgde praktijk strijdt met artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU, het gelijkheids- en transparantiebeginsel en het recht om te worden gehoord.

11. Inzake de tweede prejudiciële vraag merkt het Hof van Justitie

op – punt 48 van het arrest – dat artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU, door te bepalen dat elke ondernemer mag bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks een toepasselijke uitsluitingsgrond, ondernemers een recht verleent dat in ondubbelzinnige bewoordingen is geformuleerd en de lidstaten een resultaatsverplichting oplegt die, hoewel de materiële en procedurele toepassingsvoorwaarden daarvoor volgens artikel 57, lid 7, van deze richtlijn moeten worden vastgesteld door de lidstaten, niet in intern recht hoeft te worden omgezet om door de betrokken ondernemer te kunnen worden ingeroepen en te zijnen behoeve te worden toegepast.

Aan de bescherming die artikel 57, lid 6, van deze richtlijn aldus biedt en die losstaat van de beoordelingsmarge die aan de lidstaten wordt gelaten bij de vaststelling van de procedurele voorwaarden van deze bepaling – punt 49 van het arrest – is door het Hof van Justitie, in tegenstelling tot wat de verwerende partij in haar laatste memorie betoogt, rechtstreekse werking toegekend. Dat de verwerende partij, volgens de interne bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten, zelf niet bevoegd was om de richtlijnbepalingen om te zetten in intern recht, is geen vrijgeleide om de richtlijnbepaling die rechtstreekse werking heeft, niet na te komen.

Aldus blijkt dat de verzoekende partijen zich voor de Raad van State tegenover de verwerende partij rechtstreeks op een schending van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU mogen beroepen.

12. Het besluit is dan ook dat het enige middel gegrond is in de mate dat een schending wordt aangevoerd van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU, het gelijkheids- en transparantiebeginsel en het recht om te worden gehoord.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, van het Vlaamse Gewest van 13 oktober 2016 waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken met betrekking tot de herinrichting van het kruispunt Nieuwe Steenweg (N60) en op- en afrit E17 in De Pinte wordt gegund aan de nv Stadsbader.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partijen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien november tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Greta Scheveneels **Paul Lemmens**