RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 254.492 van 14 september 2022
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

Tussenkomende 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 […] '"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. Met tussenarrest nr. 250.541 van 7 mei 2021 heeft de Raad van State een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie).

Het Hof van Justitie heeft deze prejudiciële vraag beantwoord met een beschikking van 6 oktober 2021 (zaak C-316/21).

Auditeur Frederic Eggermont heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verwerende partij en de tussenkomende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juni 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

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

Eerste 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 wordt in het bestek BOU/2016/030/ID 4080 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 studiecertificaten 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 worden drie van de vier inschrijvers niet geselecteerd voor de betrokken opdracht omdat de bij de offerte gevoegde of nadien bijkomend opgevraagde documenten betreffende de technische bekwaamheid in verband met klinknagelen niet werden bezorgd of niet voldoen aan de eisen in het lastenboek.

Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt geconcludeerd dat van de drie verplicht op te geven onderaannemers slechts één voldoet aan de vereisten van algemene deskundigheid en studie- en beroepskwalificaties "conform de bepalingen opgenomen in punt 1.5.a) kwalificaties van de administratieve bepalingen" en aan de vereiste van één specifieke referentie voor klinknagelen per onderaannemer van minimaal 100.000 euro. Voor de twee andere opgegeven onderaannemers ontbreken gegevens omtrent de referentie en de studie- en beroepskwalificaties.

De motivering in verband met de offerte van de verzoekende partij luidt meer bepaald als volgt:

> "Monument Vandekerckhove nv:
> - Beoordeling documenten ingediend als bijlage bij de offerte:
> - o Technische bekwaamheid ivm klinknagelen: opgave van 3 onderaannemers en een aantal referenties (inclusief de verbintenis met elk van de onderaannemers), maar er wordt niet vermeld welke onderaannemer bij welke referentie hoort. De studie- en beroepskwalificaties van de opgegeven onderaannemers ontbreken volledig.
> - De volgende ontbrekende documenten werden per aangetekend schrijven dd 23/04/2019 opgevraagd:
> - o Technische bekwaamheid ivm klinknagelen: de vereiste studie- en beroepskwalificaties van de opgegeven onderaannemers cfr art. 11.5.3 uit het erfgoeddecreet + op te geven welke referentie bij welke onderaannemer hoort.
> - De volgende documenten betreffende de technische bekwaamheid ivm klinknagelen werden dd 03/05/2019 bezorgd:
> - o Opgave van 3 onderaannemers en verklaring dat op 1 of meerdere van deze firma's beroep zal worden gedaan.
> - o Opgave van referenties klinknagelen per opgegeven onderaannemer.
> - Beoordeling van de opgegeven referenties en attesten van de onderaannemers:
> - o Anders Construct bvba:
> - • De studie- en beroepskwalificaties ontbreken.

- De opgegeven referentie ‘Brussel Legermuseum’ voldoet op basis van de verstrekte gegevens.

o APDF-Craft Heritage:
- De studie- en beroepskwalificaties ontbreken.
- De opgegeven referentie ‘Reconstruction à l’ancienne d’un Auvent in Brussel’ voldoet niet op basis van de verstrekte gegevens (project is nog in uitvoering + bedrag klinknagelen is kleiner dan 100.000€).

o Laremans Geert:
- De studie- en beroepskwalificaties ontbreken.
- De opgegeven referentie ‘Reconstructie van de roofvogelvolière in de Zoo van Antwerpen’ voldoet niet op basis van de verstrekte gegevens (project was nog in uitvoering op het moment van de aanbesteding + bedrag klinknagelen is kleiner [d]an 100.000€).

- Na beoordeling van de bezorgde documenten werden bijkomend de volgende documenten betreffende de technische bekwaamheid ivm klinknagelen opgevraagd dd 20/05/2019:

o Betreffende alle drie de voorgestelde onderaannemers:
- De documenten voor het aantonen van de algemene deskundigheid en studie- en beroepskwalificaties als de uitvoerders, conform de bepalingen opgenomen in punt l.5.a) kwalificaties van de administratieve bepalingen.

  Omvattende:
  - studiekwalificaties: diploma's en studiecertificaten 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.

o Verdere verduidelijking van de referentie van APDF-Craft Heritage:
- gedetailleerde beschrijving van de uitgevoerde werken met de waarde hiervan
- aandeel van de tot op heden uitgevoerde werken (wegens ‘werken nog deels in uitvoering’)
- de juridische samenstelling van APDF-Craft Heritage

- De volgende documenten betreffende de technische bekwaamheid ivm klinknagelen werden dd 29/05/2019 bezorgd:

o Anders Construct bvba:
- De studie- en beroepskwalificaties van de firma Anders Construct voldoen.
- Conclusie: Deze onderaannemer voldoet aan de vereisten van de selectiecriteria.

o APDF-Craft Heritage:
- Verduidelijking juridische samenstelling van APDF-Craft Heritage: het betreft 2 aparte firma’s die voor eventuele uitvoering van de werken een Tijdelijke Handelsvennootschap zouden oprichten.
- De studie- en beroepskwalificaties van de firma Craft Heritage voldoen; van de firma APDF ontbreken de diploma's.
- Bijkomend wordt aangegeven dat de firma APDF-Craft Heritage kan beroep doen op de firma ‘Fakom AD - Skopje’ uit Macedonië voor de levering van de metaalelementen en dat de firma APDF-Craft Heritage als tussenfirma zal optreden. Deze info lijkt ons

enerzijds niet relevant betreffende de vereisten voor het klinknagelen, anderzijds werd deze nieuwe informatie als post factum bezorgd.

- Voor de firma Craft Heritage wordt een algemene lijst van referenties bezorgd. Op basis van de bezorgde informatie kan echter niet worden aangetoond dat deze referenties relevant zijn (toepassing van klinknagels, montage van minstens 100.000€).
- Van de reeds opgegeven referentie 'Reconstruction à l'ancienne d'un Auvent in Brussel' wordt een beschrijving van de fasering van de werken toegevoegd met foto's, plannen en detailtekeningen en een overzicht van de bedragen per categorie. Het aandeel klinknagelen kan hier niet uit worden afgeleid. Er wordt bevestigd dat deze werken nog in volle uitvoering zijn en dat er momenteel wordt gestart met de montage van de elementen.
- Conclusie: Van deze onderaannemer ontbreken gegevens omtrent de bijkomende referenties van Craft Heritage, wordt niet aangetoond dat de eerder opgegeven referentie voldoet en ontbreken de diploma's van de firma APDF. Op basis van de verstrekte gegevens is niet voldaan aan de eisen van het bestek.

o Laremans Geert:

- De studie- en beroepskwalificaties zijn niet volledig: enkel de diploma's en aantal jaren ervaring van het kader werden bezorgd; op de lijst van het personeel staan geen vermeldingen van diploma's of werkervaring.
- Conclusie: Van deze onderaannemer ontbreken gegevens omtrent de studie- en beroepskwalificaties en werd geen referentie voorgelegd die voldoet aan de eisen van het bestek.

- Conclusie: van de 3 verplicht op te geven onderaannemers voldoet slechts l aan de vereisten van de selectiecriteria waardoor de inschrijver niet voldoet aan de selectiecriteria."

Er wordt bijgevolg voorgesteld enkel de tussenkomende partijen te selecteren en de opdracht aan hen te gunnen.

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

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.7. Bij arrest nr. 245.425 van 12 september 2019 verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen.

3.8. De Raad van State stelt bij tussenarrest nr. 250.541 van 7 mei 2021 de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie:

> "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?"

3.9. Bij beschikking van 6 oktober 2021 in de zaak C-316/21 antwoordt het Hof van Justitie op deze prejudiciële vragen:

> "Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met de in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn neergelegde beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en proportionaliteit, aldus moet worden uitgelegd dat wanneer de aanbestedende dienst constateert dat een entiteit op wier draagkracht een ondernemer een beroep wil doen, niet voldoet aan de selectiecriteria, er dan zijdens die dienst sprake is van een verplichting dan wel de mogelijkheid om van die ondernemer te verlangen dat hij die entiteit vervangt indien hij wil voorkomen dat hij wordt uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de betreffende overheidsopdracht.
>
> […] In dit verband zij opgemerkt dat een ondernemer volgens artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 het recht heeft om voor een bepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten, om te voldoen aan de in artikel 58, lid 3, van die richtlijn bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, ervan bedoelde criteria inzake technische en beroepsbekwaamheid (arresten van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 150).
>
> […] De ondernemer die zich op dit recht wenst te beroepen, dient volgens artikel 59, lid 1, van richtlijn 2014/24 bij de indiening van zijn verzoek tot deelname of zijn inschrijving een UEA aan de aanbestedende dienst te verstrekken, waarin deze ondernemer verklaart dat zowel hijzelf als de

entiteiten op wier draagkracht hij een beroep wil doen, voldoen aan de overeenkomstig artikel 58 van die richtlijn vastgestelde toepasselijke selectiecriteria en zich voorts niet bevinden in een van de in artikel 57 van de richtlijn genoemde situaties op basis waarvan ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten. Zoals in overweging 84, derde alinea, van richtlijn 2014/24 te lezen staat, moet het UEA de nodige informatie bevatten over de entiteiten op wier draagkracht een ondernemer een beroep doet, opdat de informatie over die entiteiten tegelijkertijd en onder dezelfde voorwaarden kan worden gecontroleerd als die over de ondernemer.
[…] Het staat volgens artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 dan aan de aanbestedende dienst om te verifiëren of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer een beroep wil doen, overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 van deze richtlijn voldoen aan de toepasselijke selectiecriteria, en of er ten aanzien van de ondernemer zelf of die entiteiten uitsluitingsgronden bestaan als bedoeld in artikel 57 van de richtlijn.
[…] In dit verband blijkt uit de bewoordingen van artikel 63, lid 1, tweede alinea, tweede volzin, van richtlijn 2014/24 dat de aanbestedende dienst met name eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een selectiecriterium vervangt. Deze bepaling laat de aanbestedende dienst dan ook geen enkele beoordelingsmarge en verplicht hem om van een ondernemer te eisen dat hij een entiteit op wier draagkracht hij een beroep wil doen, vervangt wanneer die entiteit niet voldoet aan een selectiecriterium.
[…] Een dergelijke uitlegging is des te meer geboden omdat een regularisatie in beginsel ondenkbaar lijkt in een situatie waarin een entiteit op wier draagkracht een ondernemer een beroep wil doen, niet voldoet aan een door de aanbestedende dienst gestelde voorwaarde inzake diploma of beroepservaring.
[…] Hieruit volgt dat het in artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 opgenomen mechanisme van herstelmaatregelen (self-cleaning) in die context ongeschikt blijkt te zijn en niet van toepassing is, zodat de aanbestedende dienst geen ander alternatief heeft dan de betrokken ondernemer te verplichten de entiteit op wier draagkracht hij een beroep wilde doen te vervangen.
[…] De gehanteerde uitlegging van artikel 63, lid 1, tweede alinea, tweede volzin, van richtlijn 2014/24 draagt er bovendien aan bij dat aanbestedende diensten het proportionaliteitsbeginsel overeenkomstig artikel 18, lid 1, van deze richtlijn eerbiedigen, aangezien op deze manier wordt voorkomen dat een ondernemer die een beroep wilde doen op de draagkracht van andere entiteiten bij voorbaat moet worden uitgesloten omdat die entiteiten niet voldoen aan de selectiecriteria.
[…] Opgemerkt moet evenwel worden dat wanneer de aanbestedende dienst van een inschrijver eist dat hij een entiteit op wier draagkracht hij een beroep wil doen, vervangt, deze aanbestedende dienst er overeenkomstig de in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 vermelde beginselen van transparantie en gelijke behandeling voor moet zorgen dat de vervanging van de betrokken entiteit niet leidt tot een substantiële wijziging van de offerte van die inschrijver (arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 42).

[…] De verplichting voor de aanbestedende dienst om het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers te eerbiedigen, dat tot doel heeft de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en dat de essentie zelf vormt van de Uniebepalingen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, betekent immers met name dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offerten voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst. Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting verzetten zich dan ook tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Derhalve mag, net als bij een verzoek om een inschrijving toe te lichten, een verzoek van een aanbestedende dienst om een entiteit op wier draagkracht een inschrijver een beroep wil doen, te vervangen, er niet toe leiden dat de inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient doordat de oorspronkelijke inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd (arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punten 43 en 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[…] Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met de in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn neergelegde beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en proportionaliteit, aldus moet worden uitgelegd dat wanneer de aanbestedende dienst constateert dat een entiteit op wier draagkracht een ondernemer een beroep wil doen, niet voldoet aan de selectiecriteria, er dan zijdens die dienst sprake is van een verplichting om van die ondernemer te verlangen dat hij die entiteit vervangt indien hij wil voorkomen dat hij wordt uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de betreffende overheidsopdracht.

[…]

Het Hof (Negende kamer) verklaart voor recht:

Artikel 63, lid 1, tweede alinea, 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, gelezen in samenhang met de in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn neergelegde beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en proportionaliteit, moet aldus worden uitgelegd dat wanneer de aanbestedende dienst constateert dat een entiteit op wier draagkracht een ondernemer een beroep wil doen, niet voldoet aan de selectiecriteria, er dan zijdens die dienst sprake is van een verplichting om van die ondernemer te verlangen dat hij die entiteit vervangt indien hij wil voorkomen dat hij wordt uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de betreffende overheidsopdracht.”

IV. Onderzoek van het 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.

5. Voor het standpunt van de partijen over de rechtsvraag die alsdan heeft geleid tot het stellen van de voormelde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, wordt verwezen naar arrest nr. 250.541 van 7 mei 2021.

6. In haar laatste memorie, neergelegd na het aanvullend auditoraatsverslag dat werd opgesteld na ontvangst van de beschikking van het Hof van Justitie, betoogt de verwerende partij dat de interpretatie die wordt gegeven aan artikel 63, lid 1, tweede alinea, 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) onverenigbaar is met de grondbeginselen van gelijkheid en non-discriminatie zoals vervat in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, omdat het een inschrijver wiens initiële offerte niet voldeed om te worden

geselecteerd “toelaat hieraan te verhelpen door diens offerte na indiening ervan nog te wijzigen”.

De verwerende partij stelt dat er sprake is van een cirkelredenering nu het Hof van Justitie erop wijst dat de vervanging van de externe entiteit na indiening van de offerte niet mag leiden tot een substantiële wijziging van de offerte, terwijl, wanneer de externe draagkracht na indiening wordt gewijzigd, er steeds sprake is van een substantiële wijziging van de offerte, zeker wanneer die daardoor wel selecteerbaar wordt. Zij besluit dat artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU strijdt met de fundamentele grondrechten van de Europese Unie, en verzoekt de Raad “dit alsnog te willen vaststellen”.

7. De tussenkomende partijen doen in hun laatste memorie, neergelegd na voornoemd aanvullend auditoraatsverslag, gelden dat het Hof een zeer duidelijk voorbehoud stelt: “[h]oewel het verzoek tot vervanging volgens het Hof van Justitie een gebonden bevoegdheid blijkt, is het nog steeds een verplichting van de aanbestedende dienst deze vervanging te weigeren wanneer zij niet anders kan zijn dan een substantiële wijziging van de offerte”. In deze zaak zijn het de studie- en beroepskwalificaties inzake het klinknagelen die bij de onderaannemers waarop de verzoekende partij zich beroept, ontbreken, en waarbij de verzoekende partij na een uitdrukkelijke bevraging en herbevraging om de nodige bewijsmiddelen voor te leggen, geen dienstig antwoord heeft verstrekt. In het licht van de beschikking van het Hof van Justitie rijst dan volgens de tussenkomende partijen de vraag of de aanbestedende dienst verplicht is de vervanging van deze onderaannemers te eisen: “Pas indien duidelijk is dat de eis tot vervanging niet noodzakelijk diende te leiden tot een wijziging van de offerte heeft de verzoekende partij een belang bij het middel, en kon de eis tot vervanging haar een reëel voordeel opleveren”.

De tussenkomende partijen benadrukken dan ook dat, net zoals bij een verzoek tot toelichting van de offerte, de eis tot vervanging van een onderaannemer nooit ertoe kan leiden dat een vereiste specialisatie inzake klinknagelen, die niet vervat is in de offerte, voor het eerst wordt aangeboden nadat de inschrijver daartoe een verzoek tot vervanging heeft gekregen. “Ter

herinnering" verwijzen zij naar de vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent dergelijke verzoeken tot toelichting van de offerte. De vervanging van een onderaannemer op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, is enkel mogelijk indien deze de reeds in de offerte geschetste expertise kan invullen "zonder dat hieraan qua bekwaamheid en draagkracht enige wijziging wordt aangebracht". Een vervanging "an sich" van een nevenonderneming kan overeenkomstig artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet relevant zijn om te besluiten tot een "nieuwe inschrijving", maar dit is wel het geval "indien nieuwe expertise wordt aangebracht waarvan het bestaan niet uit de offerte of aanvraag tot deelneming kan worden afgeleid, en dus niet alleen een nieuwe onderaannemer maar tevens nieuwe expertise in de offerte wordt binnengebracht".

De rechtsvraag of de specialisatie inzake klinknagelen in de offerte van de verzoekende partij was vervat, werd niet beantwoord in de beschikking van het Hof van Justitie, maar moet volgens de tussenkomende partijen wel beantwoord worden door de Raad. Indien die vraag negatief beantwoord wordt, heeft de verzoekende partij volgens de tussenkomende partijen geen belang bij het middel. Een vervanging kan volgens hen in dit geval immers niet anders leiden dan tot de introductie van nieuwe elementen aangaande een essentiële vaardigheid voor de uitvoering van de opdracht.

8. De verzoekende partij benadrukt in haar laatste memorie, neergelegd na voornoemd aanvullend auditoraatsverslag, in de eerste plaats dat de beschikking van het Hof van Justitie van 6 oktober 2021 tot uitlegging bindend is voor de Raad en dus niet meer ter discussie kan worden gesteld.

De verwerende partij en de tussenkomende partijen verdedigen alsnog een afwijking op het principe dat de aanbestedende overheid de vervanging moet vragen, door te verwijzen naar punt 44 uit de voormelde beschikking luidens hetwelk de vervanging "er niet toe [mag] leiden dat de inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient doordat de oorspronkelijke inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd". De verzoekende partij treedt het standpunt in het auditoraatsverslag bij dat er daaromtrent geen enkele indicatie is. De plicht om de vervanging van de onderaannemers te eisen, is in principe steeds van toepassing.

Enkel uitzonderlijk is de vervanging niet toegelaten en kan de aanbestedende overheid argumenteren dat de vervanging van de entiteit op wier draagkracht de inschrijver een beroep deed, de oorspronkelijke inschrijving wezenlijk wijzigt. Volgens de verzoekende partij is er te dezen geen risico dat de vervanging een wezenlijke wijziging van de inschrijving met zich zou meebrengen en kon deze vervanging ook voor de vrijwaring van het gelijkheids-, het niet-discriminatie- en het proportionaliteitsbeginsel geen probleem stellen. “Na een verzoek van verwerende partij o.g.v. artikel 73, § 1, tweede lid KB Plaatsing 2017, zou verzoekende partij immers enkel en alleen de geweerde onderaannemers hebben mogen vervangen, zonder verder wijzigingen aan haar offerte door te voeren”. Deze vervanging zou bovendien geen enkele impact hebben gehad op de rangschikking, gezien het een openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs betrof.

Zij wijst er hierbij op dat de tussenkomende partijen voor het klinknagelen geen beroep deden op onderaannemers, zodat zij slechts één referentie dienden voor te leggen, terwijl bij een beroep op onderaannemers voor gespecialiseerde werkzaamheden het bestek bepaalde dat er minstens drie onderaannemers moesten worden opgegeven, met de garantie “dat met één van hen zal worden gewerkt”. De verzoekende partij benadrukt dan ook dat één van de onderaannemers wél voldeed en zij de opdracht dus had kunnen uitvoeren op basis van haar initiële offerte. “Zeker in deze concrete omstandigheden kan het vervangen van 2 onderaannemers met specialisatie klinknagelen – terwijl al één onderaannemer die het luik klinknagelen had kunnen uitvoeren, werd aanvaard door verwerende partij – onmogelijk als een wezenlijke wijziging van de inschrijving van verzoekende partij worden beschouwd”.

Ten overvloede merkt de verzoekende partij nog op dat het bestek toelaat dat een onderaannemer op wiens draagkracht een inschrijver een beroep doet, tijdens de uitvoering wordt vervangen; dus kan de vervanging van de onderaannemer tijdens de plaatsingsprocedure op grond van artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 alleszins geen wezenlijke wijziging uitmaken.

Beoordeling

9. De verzoekende partij stelt in essentie dat de verwerende partij haar de mogelijkheid had moeten geven om de twee door haar voorgestelde onderaannemers die niet voldeden te vervangen.

De Raad van State oordeelde in tussenarrest nr. 250.541 dat de beoordeling van de grief dat aan de verzoekende partij geen mogelijkheid werd gegeven om de door haar voorgestelde onderaannemers die niet voldeden te vervangen, afhankelijk is van de interpretatie die moet worden gegeven aan artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, welke bepaling de omzetting in het interne recht vormt van artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU.

10. Het Hof van Justitie heeft bij beschikking van 6 oktober 2021 voor recht gezegd dat uit de bewoordingen van artikel 63, lid 1, tweede alinea, tweede volzin, van richtlijn 2014/24/EU, "gelezen in samenhang met de in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn neergelegde beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en proportionaliteit", blijkt dat de aanbestedende dienst verplicht is om van de ondernemer te verlangen dat deze een entiteit die niet voldoet aan een selectiecriterium vervangt. Deze bepaling laat de aanbestedende dienst geen enkele beoordelingsmarge en verplicht hem om van een ondernemer te eisen dat hij een entiteit op wiens draagkracht hij een beroep wil doen, vervangt wanneer die entiteit niet voldoet aan een selectiecriterium.

11. Toegepast op de concrete zaak, heeft de beschikking van 6 oktober 2021 van het Hof van Justitie als gevolg dat moet worden geoordeeld dat, nadat de verwerende partij had beslist dat de door de verzoekende partij voorgestelde onderaannemers niet voldeden aan één van de selectiecriteria, de verwerende partij had moeten eisen dat die aannemers zouden worden vervangen door de verzoekende partij.

Artikel 63, lid 1, tweede alinea, tweede volzin, van richtlijn 2014/24/EU, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, schept met andere

woorden een recht voor de inschrijver om de betrokken onderaannemer hoe dan ook te mogen vervangen, “indien hij wil voorkomen dat hij wordt uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de betreffende overheidsopdracht”. Door die mogelijkheid niet te bieden en integendeel de verzoekende partij onmiddellijk niet te selecteren op grond dat de voorgestelde aannemers niet voldoen aan een selectiecriterium, heeft de verwerende partij artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 geschonden.

12. De vraag of de verzoekende partij door de vervanging van haar onderaannemers haar oorspronkelijke offerte substantieel zal wijzigen, dient door de verwerende partij te worden beoordeeld bij het indienen door de verzoekende partij van de vervanging van haar onderaannemers en is thans niet aan de orde. Luidens punt 43 van de voormelde beschikking van 6 oktober 2021 zal de aanbestedende dienst, overeenkomstig de in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU vermelde beginselen van transparantie en gelijke behandeling, ervoor moeten zorgen dat de vervanging van de betrokken entiteit niet leidt tot een substantiële wijziging van de offerte van die inschrijver.

De exceptie van de tussenkomende partijen dat de verzoekende partij thans geen belang zou hebben bij het middel, wordt bijgevolg verworpen.

13. Door de voornoemde interpretatie van artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bij te vallen, is er geen onverenigbaarheid met artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 of, luidens de voormelde beschikking van het Hof van Justitie zelf, met het gelijkheids-, het niet-discriminatie-, het transparantie- en het proportionaliteitsbeginsel, zodat de vraag van de tussenkomende partijen in hun toelichtende memorie om deze bepaling overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten, evenmin aan de orde is.

14. Het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 10 juli 2019 betreffende de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken "Restauratie beschermde gashouders, Gasmeterlaan / Tondelierlaan, Gent" houdende de niet-selectie van de offerte van de nv Monument Vandekerckhove en houdende de gunning van de opdracht aan de tv Denys – Aelterman.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien september tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels (Signature) Digitaal ondertekend door Greta Scheveneels (Signature)	Paul Lemmens (Signature) Digitally signed by Paul Lemmens (Signature)
Greta Scheveneels	**Paul Lemmens**