

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 263.853 van 1 juli 2025
in de zaak A. 238.407/XIV-39.585**

In zake : de NV E.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Rik Depla
 kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis
 Karel van Manderstraat 123
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de STAD SINT-NIKLAAS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Gitte Laenen en Robin Depoorter
 kantoor houdend te 2800 Mechelen
 Antwerpsesteenweg 16-18
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 februari 2023, strekt tot de
nietigverklaring van:

- “1. De beslissing van 12.12.2022 waarbij het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas beslist tot het niet gunnen van de opdracht aan [de verzoekende partij] tot het leveren van elektriciteit aan installaties en gebouwen van stad, politiezone, kerkfabrieken en OCMW van Sint-Niklaas, SNMH en Hulpverleningszone Waasland;
2. de beslissing van 12.12.2022 waarbij het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas beslist tot het gunnen van de opdracht aan [de nv L.] tot het leveren van elektriciteit aan installaties en gebouwen van stad, politiezone, kerkfabrieken en OCMW van Sint-Niklaas, SNMH en Hulpverleningszone Waasland.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft 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 12 maart 2025.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frédéric Valcke, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ann-Sofie Custers, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor levering van elektriciteit aan installaties en gebouwen van onder meer de stad, de politiezone, de kerkfabrieken en het OCMW van Sint-Niklaas, de Sint-Niklase Maatschappij voor de Huisvesting (SNMH) en de Hulpverleningszone Waasland,

voor een looptijd van twee jaar met de mogelijkheid om één jaar te verlengen. Het lopende leveringscontract voor elektriciteit liep af op 31 december 2022.

Er wordt gekozen voor de openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Aangezien geen enkele offerte binnen de gestelde termijn werd ingediend, beslist de verwerende partij gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met toepassing van artikel 42, § 1, 1°, b), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016).

Zij contacteert drie potentiële leveranciers met de vraag een offerte in te dienen voor het leveren van elektriciteit vanaf 1 januari 2023.

Enkel de nv L. dient met een e-mailbericht van 7 december 2022 een offerte in, met een aanbod dat geldig is tot 13 december 2022, 16 u.

Met een e-mailbericht van 9 december 2022 vraagt de verwerende partij ook aan de verzoekende partij om een offerte in te dienen. Dezelfde dag dient de verzoekende partij een offerte in per e-mail. Met een e-mailbericht van 10 december 2022 stelt de verwerende partij een aantal vragen aan de verzoekende partij ter verduidelijking van de prijszetting in de offerte, die de verzoekende partij dezelfde dag beantwoordt.

3.3. Op 12 december 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Onder hoofding 5. ‘Regelmatigheidsonderzoek van de offertes van de geselecteerde inschrijvers’ wordt de offerte van de verzoekende partij “nietig verklaard” op grond van volgend motief: “De firma heeft fiscale schulden en wordt hierdoor onregelmatig bevonden en uitgesloten.”

Onder hoofding 6. ‘Inhoudelijk onderzoek van de offertes van inschrijvers’ worden de offertes van de nv L. en van de verzoekende partij inhoudelijk beoordeeld op ‘Prijszetting – op basis van effectief gebruik en duidelijk te controleren’, ‘Grijs-groene stroom – de opdracht beoogt de aankoop van minimum 60% groen stroom’, ‘Energiedelen – de opdracht omvat energiedelen’, en ‘Facturatiesysteem en rapportering – transparantie is een vereiste’, waarna wordt besloten dat rekening houdende met het bovenstaande, blijkt dat de nv L. het best aan de verwachtingen en noden van de opdrachtgever beantwoordt.

De ontwerper (deskundige overheidsopdrachten) stelt bijgevolg voor de opdracht te gunnen aan de nv L. voor een periode van één jaar tegen de tarieven op basis van de Belpex vermeld in de offerte.

3.4. Dezelfde dag beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas om de (openbare) procedure stop te zetten (artikel 1), “na marktverkenning een noodleverancier aan te stellen in afwachting van een nieuwe procedure” (artikel 2), “gelet op de ingediende offertes na onderhandeling, het leveren van elektriciteit aan installaties en gebouwen [...] te gunnen aan de aanbieder die beantwoordt aan de verwachtingen en noden van het bestuur, zijnde [de nv L.] gedurende een periode van één jaar (1 januari 2023 tot en met 31 december 2023), tegen volgende tarieven op basis van de Belpex [...]” (artikel 3), en “deze beslissing over te maken aan de deelnemende besturen” (artikel 4).

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

Onder de hoofding ‘Argumentatie’ wordt vermeld:

“Het betreft een gezamenlijke opdracht waarbij stad Sint-Niklaas optreedt in naam van OCMW Sint-Niklaas, politiezone Sint-Niklaas, Sint-Niklase Maatschappij voor de Huisvesting (SNMH), Den Azalee vzw, Carmarine CVA, Hulpverleningszone Waasland, AGB ‘t Bau-huis, Kerkfabriek HH. Andreas en Ghislenus, Kerkfabriek Sint-Job, Kerkfabriek O.-L.-Vrouw Ten Bos, Kerkfabriek Sint-Catharina, Kerkfabriek Don Bosco, Kerkfabriek Christus Koning, Kerkfabriek O.-L.-Vrouw Bijstand der Christenen,

Kerkfabriek Sint-Jozef, Kerkfabriek Heilige Familie en Kerkfabriek Heilige Nikolaas bij de gunning van de opdracht.

In het kader van de opdracht [...] werd een bestek met nr. 2022-106/0VA/elektriciteit/JB-CQ opgesteld door de dienst overheidsopdrachten en administratie.

[...]

De totale uitgave voor deze opdracht wordt geraamd op 16.275.000 EUR, exclusief btw. Deze raming overschrijdt de limieten van de Europese bekendmaking.

De aankondiging van opdracht 2002/S 205-584141 werd gepubliceerd op 24 oktober 2022 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De offertes moesten het bestuur ten laatste op 23 november 2022 om 9 uur bereiken. De verbintenistermijn van twintig kalenderdagen eindigt op 13 december 2022.

Het proces-verbaal van opening van offertes van 24 november 2022 vermeldt dat er geen offertes werden ingediend.

De dienst overheidsopdrachten en administratie stelde op 24 november 2022 het verslag van nazicht van de offertes op.

Aan het college wordt gevraagd de procedure stop te zetten en een noodleverancier aan te stellen. Onze huidige leverancier heeft de distributienetbeheerder reeds op de hoogte gebracht dat de leveringen stoppen op 31 december 2022. Hier is geen weg terug.

Artikel 42, §1, 1°, b van de wetgeving overheidsopdrachten laat ons toe te onderhandelen indien de termijnen voor de openbare procedure wegens dwingende spoed door onvoorziene gebeurtenissen niet in acht genomen kunnen worden.

Er werd contact opgenomen met volgende potentiële leveranciers:

- [X]: wenst geen offerte in te dienen. De huidige marktomstandigheden maken het te risicovol om een voorstel in te dienen voor de stad Sint-Niklaas, zelfs voor een gedeelte van de opdracht.

- [Y]: is niet in de mogelijkheid momenteel een offerte uit te brengen. Gezien de korte tijdspanne is het niet meer mogelijk om deze op dergelijke korte termijn te kunnen voorbereiden, bovendien is de beschikbare capaciteit op hun klantendienst onvoldoende om een tijdige en correcte behandeling te kunnen garanderen.

- [Z.] werd bevraagd, maar kon niet bevestigen of ze de gevraagde leveringscapaciteit nog ter beschikking hebben.

- [de verzoekende partij]: heeft een offerte ingediend voor *mixed fuel* (slechts 3 % groene stroom, rest nucleair en fossiel) met een variabel contract op basis van de spotprijzen Belpex. Deze prijs wordt toegepast op de (kwart)uurwaarden indien telegelezen (AMR), dan wel op de geprofileerde (kwart)uurwaarden indien jaarlijks/maandelijks gemeten. De initieel gevraagde termijn van zes maanden (tijd die nodig is om een nieuwe procedure te voeren) is voor hen echter veel te kort. Er werd een contract aangeboden voor één jaar met verplicht maandelijkse voorschotten. De prijsformules voor digitale tellers zijn heel transparant, maar de overige tellers zijn dit veel minder. Geen mogelijkheid tot energiedelen. De firma heeft echter fiscale schulden en wordt hierdoor onregelmatig bevonden en uitgesloten.

- [de nv L.]: is bereid gevonden om een offerte op te maken, maar maakt al direct kenbaar dat een vaste prijs niet tot de mogelijkheden behoort. De initieel gevraagde termijn van zes maanden (tijd die nodig is om een nieuwe procedure te voeren) is voor hen echter veel te kort, gelet op de administratieve last en kost die een overzetting van de gevraagde leveringspunten met zich mee brengen. Er is een offerte ingediend voor *mixed fuel* (15 % groene stroom, rest nucleair en fossiel) met een variabel contract op basis van de spotprijzen Belpex. Deze prijs wordt toegepast op de uurwaarden. De afgenomen volumes in een contractjaar moeten binnen de 90 % en 110 % van het totale gecontracteerde jaarvolume blijven. Indien niet zullen hiervoor extra vergoedingen aangerekend worden. Energiedelen behoort tot de mogelijkheden. Er werd een contract aangeboden voor één jaar of voor twee jaar waarbij een korting van 5 EUR/MWh wordt toegestaan. Deze offerte is geldig tot 13 december 2022.

Om de impact van de prijzen van [de nv L.] te kunnen beoordelen, werd een simulatie opgemaakt op basis van de gemiddelde Belpex-prijs van de afgelopen acht maanden (zie bijlage). Hieruit kunnen we concluderen dat de prijs voor elektriciteit, qua grootteorde, vanaf volgend jaar maal drie gaat. Voor 2022 betalen we circa 1.500.000 EUR voor elektriciteit (alle lasten en taksen inbegrepen), die zou stijgen naar circa 4.320.000 EUR (contract twee jaar), respectievelijk 4.365.000 EUR (contract één jaar). Deze cijfers zijn geen vaste gegevens maar slechts een simulatie op basis van prijzen uit het verleden, vermits het een variabel contract betreft met maandelijkse prijsaanpassingen.

Hierbij worden tevens volgende aspecten meegenomen bij de beoordeling: Voor een contract van twee jaar hebben we een korting van 5 EUR/MWh, wat overeenkomt met circa 46.000 EUR.

Gelet op het feit dat dit de enige regelmatige offerte is die we ontvangen hebben, wordt geadviseerd de opdracht aan [de nv L.] te gunnen. Hierbij kan een significante korting meegenomen worden indien voor twee jaar gegund wordt.”

IV. Vertrouwelijke stukken

4. De verwerende partij vraagt om de vertrouwelijke behandeling van een door haar neergelegde stuk dat zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduidt. Het betreft de offerte van de nv L.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de verzoekende partij om het vertrouwelijk karakter van dat stuk te lichten. De Raad van State mag overigens dit stuk in zijn beoordeling betrekken.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Voor zover gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing

Uiteenzetting van de exceptie

5. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord een exceptie van gebrek aan belang bij de vordering op voor zover deze is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij. De verzoekende partij maakt in haar verzoekschrift nergens aannemelijk dat de opdracht aan haar zou moeten worden gegund. Het staat ook niet aan de verzoekende partij, noch aan de Raad van State om na een gebeurlijke vernietiging in de plaats te treden van de verwerende partij en de opportuniteit of kwaliteit van de offertes te beoordelen.

Beoordeling

6. Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt van een impliciete weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen. Deze jurisprudentiële techniek dient evenwel aan zeer uitzonderlijke gevallen voorbehouden te blijven. De verzoekende partij dient in dit verband dan specifiek aannemelijk te maken, in haar middelen, dat de opdracht aan haarzelf had moeten worden gegund.

Het auditoraat stelt dat dit niet het geval is, op grond van de volgende overwegingen:

“De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift middelen aan die de volledige procedure vitiëren. Het geground bevinden van dergelijke middelen houdt precies in dat de gunningsprocedure zou moeten worden hernomen van bij aanvang zodat geenszins kan worden vastgesteld dat de verwerende partij geen andere keuze zou hebben dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. Daarnaast zou een nietigverklaring op grond van het eerste middel er evenmin toe leiden dat de verwerende partij de opdracht enkel en alleen

nog rechtsgeldig aan de verzoekende partij zou mogen gunnen. Er is bijgevolg, gelet op de in de middelen aangevoerde onwettigheden, geen grond voorhanden om, indien deze middelen gegrond zouden blijken, ook over te gaan tot de nietigverklaring van de impliciete beslissing die de verzoekende partij afleidt uit de bestreden gunningsbeslissing.”

Na kennisneming van het verslag van het auditoraat beperkt de verzoekende partij zich ertoe te volharden in hetgeen zij in haar eerdere procedurestukken heeft uiteengezet. Zij heeft aldus niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven.

De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend en na eigen onderzoek, het beroep, voor zover het is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, niet-ontvankelijk.

B. Wat de overige excepties van gebrek aan belang betreft

Uiteenzetting van de excepties

7. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord nog vier excepties van gebrek aan belang bij de vordering op, die zij herhaalt in haar laatste memorie.

8. In een eerste exceptie stelt de verwerende partij dat aan de vereiste om de opdracht in mededinging te stellen met toepassing van artikel 42, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 is voldaan doordat minstens drie inschrijvers werden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Zij diende bijgevolg geen verzoek tot de verzoekende partij te richten om ook een offerte in te dienen, maar had bij het ontvangen en openen van de offerte van de nv L. de opdracht reeds kunnen gunnen zonder enig contact op te nemen met de verzoekende partij. Voorts heeft de verzoekende partij oorspronkelijk geen interesse getoond in de opdracht aangezien zij geen offerte indiende tijdens de

openbare procedure met hetzelfde voorwerp. Zij vecht ook de stopzettingsbeslissing van de lopende openbare procedure niet aan. De verzoekende partij lijkt dan ook enkel een schadevergoeding na te streven en de toekenning van de schadevergoeding tot herstel kan geen doel op zich zijn.

In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat niet duidelijk is over welk persoonlijk belang de verzoekende partij zou beschikken nu zij werd toegelaten tot de onderhandelingsprocedure.

9. In een tweede exceptie werpt de verwerende partij op dat de opdracht niet aan de verzoekende partij zou kunnen worden gegund wegens laattijdigheid van haar offerte. Offertes die pas worden ingediend wanneer reeds minstens één offerte is geopend, zijn laattijdig. Er bestaat dan het risico dat de inschrijver die een laattijdige offerte indiende, zijn offerte heeft afgestemd op de reeds ingediende offerte, wat in strijd is met de algemene beginselen die ten grondslag liggen aan de overheidsopdrachtenwetgeving en die van openbare orde zijn. Uit onrechtmatige zaken die niet in overeenstemming zijn met de openbare orde kunnen geen rechten worden afgeleid.

In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat overeenkomstig artikel 83 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) laattijdige offertes niet mogen worden aanvaard. Ook al had de verwerende partij een uiterste indieningsmoment voor de offerte van de verzoekende partij vooropgesteld, was dit alleszins ná de opening van een offerte van een andere inschrijver, zodat minstens de schijn wordt gewekt dat zij weet kon hebben gehad van de inhoud van die offerte. De verzoekende partij had nooit de kans mogen krijgen om een offerte in te dienen ná de opening van een andere offerte, en kan hieruit geen rechten putten.

10. De verwerende partij werpt in een derde exceptie een gebrek aan belang bij de vordering op dat de opdracht niet aan de verzoekende partij kon worden gegund aangezien zij niet de voordeligste offerte indiende. In het verslag

van nazicht werd de offerte van de verzoekende partij beoordeeld en vergeleken met de offerte van de gekozen inschrijver en daaruit bleek dat de offerte van de gekozen inschrijver het beste beantwoordde aan de verwachtingen en noden van de verwerende partij.

In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat uit de bestreden beslissing duidelijk volgt dat alle ingediende offertes, ook van de verzoekende partij, inhoudelijk werden beoordeeld. Stellen dat het verslag van nazicht niet expliciet werd goedgekeurd waardoor er geen rekening kan worden gehouden met de inhoudelijke beoordeling van de offertes die weldegelijk werd uitgevoerd, zou getuigen van een overdreven formalisme in hoofde van de Raad van State. Uit het verslag van nazicht, dat een voorbereidende handeling vormt van de bestreden beslissing, blijkt duidelijk dat de verzoekende partij nooit de eerst gerangschikte inschrijver kon zijn waardoor zij niet over het vereiste belang bij het verzoekschrift tot nietigverklaring beschikt. Minstens dient deze exceptie te worden hernomen bij het vereiste belang bij het eerste en derde middel.

11. In een vierde exceptie stelt de verwerende partij dat de vordering uitsluitend betrekking lijkt te hebben op artikel 3 van de beslissing van 12 december 2022, waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv L., en de vordering in ieder geval niet-ontvankelijk is voor zover die zou zijn gericht tegen de volledige beslissing.

Beoordeling

12. In het auditorsverslag wordt de eerste exceptie verworpen op grond van de volgende overwegingen:

“Eerste exceptie: De verwerende partij heeft de verzoekende partij uitdrukkelijk uitgenodigd om in het kader van de gevoerde onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een offerte in te dienen voor de opdracht voor levering van elektriciteit. De verzoekende partij heeft vervolgens een offerte ingediend. Aangezien zij werd uitgenodigd om een offerte in te dienen en zij ook daadwerkelijk een offerte heeft ingediend, kan zij geacht worden belang te hebben of te hebben gehad bij de gunning van de

opdracht in de zin van artikel 14 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. Zij heeft als uitgesloten inschrijver belang bij de vordering gericht tegen de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver in de mate dat zij middelen aanvoert waaruit blijkt dat zij ten onrechte werd uitgesloten of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen terwijl de beslissing tot niet-selectie of uitsluiting niet definitief is.^[...] De middelen die door de verzoekende partij worden aangevoerd hebben zowel betrekking op de wettigheid van de bestreden beslissing voor zover zij werd uitgesloten van de opdracht als op de wettigheid van de gehele gunningsprocedure (de keuze van de gunningsprocedure, het gebrek aan vooraf bekendgemaakte gunningscriteria, ...), zodat haar niet haar belang bij de vordering tot nietigverklaring van de bestreden beslissing kan worden ontzegd om de enkele reden dat de verwerende partij meer dan drie mogelijke inschrijvers geraadpleegd heeft terwijl zij er niet toe gehouden was een offerte te vragen aan de verzoekende partij.”

Na kennisneming van het verslag van het auditoraat beperkt de verwerende partij zich te verwijzen naar hetgeen zij in de memorie van antwoord heeft uiteengezet. Zij heeft aldus niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven.

Voor zover zij in haar laatste memorie enkel nog stelt dat “niet duidelijk [i]s over welk persoonlijk belang Verzoekende Partij zou beschikken aangezien Verzoekende Partij werd toegelaten tot de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking” doelt de verwerende partij, zoals uit het verweer bij het eerste middel blijkt, op een gebrek aan belang bij dat middel, doch weerlegt zij niet dat de verzoekende partij als uitgesloten inschrijver belang heeft bij de vordering in de mate dat de verzoekende partij middelen aanvoert waaruit blijkt dat zij ten onrechte werd uitgesloten.

De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend en na eigen onderzoek, de eerste exceptie van gebrek aan belang bij het middel niet gegrond.

De eerste exceptie wordt verworpen.

13. Wat de tweede exceptie betreft, toont de verwerende partij in de concrete omstandigheden niet aan dat de offerte van de verzoekende partij als een laattijdige offerte moet worden beschouwd.

De verwerende partij heeft immers op 28 november 2022, in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, een uitnodiging aan drie potentiële inschrijvers verstuurd met de vraag een offerte in te dienen voor de opdracht, zonder een limietdatum en limiet uur voor de indiening van de offertes te bepalen, en vervolgens met een e-mailbericht van 9 december 2022 aan de verzoekende partij gevraagd om een offerte in te dienen tegen maandag 12 december 2022 om 11u. Voor zover de verwerende partij opwerpt dat elke offerte vóór de datum en uur voor de indiening moet aankomen en dat laattijdige offertes niet worden aanvaard, wordt vastgesteld dat de verzoekende partij een offerte indiende binnen de limietdatum en limiet uur die waren vermeld in haar uitnodiging. De omstandigheid dat de verwerende partij zelf in strijd met artikel 94 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 de potentiële inschrijvers niet gelijktijdig heeft uitgenodigd om een offerte in te dienen, ontnemt de verzoekende partij niet haar belang bij de vordering.

De tweede exceptie wordt verworpen.

14. De derde exceptie waarbij de verwerende partij opwerpt dat uit het gunningsverslag in ieder geval blijkt dat de offertes inhoudelijk werden beoordeeld en de offerte van de gekozen inschrijver het beste beantwoordt aan de verwachtingen en noden van de verwerende partij, hangt samen met de grond van de zaak, in het bijzonder het tweede en het vierde middel waarin de verzoekende partij onder meer kritiek formuleert op de in het gunningsverslag en in de bestreden beslissing uitgevoerde inhoudelijke beoordeling van de offertes en op het gebrek aan voorafgaandelijke vaststelling en mededeling van de gunningscriteria.

De Raad van State stelt vast dat in het gunningsverslag en in de bestreden beslissing weliswaar een inhoudelijke beoordeling wordt gegeven van de offerte van de verzoekende partij en de offerte van de nv L., doch zonder aan

die offertes een score te geven op grond van die beoordeling en zonder de offertes te rangschikken; voorts wordt in de ‘Argumentatie’ van de bestreden beslissing geadviseerd de opdracht aan de nv L. te gunnen “[g]elet op het feit dat dit de enige regelmatige offerte is die we ontvangen hebben”. Uit de bestreden beslissing kan bijgevolg niet worden afgeleid dat de opdracht in ieder geval aan de nv L. zou worden gegund.

De derde exceptie wordt verworpen.

15. De verzoekende partij vordert in haar verzoekschrift de nietigverklaring van de beslissing van de verwerende partij van 12 december 2022, enkel voor zover daarbij de opdracht voor levering van elektriciteit aan installaties en gebouwen van de stad en andere overheidsdiensten wordt gegund aan de nv L. (artikel 3) en niet aan de verzoekende partij. De opgeworpen exceptie mist feitelijke grondslag.

De vierde exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van onder meer artikel 68 van de wet van 17 juni 2016.

Zij stelt dat de voormelde bepaling werd geschonden doordat haar offerte in de bestreden gunningsbeslissing onregelmatig werd bevonden omdat bij het administratief nazicht bleek dat zij fiscale schulden had, terwijl de verwerende partij haar de mogelijkheid diende te geven tot regularisatie.

Zij stelt dat zij op 15 december 2022, dit is twee dagen na de ontvangst ervan, de aanslagbiljetten heeft betaald. Aangezien de verzoekende partij op de datum van de bestreden beslissing zelf nog niet op de hoogte was van de

bijkomende aanslag, was er volgens haar nog geen sprake van een fiscale schuld. Minstens had de verzoekende partij de kans moeten krijgen om deze te regulariseren.

17. De verwerende partij wijst erop dat artikel 68 van de wet van 17 juni 2016 betrekking heeft op de verplichte uitsluiting van een inschrijver in geval van fiscale en sociale schulden, die ook van toepassing is op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, zodat zij verplicht de controle van de fiscale en sociale schulden diende uit te voeren. Op 11 december 2022 kwam de verwerende partij op basis van het Telemarc-atteest tot de vaststelling dat de verzoekende partij een opeisbare, fiscale schuld van een bepaald bedrag had. Zij wijst er voorts op dat geen enkele wetgevende bepaling haar de verplichting oplegt om reeds bij het ontvangen van de offertes onmiddellijk een controle te verrichten naar het bestaan van eventuele schulden in hoofde van de inschrijver.

In hoofdorde stelt de verwerende partij dat een regularisatiemogelijkheid niet kan worden geboden in situaties van dwingende spoed. Vooreerst is de inachtneming van een regularisatie met bijhorende termijn van vijf werkdagen in geen geval verenigbaar met het principe van de ‘dwingende spoed’. De cumulatieve voorwaarden van artikel 42, § 1, 1°, b), van de wet van 17 juni 2016 vereisen dat de aanbestedende overheid uiterst diligent handelt. Wanneer een regularisatietermijn van vijf werkdagen moet worden nageleefd in geval van een situatie van dwingende spoed, kan volgens haar geen sprake meer zijn van een strikte noodzaak om een opdracht “met dwingende spoed voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen voor de aanbestedende overheid” uit te voeren. Indien de Raad van State van oordeel zou zijn dat de regularisatiemogelijkheid ook geboden moest worden in geval van een procedure met dwingende spoed, dan zou in deze ernstig afbreuk gedaan zijn aan de tijdige uitvoering van de opdracht en aldus aan het algemeen belang en de vereiste continuïteit. Op 11 december 2022 werd de fiscale schuld in hoofde van de verzoekende partij vastgesteld. Indien de verwerende partij de regularisatietermijn van vijf werkdagen in acht diende te nemen, dan zou het resultaat van de

regularisatie pas worden verwacht op 19 december 2022, terwijl een gunning op die datum niet meer tijdig is voor het treffen van de nodige voorbereidingen teneinde de verwerende partij vanaf 1 januari 2023 van elektriciteit te voorzien.

In ondergeschikte orde stelt de verwerende partij dat de regularisatiemogelijkheid onrechtmatig is, minstens dat deze niet in acht mag worden genomen bij een Europese opdracht. Volgens haar is er sprake van een manke omzetting 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) door de Belgische wetgever. De verwerende partij verwijst naar artikel 57, lid 2, en overwegingen 100 en 101 van richtlijn 2014/24/EU waaruit blijkt dat de regularisatiemogelijkheid niet is voorzien. De regularisatiemogelijkheid staat ook in schril contrast met de doelstelling van richtlijn 2014/24/EU om de fiscale en sociale schulden op te waarderen tot een verplichte uitsluitingsgrond. Uit de regelgevingsimpact-analyse blijkt de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om inkomsten te genereren via “een versoepeling van de regeling met het oog op een bijkomende opbrengst voor de schatkist via inlossing van schulden”, wat in geen geval strookt met richtlijn 2014/24/EU waarin de uitsluiting om reden van schulden werd ingeschreven om de gelijkheid van de ondernemers te waarborgen. Gelet op de vaststelling dat de mogelijkheid tot (laattijdige) aanzuivering van schulden de gelijkheid van de inschrijvers in het gedrang brengt, dient deze onwettige regularisatiemogelijkheid volgens de verwerende partij buiten beschouwing te worden gelaten. Minstens verzoekt de verwerende partij aan de Raad van State om hieromtrent een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

In “uiterste ondergeschikte orde” stelt de verwerende partij, verwijzend naar artikel 68, § 3, van de wet van 17 juni 2026 dat alleszins niet zeker is dat het vereffenen van schulden die reeds bestonden vóór het indienen van de offerte nog geregulariseerd kunnen worden door de betaling van deze schulden ná het indienen van de offerte. Volgens de verwerende partij moet de regularisatieverplichting geïnterpreteerd worden als een kans die alsnog gegeven

wordt aan de inschrijver om het bewijs te leveren dat de betalingen tijdig zijn uitgevoerd. Deze interpretatie zou zowel aansluiten bij voornoemd artikel 68, § 3, als bij eerdere rechtspraak van de Raad van State onder de vorige overheidsopdrachtenreglementering.

18. In haar laatste memorie verwijst de verwerende partij naar het standpunt zoals uiteengezet in de memorie van antwoord. Zij benadrukt enkel nog dat “wel degelijk sprake is van dwingende redenen van algemeen belang waardoor er geen regularisatie in de zin van artikel 68 van [de wet van 17 juni 2016] moest toegepast worden”.

De verwerende partij stelt dat het (verloop van het) dossier in zijn totaliteit moet worden nagegaan waarbij er rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden, die zij nogmaals schetst, namelijk (1) zij werd geconfronteerd met een uiterst woelige en onvoorziene situatie op de elektriciteitsmarkt, en diende een nieuwe opdrachtnemer aan te stellen voor de levering van elektriciteit aangezien de toen lopende overeenkomst ten einde liep, (2) zij werd vervolgens geconfronteerd met (opnieuw) een onvoorziene omstandigheid aangezien er géén enkele offerte werd ingediend voor de overheidsopdracht, (3) de nv L. diende als enige onderneming een offerte in die slechts geldig was tot 13 december 2022, en (4) er werd een offerte ingediend door een onderneming die méér dan 3.000 euro schulden had. Indien de verwerende partij de regularisatiemogelijkheid had geboden aan de verzoekende partij binnen de vijf werkdagen zoals voorzien in artikel 68 van de wet van 17 juni 2016, dan had dit als gevolg dat de offerte van de nv L. niet meer geldig zou zijn geweest en in het geval de verzoekende partij haar fiscale schulden niet kon of wilde regulariseren, zij over geen enkele geldige offerte zou kunnen beschikken, in welk geval zij zou worden geconfronteerd met de catastrofale situatie die haar dienstverlening, en bijgevolg het algemeen belang, ernstig zou schaden. Zij besluit dat zij bijgevolg werd geconfronteerd met dwingende redenen van algemeen belang waardoor zij de regularisatieplicht in de zin van artikel 68 van de wet van 17 juni 2016 niet diende toe te passen.

Beoordeling

19. Luidens artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 worden opdrachten gegund op basis van één of meerdere gunningscriteria, vastgesteld overeenkomstig artikel 81, mits de aanbestedende overheid erop heeft toegezien (onder meer) dat de offerte afkomstig is van een inschrijver waaraan de toegang tot de opdracht niet is ontzegd op grond van de artikelen 67 tot 70 van die wet.

Artikel 68, § 1, van de wet van 17 juni 2016, dat eveneens van toepassing is in geval van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, bepaalt:

“ Behalve om dwingende redenen van algemeen belang en behoudens het in paragraaf 3 vermelde geval, sluit de aanbestedende overheid een kandidaat of inschrijver van deelname aan de plaatsingsprocedure uit, in welk stadium van de procedure ook, wanneer de kandidaat of inschrijver niet blijkt te voldoen aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen enerzijds of socialezekerheidsbijdragen anderzijds, tenzij: [...]
[...]

De aanbestedende overheid geeft elke ondernemer echter de kans om zich in de loop van de plaatsingsprocedure in regel te stellen ten opzichte van de sociale en fiscale verplichtingen nadat ze een eerste maal heeft vastgesteld dat de kandidaat of inschrijver op dit vlak niet voldeed aan de eisen. Ze stelt de ondernemer hiervan in kennis. Vanaf deze kennisgeving geeft de aanbestedende overheid de ondernemer een termijn van vijf werkdagen om het bewijs te geven van zijn regularisatie. Van deze regularisatie kan slechts éénmalig gebruik gemaakt worden. Deze termijn gaat in de dag die volgt op de kennisgeving. [...].”

Uit deze bepaling volgt dat, “behalve om dwingende redenen van algemeen belang en behoudens het in paragraaf 3 vermelde geval” alvorens te beslissen een inschrijver uit te sluiten, een aanbestedende overheid deze inschrijver de kans dient te geven om zich binnen de vijf werkdagen in regel te stellen ten opzichte van de sociale en fiscale verplichtingen nadat zij een eerste maal heeft vastgesteld dat die op dit vlak niet voldeed aan de eisen.

20. Te dezen blijkt dat de verwerende partij de verzoekende partij van deelname aan de plaatsingsprocedure heeft uitgesloten zonder haar de kans te hebben gegeven om zich in regel te stellen ten opzichte van de fiscale verplichtingen, waartoe zij nochtans wordt verplicht krachtens artikel 68, § 1, derde lid, van de wet van 17 juni 2016.

Ter verantwoording daarvoor stelt de verwerende partij in de memorie van antwoord “in hoofdorde” dat een regularisatiemogelijkheid niet kan worden geboden in situaties van dwingende spoed (eerste argument), in “ondergeschikte orde” dat de regularisatiemogelijkheid voorzien in artikel 68 van de wet van 17 juni 2016 strijdig is met richtlijn 2014/24/EU (tweede argument), en in “uiterst ondergeschikte orde” dat schulden die reeds bestonden vóór het indienen van de offerte niet kunnen worden geregulariseerd door de betaling van deze schulden ná het indienen van de offerte (derde argument).

21. Het auditoraat verwerpt deze drie argumenten van de verwerende partij en besluit tot de gegrondheid van het eerste middel op grond van de volgende overwegingen:

“[...]

5.17. Uit de voormelde bepalingen met betrekking tot de verplichte uitsluitingsgronden blijkt dat wanneer het door Telemarc afgeleverde attest niet aantoonde dat de inschrijver in regel is met zijn fiscale verplichtingen, hij een beroep kan doen op een eenmalige regularisatie zoals bedoeld in artikel 68, § 1, derde lid, van de [wet van 17 juni 2016]. [...] In tegenstelling tot wat de verwerende partij in haar memorie van antwoord betoogt, heeft de regularisatiemogelijkheid wel degelijk betrekking op de betaling van de fiscale schulden na indiening van de offerte. De interpretatie van de verwerende partij dat de inschrijver slechts een mogelijkheid wordt geboden om een bewijs bij te brengen van de betaling die zelf reeds verricht zou moeten zijn voorafgaand aan het indienen van de offerte, vindt geen steun in de wettelijke bepalingen en de parlementaire voorbereidingen bij de wet. Vooreerst wordt in de tekst van artikel 68, §1 duidelijk aangegeven dat aan elke ondernemer de kans wordt gegeven om zich ‘in de loop van de plaatsingsprocedure in regel te stellen ten opzichte van de sociale en fiscale verplichtingen’. [...] Er wordt ook verder bepaald dat de inschrijver een termijn van vijf werkdagen krijgt om het bewijs bij te brengen ‘van zijn regularisatie’. Het gaat niet om een bijkomende kans voor het bijbrengen van een bewijs dat men reeds in regel is met zijn fiscale verplichtingen maar wel om het bijbrengen van een bewijs dat men zijn situatie geregulariseerd heeft.

[...] De verwijzing van de verwerende partij naar artikel 68, §3 van de [wet van 17 juni 2016] is evenmin dienstig om haar these te ondersteunen aangezien deze paragraaf handelt over het geval waarbij (in de loop van de plaatsingsprocedure) zou blijken dat de inschrijver de betaling van zijn fiscale schulden heeft verricht of een bindende regeling omtrent de betaling van die schulden is overeengekomen voorafgaand aan het indienen van zijn offerte. In dat geval bepaalt artikel 68 van de [wet van 17 juni 2016] dat het niet langer van toepassing is en dus de uitsluitingsgrond sowieso niet meer wordt toegepast. Tot slot kan de verwerende partij ter ondersteuning van haar foutieve interpretatie van artikel 68 van de [wet van 17 juni 2016] ook niet dienstig verwijzen naar rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot de toepassing van de artikelen 61, §2 en 63 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren aangezien de wettelijk voorziene regularisatiemogelijkheid toen nog niet bestond.

5.18. Zoals de verzoekende partij terecht aanvoert zijn de artikelen 68 van de [wet van 17 juni 2016] en 63 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 integraal van toepassing in het geval van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en voorziet de wetgever geen uitzondering op de regularisatiemogelijkheid van de inschrijver, ook niet in geval van dwingende spoed. Integendeel voorziet artikel 68, §1 van de [wet van 17 juni 2016] zelfs dat om dwingende redenen van algemeen belang de aanbestedende overheid over de verplichte uitsluitingsgrond voor fiscale schulden kan heenstappen.[...]

5.19. [...]

5.20. Bovendien heeft de verzoekende partij op 9 december 2022 een offerte ingediend. [...] Door echter te wachten tot 11 december 2022 om Telemarc te raadplegen en dan geen enkele regularisatiemogelijkheid te bieden aan de verzoekende partij omwille van hoogdringendheid heeft de verwerende partij geenszins gehandeld op een zorgvuldige en proportionele wijze in functie van de concrete omstandigheden. Dit is des te meer zo aangezien de verzoekende partij onwetend was van het bestaan van fiscale schulden in haren hoofde op het moment van het indienen van haar offerte. [...]

5.21. De verwerende partij meent dat de regularisatieverplichting in ieder geval niet kan gelden wanneer beroep wordt gedaan op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wegens dwingende spoed. De inachtneming van een termijn van vijf werkdagen zou in geen geval verenigbaar zijn met het principe van dwingende spoed. Zoals hiervoor echter reeds aangegeven, moet vooreerst worden opgemerkt dat voor zover de dwingende spoed ook betrekking heeft op dwingende redenen van algemeen belang een aanbestedende overheid in dat geval voorbij kan gaan aan de verplichte uitsluiting van een inschrijver waarvan niet blijkt dat hij in regel is met zijn fiscale verplichtingen.[...]

5.22. Tot slot meent de verwerende partij dat er geen schending kan worden vastgesteld van artikel 68, §1, derde lid van de [wet van 17 juni 2016] aangezien de regularisatiemogelijkheid die is voorzien in artikel 68 van de overheidsopdrachtenwet zelf [...] niet verenigbaar [zou] zijn met artikel 57, lid 2 van de richtlijn 2014/24/EU. Minstens zou hierover een prejudiciële vraag moeten worden gesteld aan het Hof van Justitie. De uiteenzetting in de memorie van antwoord waarom naar mening van de verwerende partij

artikel 57, lid 2 van de richtlijn 2014/24/EU zich zou verzetten tegen een éénmalige regularisatiemogelijkheid zoals voorzien in artikel 68, §1 van de [wet van 17 juni 2016] is echter zeer vaag en beknopt. In essentie beperkt de verwerende partij zich er toe te wijzen op een vermeende onverenigbaarheid met ‘de doelstelling’ van de richtlijn 2014/24/EU.

[...]

5.23. In haar argumentatie wijst de verwerende partij vooreerst op het verplichte karakter van de uitsluitingsgrond wegens het niet voldaan zijn aan de verplichtingen tot betaling van belastingen. Daarbij gaat de verwerende partij er al onmiddellijk aan voorbij dat voormeld artikel 57, lid 2 slechts een verplichte uitsluitingsgrond bepaalt in geval van niet betaling van fiscale schulden wanneer dit is vastgesteld bij een rechterlijke of administratieve beslissing die onherroepelijk en bindend is overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van de lidstaat van de aanbestedende dienst. Overweging 100 van de preambule waar de verwerende partij naar verwijst, heeft ook betrekking op deze verplichte uitsluitingsgrond in geval van niet betaling van fiscale schulden wanneer dit is vastgesteld bij een rechterlijke of administratieve beslissing die onherroepelijk en bindend is. De verwerende partij toont echter niet aan dat met betrekking tot de fiscale schulden van de verzoekende partij er een onherroepelijke en bindende rechterlijke of administratieve beslissing is waarbij deze fiscale schulden werden vastgesteld. [...] Bijgevolg valt de situatie van de verzoekende partij sowieso niet onder de verplichte uitsluitingsgrond zoals bedoeld in artikel 57, lid 2, eerste alinea van de richtlijn 2014/24 en overweging 100 van de preambule.

Daarnaast bevat artikel 57, lid 2, twee alinea weliswaar ook een facultatieve uitsluitingsgrond die inhoudt dat aanbestedende diensten een ondernemer mogen uitsluiten, of door lidstaten mogen verplicht worden dat te doen, van deelname aan een aanbestedingsprocedure wanneer de aanbestedende dienst met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen. Artikel 57, lid 2, derde alinea van de richtlijn bepaalt echter dat dit lid niet langer van toepassing is indien de ondernemer zijn verplichtingen is nagekomen door verschuldigde belastingen of sociale zekerheidsbijdragen met inbegrip van lopende rente of boeten, indien toepasselijk, te betalen of een bindende regeling tot betaling daarvan aan te gaan.

De verwerende partij zet niet uiteen waarom artikel 57, lid 2, tweede en derde alinea van richtlijn 2014/24 zich zouden verzetten tegen een nationale regeling zoals vervat in artikel 68, §1 van de [wet van 17 juni 2016].

Daarbij moet erop worden gewezen dat in de vorige 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, een gelijkaardige facultatieve uitsluitingsgrond was opgenomen met betrekking tot een ondernemer die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst. Met betrekking tot deze facultatieve uitsluitingsgrond inzake fiscale schulden opgenomen in artikel 45, lid 2, e) van richtlijn 2004/18/EG oordeelde het Hof van Justitie

reeds dat het aan de lidstaten toekomt om te bepalen binnen welke termijn de belanghebbenden dienen te voldoen aan hun verplichtingen inzake de betaling van socialezekerheidsbijdragen (en dus ook voor hun fiscale verplichtingen) en kunnen overgaan tot eventuele regularisering en a posteriori, mits deze termijn de beginselen van transparantie en gelijke behandeling eerbiedigt [HvJ 10 november 2016, nr. C-199/15, *Ciclat Soc. Coop*, ECLI:EU:C:2016:853, overweging 28]. De verwerende partij toont niet aan waarom deze rechtspraak niet meer relevant zou zijn in de context van artikel 57 van de richtlijn 2014/24/EU.^[...]

5.24. Er moet ook worden gewezen op artikel 57, lid 3, tweede alinea van richtlijn 2014/24 waarin wordt bepaald dat de lidstaten kunnen voorzien in een afwijking van de verplichte uitsluiting als bepaald in lid 2, wanneer een uitsluiting kennelijk onevenredig zou zijn, met name wanneer slechts kleine bedragen aan belastingen of socialezekerheidsbijdragen niet zijn betaald of wanneer de ondernemer na de schending van zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen van het precieze verschuldigde bedrag op de hoogte was gebracht op een tijdstip waarop hij niet in de mogelijkheid verkeerde de in lid 2, derde alinea, genoemde maatregelen te treffen vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van een verzoek tot deelname, of, in open procedures, de termijn voor het indienen van inschrijvingen. In de memorie van toelichting bij artikel 68, §1, derde lid van de [wet van 17 juni 2016] wordt verduidelijkt: ‘ De voormelde versoepeling, die de toegang tot overheidsopdrachten voor KMO’s in principe zal bevorderen en ten goede zal komen van de staatskas, is ingegeven door het feit dat de afwezigheid van fiscale of sociale schulden voortaan gecatalogeerd is als een verplichte uitsluitingsgrond, zodat nog meer dan vroeger garanties moeten geboden worden dat ondernemers niet arbitrair uitgesloten worden.’ [*Parl. St. Kamer*, 2015-2016, nr. 1541/001, 119-120].

Zoals in de rechtsleer wordt aangegeven worden de attesten sociale en fiscale schulden in beginsel door de aanbesteder zelf opgevraagd en de kandidaat of inschrijver is op het ogenblik van de indiening van zijn aanvraag tot deelneming of offerte niet steeds van de inhoud van die attesten op de hoogte.^[...] In voorliggend geval bleek ook dat de verzoekende partij de betreffende per post verstuurd aanslagbiljetten zelf nog niet had ontvangen. De verwerende partij betreft deze elementen geenszins bij haar betoog.

5.25. Tot slot bepaalt artikel 68, §1, tweede lid van de [wet van 17 juni 2016] uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid elke ondernemer de kans geeft om zich in de loop van de plaatsingsprocedure in regel te stellen ten opzichte van de sociale en fiscale verplichtingen nadat ze een eerste maal heeft vastgesteld dat de kandidaat of inschrijver op dit vlak niet voldeed aan de eisen. Er wordt ook een uitdrukkelijke termijn bepaald van vijf werkdagen vanaf de kennisgeving aan de ondernemer dat hij niet voldoet om het bewijs te geven van zijn regularisatie. Van deze regularisatie kan slechts éénmalig gebruik gemaakt worden.

De verwerende partij toont niet aan dat deze regularisatiemogelijkheid niet zou voldoen aan de vereisten van transparantie of gelijke behandeling. [...]

Uit het voorgaande volgt dat niet blijkt dat de verwerende partij in haar betoog uitgaat van een juiste en volledige lezing van artikel 57 van

richtlijn 2014/24/EU. Evenmin maakt zij aannemelijk dat er twijfel kan bestaan over de verenigbaarheid van artikel 68, §1 van de [wet van 17 juni 2016] met artikel 57 van de richtlijn 2014/24/EU, temeer nu zij niet aantoont dat de geciteerde rechtspraak van het Hof van Justitie niet meer relevant zou zijn in de context van artikel 57 van de richtlijn 2014/24/EU. De prejudiciële vraag dient niet te worden gesteld.”

22. Wat haar tweede en derde argument betreft, aangevoerd in ondergeschikte orde, betwist de verwerende partij deze conclusie niet. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, heeft zij niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij verzuimt immers om op de bespreking van die argumenten in het auditoraatsverslag nog inhoudelijk te reageren en beperkt zich tot het handhaven van haar standpunt.

Wat haar eerste argument betreft, aangevoerd in hoofddorde, stelt de verwerende partij in haar laatste memorie enkel nog dat zij “de regularisatieplicht in de zin van artikel 68 van de [wet van 17 juni 2016] niet diende toe te passen” omdat zij te dezen werd geconfronteerd met dwingende redenen van algemeen belang in de zin van die bepaling, die zij (nogmaals) uitvoerig uiteenzet.

Zoals in het verslag van het auditoraat wordt gesteld, voorziet de wetgever geen uitzondering op de regularisatiemogelijkheid van de inschrijver, ook niet in geval van dwingende spoed, doch voorziet artikel 68, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 integendeel zelfs dat de aanbestedende overheid om dwingende redenen van algemeen belang over de verplichte uitsluitingsgrond voor fiscale schulden kan heenstappen. Anders dan de verwerende partij het ziet, kunnen de dwingende redenen van algemeen belang in de zin van die bepaling bijgevolg geen redenen uitmaken om van de eenmalige regularisatieverplichting af te zien, maar wel integendeel om – wanneer, zoals de verwerende partij te dezen zelf aangeeft, dwingende redenen van algemeen belang voorhanden zijn – voorbij te gaan aan de verplichte uitsluiting van een inschrijver waarvan niet blijkt dat hij in regel is met zijn fiscale verplichtingen.

23. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, en na eigen onderzoek, het eerste middel gegrond.

24. Het eerste middel, waarin de schending wordt aangevoerd van artikel 68, § 1, derde lid, van de wet van 17 juni 2016, is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 12 december 2022 waarbij het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas beslist om de opdracht voor het leveren van elektriciteit aan installaties en gebouwen van stad, politiezone, kerkfabrieken en OCMW van Sint-Niklaas, SNMH en Hulpverleningszone Waasland te gunnen aan de nv L.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op een juli tweeduizend vijfentwintig, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques