



Datum van inontvangstneming : 08/07/2019

C-387/19 - (1) VBA
DZF

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

ARREST

nr. 244.404 van 7 mei 2019
in de zaak A. 220.959/XII-8274

In zake:

1. de BVBA [REDACTED]
2. de BVBA AANNEMINGSBEDRIJF [REDACTED]
samen vormend een tijdelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals

[REDACTED]

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo

[REDACTED]

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 januari 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 29 november 2016 van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken X40/N60/54 met betrekking tot de herinrichting kruispunt Nieuwe Steenweg (N60) en op- en afrit E17 in De Pinte wordt gegund aan de nv Stadsbader voor een bedrag van 7.099.214,69 euro, btw inbegrepen, en niet aan de thv bvba [REDACTED] - bvba [REDACTED] el.

Ingeschreven in het register van het
Hof van Justitie onder nr. 244.404

Luxemburg 20.05.2019 De Griffier,
voor deze

Fax/E-mail: _____
Neergelegd op: 17/05/19 Maria Manuela Ferreira
Hoofdadministrateur

CURIA GREFFE
Luxembourg XII-8274-1/37

Entree 17.05.2019

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 237.029 van 12 januari 2017 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

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

Eerste auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 maart 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Nicolas Goethals, die *loco* advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een 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 is 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' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011), 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, samen vormend een tijdelijke vennootschap.

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 bijgevalen, 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 ██████████ - ██████ uit op grond van

XII-8274-3/37

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 [REDACTED] - [REDACTED]. Deze feiten hebben immers het vertrouwen van de aanbestedende overheid in de THV [REDACTED] - [REDACTED] ernstig geschaad.

Beoordeling [REDACTED]:

De firma [REDACTED] wordt uitgesloten op grond van ernstige fouten die werden begaan tijdens de uitvoering van de opdracht 'Erpe-Mere N9 Gentssteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg/ N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)' met besteknr. 1M3D8H/13/12. Tijdens deze opdracht is de firma [REDACTED] opgetreden als onderaannemer.

In de uitvoering van de overheidsopdracht 'Erpe-Mere N9 Gentssteenweg / 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 [REDACTED] - [REDACTED] 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 Gentssteenweg / 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 Gentssteenweg / 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 rafacties 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 [REDACTED] voor de uitvoering van dergelijke allesomvattende werken.

Beoordeling [REDACTED]

De firma [REDACTED] 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 [REDACTED] 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 [REDACTED] 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 er toe 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 [REDACTED] als aan de firma [REDACTED], leiden tot gegronde twijfels en onzekerheid omtrent de regelmatige uitvoering van

de huidige opdracht indien deze aan de THV [REDACTED] — [REDACTED] 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. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4.1. De verwerende partij vraagt om de vertrouwelijke behandeling van de offertes.

4.2. In de huidige stand van het geding stemt de Raad met toepassing van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ in met het verzoek tot vertrouwelijke behandeling van deze stukken. De partijen voeren hieromtrent overigens geen betwisting. De Raad mag deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

Zoals zal blijken uit de beoordeling van het enig middel is het lichten van de vertrouwelijkheid van de offertes bovendien niet noodzakelijk voor de oplossing van het geschil.

In de mate dat bij het feitenrelaas en bij de bespreking van de grond van de zaak stukken ter sprake komen die door de partijen als vertrouwelijk worden bestempeld, wordt enkel de inhoud ervan weergegeven zoals de partijen deze in hun verzoekschrift of nota vermelden en waarbij zij dus in die mate zelf de door hen ingeroepen vertrouwelijkheid van de bedoelde stukken hebben gelicht.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Ontvankelijkheid van het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing

5.1. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie op van onontvankelijkheid van het beroep tegen de impliciete

weigeringsbeslissing. Zij stelt dat indien de verzoekende partijen niet zouden zijn uitgesloten, hun offerte in beginsel nog diende te worden onderzocht in het licht van de selectiecriteria en de vereisten inzake regelmatigheid, zodat geenszins met zekerheid kan worden besloten dat de opdracht aan hen moest worden gegund.

Beoordeling

5.2. Voor zover de verzoekende partijen naast de nietigverklaring van de gunningsbeslissing tevens die van de impliciete weigering nastreven om hun de opdracht te gunnen, maken zij niet aannemelijk dat te dezen het uitzonderlijke geval voorligt waarin de Raad van State daartoe zou moeten doen besluiten.

Het ingeroepen middel, ook indien het gegrond zou worden bevonden, heeft die draagwijdte niet aangezien het enkel kritiek inhoudt op de uitsluiting van verzoekende partijen.

De vordering wordt verworpen in zoverre ze de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing betreft.

B. Belang

6.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat de verzoekende partijen niet doen blijken van een moreel belang bij het enig middel omdat een vernietiging van de bestreden beslissing geen herstel kan meebrengen van de morele schade die hen zou zijn aangedaan.

Zij wijst er op dat het immers niet aan de Raad van State toekomt om te oordelen of de door de verzoekende partij aangehaalde corrigerende maatregelen daadwerkelijk volstonden om tegemoet te komen aan de in het verleden begane beroepsfouten. Het eventuele recht van een inschrijver om aan te tonen dat dergelijke maatregelen werden genomen, waarop zij zich

beroepen in hun enig middel, impliceert volgens de verwerende partij niet dat de aanbestedende overheid hoe dan ook gehouden is om deze maatregelen te aanvaarden.

Bovendien is het *in casu* volgens haar uitgesloten dat de verwerende partij zou besluiten dat de verzoekende partijen wel degelijk “betrouwbaar” zijn, aangezien de opdracht definitief gegund is aan een andere inschrijver die de werken uitvoert en de gunningsprocedure dan ook beëindigd is. Volgens de verwerende partij kon van een moreel belang in hoofde van de verzoekende partijen hoogstens sprake zijn na een – te dezen niet voorhanden zijnde – schorsingsbeslissing. Enkel in dat geval had de aanbestedende overheid zich in voorkomend geval nog over de inhoud van de maatregelen kunnen uitspreken.

De verwerende partij wijst er nog op dat de verzoekende partijen niet aantonen dat de beslissing zou zijn gecommuniceerd aan alle concurrenten en aan de volledige sector. Evenmin, zo vervolgt de verwerende partij, bewijzen zij dat de vastgestelde onbetrouwbaarheid daadwerkelijk een invloed zou hebben op hun kansen om eventuele andere overheidsopdrachten gegund te krijgen.

Beoordeling

6.2. Het gegrond bevinden van het enig middel impliceert dat de verzoekende partijen dan de kans hadden moeten krijgen om de genomen maatregelen toe te lichten, evenals de kans dat de aanbestedende overheid deze maatregelen zou hebben aanvaard en niet tot uitsluiting zou hebben besloten. Deze kans volstaat om hun belang bij het middel en het beroep te vrijwaren. De verwerende partij komt op haar exceptie overigens ook niet meer terug in haar laatste memorie.

De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), van artikel 57, nr. 4-6-7 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: de richtlijn), van het in de richtlijn opgenomen principe *audi et alteram partem*, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de formelemotiveringswet), en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheids-, het mededingings-, het zorgvuldigheids-, en het transparantiebeginsel en het materiëlemotiveringsbeginsel.

De verzoekende partijen zijn van oordeel dat zij de mogelijkheid moeten krijgen om, vooraleer zij worden geweerd op grond van beweerde ernstige beroepsfouten, verweer te voeren waarin zij kunnen aantonen aan de problemen te hebben geredigeerd. De voormelde bepalingen van de richtlijn voorzien in een contradictoire procedure waarbij de inschrijver mag bewijzen dat de fouten van weleer zijn rechtgezet of achterhaald en bepalen bovendien dat feiten zoals hier aan de orde maximaal drie jaar kunnen worden gebruikt om een inschrijver te weren, zelfs al levert hij het bewijs niet dat hij ondertussen de problemen heeft verholpen.

De verzoekende partijen beroepen zich daarbij op de rechtstreekse werking van de voormelde bepalingen van die richtlijn.

Voorts merken zij op dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak een ruime uitlegging heeft gegeven aan het begrip “Staat” zodat de verzoekende

partijen de richtlijn, die niet tijdig is omgezet in de Belgische rechtsorde, mogen tegenwerpen aan de verwerende partij als regionaal bestuur, minstens een bestuur dat belast is met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, namelijk het onderhoud der gewestwegen in de provincie Oost-Vlaanderen.

Zij zijn van oordeel dat die voormelde bepalingen onvoorwaardelijk, duidelijk en nauwkeurig zijn. De vermelding dat een lidstaat “de nodige maatregelen moet nemen” en de loutere vermelding in de preambule dat de exacte procedurele voorwaarden en inhoudelijke voorwaarden door de lidstaat dienen te worden uitgewerkt – voorwaarden die volgens hen enkel op de procedure slaan – betekenen op zich niet dat de invoering van het recht van elke ondernemer om het bewijs te leveren van zijn *self clearance* voorwaardelijk zou zijn.

De verwerende partij kan daarbij, volgens de verzoekende partijen, niet verwijzen naar het “komend recht” van artikel 70 van de wet van 17 juni 2016. Het op de huidige opdracht nog niet toepasselijke artikel 70 van de nieuwe wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), waarbij wordt bepaald dat de kandidaat of inschrijver “op eigen initiatief” dient te bewijzen dat hij corrigerende maatregelen heeft genomen, is volgens de verzoekende partijen immers strijdig met de essentie en het doel van het voormelde artikel 57 van de richtlijn dat, net zoals bij de abnormale prijzen, in een contradictoire verificatieprocedure voorziet. Het recht van de ondernemer waarin dat artikel 57, zesde lid, van de richtlijn, voorziet, kan volgens de verzoekende partijen pas worden uitgeoefend nadat het bestuur een (voor)beslissing heeft genomen over de vraag of een inschrijver al dan niet een ernstige fout bij de beroepsuitoefening heeft begaan.

De bestreden beslissing heeft volgens de verzoekende partijen niet alleen de voormelde richtlijn geschonden, maar ook het daarin expliciet opgenomen principe *audi et alteram partem*.

Bij gebrek aan motivering met betrekking tot de overigens ook afwezige verantwoording uiteen te zetten – waartoe de verzoekende partijen ook niet werden uitgenodigd – is volgens de verzoekende partijen ook de formelemotiveringsplicht geschonden.

De verwerende partij is volgens hen ook onzorgvuldig geweest en heeft gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel, het beginsel van de correcte mededinging en het gelijkheidsbeginsel aangezien de verzoekende partijen op een ongelijke wijze zijn behandeld in vergelijking met hun “Europese” collega’s.

Ondergeschikt vragen de verzoekende partijen om de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie:

“1. Heeft het bepaalde in art. 57, lid 4 c) juncto lid 6 en 7 van de richtlijn 2014/24/EU een rechtstreekse toepassing in het Belgische recht, in die zin dat het particulieren een recht (met name de mogelijkheid van de ondernemer om te bewijzen dat hij maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen) verleent dat zij kunnen inroepen tegen aanbestedende diensten?

2. Moet het bepaalde in artikel 57, lid 4 c) juncto lid 6 en 7 van de richtlijn 2014/24/EU in die zin worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing waarbij de ondernemer verplicht wordt om op eigen initiatief – en zonder dat hij door de aanbestedende overheid in kennis wordt gesteld van de precieze feiten die aan de beslissing tot onbetrouwbaarheid ten grondslag liggen – het bewijs te leveren van de maatregelen die de ondernemer heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen?”

8. In hoofdorde betwist de verwerende partij in de memorie van antwoord dat artikel 57 van richtlijn een rechtstreekse werking heeft, meer bepaald het onvoorwaardelijk, duidelijk en nauwkeurig karakter van artikel 57, zesde lid, van de richtlijn. Minstens wat de corrigerende maatregelen betreft, is volgens de verwerende partij niet voldaan aan dit vereiste nu het voormelde artikel 57, zevende lid, bepaalt dat de lidstaten “bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden

voor de toepassing van dit artikel [bepalen]”. Overweging 102 van de richtlijn stelt met betrekking tot de omzetting van artikel 57, wat de corrigerende maatregelen betreft, voorts dat “het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, [...] aan de lidstaten [dient] te worden overgelaten”. Eén en ander wordt volgens haar ook geïllustreerd door de Engelse taalversie van de richtlijn, die het in artikel 57, zevende lid, uitdrukkelijk heeft over “the implementing conditions for this article”.

De stelling van de verzoekende partijen dat de essentie van het recht vervat in artikel 57, zesde lid, van de richtlijn duidelijk zou zijn, doet hieraan volgens haar geen afbreuk. In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat de lidstaten enkel bevoegd zijn om, enerzijds, het overheidsorgaan dat de corrigerende maatregelen dient te beoordelen, aan te wijzen, en, anderzijds, de maximale duurtijd van de uitsluiting te bepalen, repliceert de verwerende partij dat noch “meer bepaald”, noch “met name” erop wijst dat de voormelde aangelegenheden een exhaustief karakter zouden hebben. Het gaat volgens de verwerende partij daarentegen louter om voorbeelden van door de lidstaten uit te werken procedurele en inhoudelijke modaliteiten van de uitsluitingsregeling. Het valt volgens haar niet in te zien waarom de Europese regelgever anders eerst uitdrukkelijk zou stellen dat de lidstaten de “exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden” – in het meervoud – bepalen, om deze mogelijkheid vervolgens onmiddellijk te beperken tot slechts twee welbepaalde aangelegenheden. De uitdrukkelijke vermelding ervan in de richtlijn wijst volgens haar uitsluitend op de wens van de Europese regelgever om de lidstaten te verplichten om minstens omtrent deze aspecten nadere maatregelen te nemen.

Ook de bondige wijze waarop de richtlijn het systeem van corrigerende maatregelen “uitwerkt”, impliceert dat de lidstaten bij het implementeren van de richtlijn op dit vlak over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikken. Concreet heeft immers uitsluitend artikel 57, zesde lid, betrekking op de corrigerende maatregelen. De richtlijn regelt een groot aantal zaken hieromtrent niet of slechts in zeer algemene bewoordingen. De richtlijn

bepaalt bijvoorbeeld niet wanneer de kandidaat of inschrijver moet meedelen dat corrigerende maatregelen werden genomen, of op welke wijze dit dient te gebeuren. Dat de lidstaten over uitermate ruime bevoegdheden beschikken om zelf een regeling inzake corrigerende maatregelen uit te werken, blijkt vervolgens ook uit het gegeven dat de richtlijn de lidstaten vrijlaat om te bepalen welke instantie – de aanbestedende overheid dan wel een ander orgaan – bevoegd is om de corrigerende maatregelen te evalueren.

De verwerende partij betwist ook dat artikel 70 van de wet van 17 juni 2016 een “doorslag” is van artikel 57 van de richtlijn. De Belgische wetgever heeft immers fundamentele zaken toegevoegd of verduidelijkt met betrekking tot de regeling inzake corrigerende maatregelen. Zo bepaalt artikel 70 onder meer dat de kandidaat of inschrijver op eigen initiatief de *self cleaning* aantoot. Daarnaast komt het ook aan de aanbestedende overheid zelf toe om de corrigerende maatregelen in kwestie te beoordelen, en niet aan een onafhankelijk orgaan. Daarenboven staat niets eraan in de weg dat de nog uit te vaardigen uitvoeringsbesluiten de regeling nog grondiger zullen uitwerken.

Voorts zet de verwerende partij uitvoerig uiteen waarom ook de door de verzoekende partij aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie volgens haar geen afbreuk doet aan het voorgaande en bijgevolg niet dienstig is voor de oplossing van het geschil.

In ondergeschikte orde argumenteert de verwerende partij dat de bestreden beslissing de door de richtlijn vastgestelde regeling inzake *self cleaning* niet schendt. Zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat de richtlijn 2014/24/EU rechtstreekse werking heeft en een aanbestedende overheid in het bijzonder op het ogenblik van de aanneming van de bestreden beslissing reeds gehouden zou zijn de richtlijnbevestigingen inzake corrigerende maatregelen ervan rechtstreeks toe te passen en na te leven, dan meent de verwerende partij dat zij niet in strijd met de richtlijn heeft gehandeld door de verzoekende partij

niet uitdrukkelijk zelf de mogelijkheid te bieden om het bewijs te leveren van de corrigerende maatregelen.

Aangezien de richtlijn slechts in zeer algemene bewoordingen omschrijft hoe het systeem inzake de corrigerende maatregelen moet worden ingevuld, is het voor een aanbestedende overheid bijzonder moeilijk om op grond van artikel 57, zesde lid, te bepalen hoe zij de 'self cleaning' dient toe te passen. Zo bevat de richtlijn immers geen bepalingen met betrekking tot de instantie die bevoegd is om corrigerende maatregelen te beoordelen, noch over het tijdstip waarop de kandidaat of inschrijver moet vermelden dat corrigerende maatregelen getroffen zijn of op welke manier dit dient te gebeuren. Het is volgens de verwerende partij dan ook logisch dat in dergelijke omstandigheden aanknopings gezocht wordt bij de bepalingen van de wet van 17 juni 2016, ook wanneer deze nog niet in werking is getreden. In de eerste plaats heeft de wetgever ervoor gekozen om de bevoegdheid om de corrigerende maatregelen te evalueren, toe te vertrouwen aan de aanbestedende overheid zelf, in plaats van aan een onafhankelijk controleorgaan. Artikel 70, tweede lid, van die wet bepaalt daarnaast ook dat de kandidaat of inschrijver op eigen initiatief het bewijs dient te leveren van de concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen die hij genomen heeft ter voorkoming van verdere beroepsfouten. Volgens de verwerende partij hield niets de verzoekende partijen tegen om bij de indiening van hun offerte, zelf de betrokken corrigerende maatregelen mee te delen, zoals dat zal moeten gebeuren eens de wet van 17 juni 2016 in werking zal zijn getreden.

Een dergelijke invulling van de regeling inzake corrigerende maatregelen is volgens de verwerende partij niet strijdig met artikel 57 van de richtlijn. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen betogen, is de inschrijver wel degelijk het best geplaatst om in te schatten of hij zich in één van de facultatieve uitsluitingsgronden bevindt en om die reden corrigerende maatregelen dient te nemen. Het is evident dat de betrokken onderneming zelf op de hoogte is van de in het verleden door haar gestelde handelingen die eventueel

tot een uitsluiting zouden kunnen leiden. *In casu* lag de ernst van de begane tekortkomingen bij eerdere opdrachten voor werken voor de hand, des te meer nu deze opdrachten eveneens uitgingen van de verwerende partij.

Wat de vergelijking betreft met de contradictoire verificatieprocedure bij abnormale prijzen, repliceert de verwerende partij nog dat uit de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 59, zesde lid, en uit de vergelijking van de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 59, zesde lid, en artikel 69, eerste lid, van de richtlijn blijkt dat er een fundamenteel verschil bestaat tussen deze bepalingen.

In uiterst ondergeschikte orde stelt de verwerende partij dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet geschonden zijn. In dit verband merkt zij vooreerst op dat het standpunt van de verzoekende partijen hieromtrent uiterst summier is uitgewerkt, zodat niet duidelijk is in welk opzicht de beginselen in kwestie geschonden zouden zijn. Wat de hoorplicht betreft, verwijst zij naar de vaste rechtspraak van de Raad van State die luidt als volgt: "Aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur lijkt ten slotte niet voldaan te zijn aangezien een beslissing inzake niet-selectie geen maatregel lijkt die, zoals het algemeen beginsel van de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie is, maar enkel bestaat in het niet verlenen van een gevraagd voordeel." Bijgevolg wordt volgens de verwerende partij aangenomen dat er op een aanbestedende overheid die een uitsluitingsbeslissing wenst te nemen, in beginsel geen hoorplicht rust.

Voorts nu het aan de verzoekende partijen toekwam om op eigen initiatief mee te delen welke corrigerende maatregelen zij reeds hadden genomen en die te bewijzen, wat zij niet hebben gedaan, is hun betoog over het gebrek aan formele motivering over hun "afwezige verantwoording", waartoe zij niet hadden moeten worden uitgenodigd, ook niet ernstig.

Overigens blijkt volgens de verwerende partij uit het feitenrelaas dat de bestreden beslissing wel degelijk op deugdelijke motieven steunt, zodat aan de materiële motiveringsplicht is voldaan. In het gunningsverslag wordt dit bovendien grondig uiteengezet, zodat evenmin sprake kan zijn van een schending van de formele motiveringsplicht. Evenmin kan aan de verwerende partij verweten worden dat zij niet zorgvuldig zou hebben gehandeld door de verzoekende partij niet de mogelijkheid te bieden om de betrokken corrigerende maatregelen aan te tonen. Voorts tonen de verzoekende partijen niet aan in welk opzicht zij ongelijk zouden zijn behandeld ten opzichte van de overige inschrijvers.

Wat het verzoek tot prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie betreft, werpt de verwerende partij op dat dit *in casu* geenszins noodzakelijk is, rekening houdend met de "CILFIT-rechtspraak" van het Hof van Justitie. In het licht van wat voorafgaat, kan immers redelijkerwijze geen twijfel bestaan over de correcte uitlegging van de richtlijn. Er bestaat volgens de verwerende partij bijgevolg geen enkele reden voor de Raad van State om de onderhavige problematiek voor te leggen aan het Hof van Justitie.

9. In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen nogmaals dat artikel 57 van de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk is. De bepaling zoals omschreven onder artikel 57, zesde lid, van de richtlijn is volgens hen op zich, los van de eventuele procedure of inhoudelijke voorwaarden, perfect toepasbaar door een bestuur dat een welbepaalde onderneming wil weren wegens ongeschikt of onbetrouwbaar. De benadering van de verwerende partij is volgens hen te formalistisch.

De verzoekende partijen verwijzen ook naar vaste rechtspraak van de Raad van State waarbij het de aanbestedende overheid toegelaten is om in geval van onduidelijkheid, met respect voor het gelijkheidsbeginsel, bijkomende inlichtingen op te vragen. Een ondernemer mag volgens hen niet het slachtoffer

zijn van het feit dat een lidstaat niet tijdig tot omzetting van de richtlijn is overgegaan.

Artikel 57, zesde lid, van de richtlijn is volgens hen ook niet “vrijblijvender” dan de regeling inzake abnormale prijzen en de regeling vervat in de overige rechtspraak van het Hof van Justitie die zij in hun verzoekschrift hebben aangehaald.

Ook de argumentatie van de verwerende partij dat de bestreden beslissing de richtlijn niet schendt omdat de ondernemer op eigen initiatief de corrigerende maatregelen moet aanleveren, kan volgens hen niet worden bijgevalen. De verwerende partij negeert daarbij ten onrechte de verwijzing van de verzoekende partijen naar de opbouw van de richtlijn waaruit volgens hen wel degelijk blijkt dat de overheid tot uitsluiting kan overgaan, als zij aannemelijk maakt dat de ondernemer fouten heeft begaan. Het is volgens hen het recht van een ondernemer die zich in een situatie van uitsluiting bevindt, om aan te tonen dat hij wel degelijk betrouwbaar is. Dit staat volgens hen dan ook haaks op de invulling ervan als zou een ondernemer spontaan moeten melden dat hij “zijn leven heeft gebeterd”, nog los van de vraag of hij überhaupt kon bevroeden dat hem iets ten kwade werd geduid. De richtlijn moet volgens hen dan ook worden gelezen in de zin dat indien de aanbestedende overheid meent dat door een fout de integriteit is aangetast elke ondernemer de mogelijkheid moet krijgen te bewijzen dat hij maatregelen heeft genomen.

Wat de voorgestelde prejudiciële vragen betreft, kan volgens de verzoekende partijen te dezen geen toepassing worden gemaakt van de “CILFIT-rechtspraak” omdat de verwerende partij er ten onrechte van uitgaat dat alles “zonneklaar” is en er geen twijfel kan bestaan omtrent de correcte uitlegging van de richtlijn. Er ligt nog geen arrest voor van het Hof van Justitie dat omtrent deze cruciale interpretatie uitsluitel heeft gegeven. Zij merken op dat zij aan de hand van tal van arresten hebben aangetoond dat de formalistische benadering van de voorwaarden niet kan worden bijgevalen.

10. In haar laatste memorie betoogt de verwerende partij nog dat er geen enkele reden is om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie; volgens haar kan niet worden betwist dat de uitlegging van artikel 57, zesde lid, van de richtlijn 2014/24/EU voldoende duidelijk is op de punten die *in casu* aan de orde zijn, minstens dat het niet is noodzakelijk voor de oplossing van het voorliggende geschil om de prejudiciële vragen in kwestie te stellen.

Volgens haar sluiten de heldere bewoordingen van de richtlijn en de achterliggende principes van het overheidsopdrachtenrecht geenszins uit dat een lidstaat zou vereisen dat inschrijvers uit eigen beweging het bewijs leveren van zelfreinigende maatregelen; zij meent dat een inschrijver bovendien bij uitstek het best geplaatst is om een en ander zelf te signaleren en dat dergelijke werkwijze de transparantie ten goede komt, aangezien hierdoor ondernemingen worden aangespoord om van meet af aan open kaart te spelen, en dat uit de vergelijking met de regeling inzake abnormale prijzen, opgenomen in artikel 69, duidelijk blijkt dat in tegenstelling tot die bepaling, artikel 57, zesde lid, in geen enkel opzicht een gelijkaardige verplichting oplegt aan een aanbestedende overheid.

Zij verwijst thans nog bijkomend naar de uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 ‘houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument’, waar het in bijlage gevoegde modelformulier de mogelijkheid geeft om met betrekking tot elke facultatieve uitsluitingsgrond, met inbegrip van de ernstige beroepsfouten waar het *in casu* om gaat, aan te geven of zelfreinigende maatregelen werden genomen en deze in voorkomend geval te beschrijven. Hieruit leidt zij af dat ook de Europese Commissie meent dat uit de richtlijn 2014/24/EU volgt dat het aan de kandidaat of inschrijver toekomt om zelf het initiatief te nemen en eventuele corrigerende maatregelen te signaleren aan de aanbestedende overheid.

De verwerende partij betwist ook dat mag worden aanvaard dat de procedure inzake *self cleaning* zou verschillen afhankelijk van de toepasselijke

uitsluitingsgrond. Met de richtlijn werd net een aanzienlijke administratieve vereenvoudiging van de overheidsopdrachtenprocedure beoogd en uit die richtlijn blijkt, volgens haar, in geen enkel opzicht dat de Europese regelgever de bedoeling had om te voorzien in verschillende procedures op vlak van *self cleaning*. Zij benadrukt hierbij dat de eventuele toepassing van de uitsluitingsgrond met betrekking tot de ernstige beroepsfouten perfect voorzienbaar zou moeten zijn voor de betrokken onderneming, precies omdat deze corrigerende maatregelen zal hebben genomen om hieraan tegemoet te komen.

Voorts herhaalt zij dat niet redelijk kan worden betwist dat artikel 57, zesde lid, van de richtlijn geen rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde. De verwerende partij ziet niet in hoe het loutere gegeven dat dit artikel een minimale waarborg zou inhouden in hoofde van een onderneming, zou verantwoorden dat de richtlijn rechtstreekse werking heeft. Of die bepaling al dan niet deze minimum waarborg bevat, staat los van de vraag of dit artikel of die minimale waarborg voldoet aan de voorwaarden van rechtstreekse werking. Ook in die hypothese blijft het hoogst onduidelijk hoe een aanbestedende overheid met de verplichting om een onderneming te bevragen en het gegeven antwoord te beoordelen zal moeten omgaan, aangezien de richtlijn het aan de lidstaten overlaat om de nadere procedurele en inhoudelijke voorwaarden hieromtrent uit te werken en hierbij aansluitend een groot aantal aspecten van de regeling niet of slechts in zeer algemene bewoordingen regelt.

De verwerende partij wijst er nog op dat de Raad van State het gebrek aan rechtstreekse werking ook reeds in het arrest uitgesproken in het kader van het verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in deze zaak, heeft bevestigd. Hieruit volgt, zo vervolgt zij, dat het stellen van de prejudiciële vraag over het al dan niet bestaan van een verplichting voor een aanbestedende overheid om een contradictoire procedure te organiseren op vlak van *self cleaning*, niet noodzakelijk is, nu er toch geen rechtstreekse werking aan mag worden toegekend.

11. In hun laatste memorie vallen de verzoekende partijen het advies van de eerste auditeur bij om de daarin ietwat anders geformuleerde prejudiciële vragen, ook wat de volgorde betreft, aan het Hof van Justitie voor te leggen. Voorts repliceren zij nog op de standpunten die de verwerende partij heeft laten gelden met betrekking tot, enerzijds, de verplichting om uit eigen beweging de zelfreinigende maatregelen te melden en, anderzijds, de rechtstreekse werking van de richtlijn. Zij benadrukken hierbij onder meer dat de inschrijver maar kan “bevroeden” wat de overheid, gelet op haar ruime beleidsvrijheid terzake, als ernstige fout of tekortkoming beschouwt als dit haar gecommuniceerd wordt. Bijgevolg, ook al voorziet de richtlijn expliciet in een tegensprekelijke procedure inzake abnormale prijzen en spreekt de richtlijn zich inzake de corrigerende maatregelen niet uit over het tijdstip waarop de aannemer de mededeling moet doen, impliceert “de ratio legis van de tegensprekelijkheid [...] dat diegene die tegenspraak mag voeren weet waarover hij tegenspraak kan voeren”. Zij wijzen er nog op dat het modelformulier van het UEA wat de ernstige beroepsfouten betreft, uitgaat van een vooraf gedefinieerde kwalificatie van de beroepsfout in de eigen wetgeving, dan wel in de opdrachtdocumenten. Nu er in België, en al zeker niet in de onderhavige casus, geen sprake was van een vooraf gedefinieerde kwalificatie, menen zij dan ook dat van een inschrijver niet kan worden verwacht dat hij spontaan een melding moet doen van deze fouten en corrigerende maatregelen. De verzoekende partijen suggereren om die reden nog een kleine aanpassing aan de eerste in het auditoraatsverslag gesuggereerde vraag:

“Moet het bepaalde in artikel 57, lid 4 c) juncto lid 6 en 7 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 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 *zonder dat de ondernemer bij de inschrijving kennis had van definities van ‘ernstige beroepsfouten’ in de nationale wetgeving, de betreffende aankondiging of de aanbestedingsstukken?*”

Voorts beklemtonen zij nog dat de richtlijn duidelijk het recht geeft aan de ondernemer om zijn maatregelen te laten toetsen en dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de procedurele uitwerking van een aan een particulier geboden recht de rechtstreekse werking van dit recht niet mag ontnemen.

Beoordeling

12. De te dezen toepasselijke bepalingen van artikel 57 van de richtlijn luiden:

“4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

[...]

c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

[...]

g) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende instantie of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;

[...]

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de

strafrechtelijke inbreuken of de fout.

Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat vonnis geen gebruik kunnen maken van de in dit lid geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4.”

In de preambule bij de richtlijn wordt uitdrukkelijk bevestigd dat de niet naleving van geldende contractuele verplichtingen kan worden beschouwd als een ernstige fout van de betrokken ondernemer en ertoe kan leiden dat hij wordt uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de opdracht.

Voorts wordt inzake deze bepalingen in de preambule nog onder meer het volgende uiteengezet:

“(101) De aanbestedende diensten moet verder de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. Verduidelijkt moet worden dat een ernstige fout de integriteit van de ondernemer kan aantasten en ertoe kan leiden dat hij niet meer in aanmerking komt voor het plaatsen van een overheidsopdracht, ook al beschikt hij over de technische bekwaamheid en de economische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordelen hoeverre er sprake is van een ernstige fout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit is vastgesteld dat er verplichte uitsluitingsgronden voorhanden zijn, met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn verplichtingen heeft

geschonden, waaronder de verplichtingen in verband met de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, tenzij in het nationale recht anders is bepaald. Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. In het nationaal recht moet in een maximumtermijn voor dergelijke uitsluitingen voorzien worden.

Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.

(102) Wel moeten ondernemers de mogelijkheid krijgen om maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden. Het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, dient aan de lidstaten te worden overgelaten. Het moet de lidstaten meer bepaald vrijstaan te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toelaten de desbetreffende evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen.”

13. Overeenkomstig artikel 90 van deze richtlijn dienden de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te doen treden om uiterlijk op 18 april 2016 aan deze richtlijn te voldoen.

Wat de toepasselijkheid van de richtlijn op onderhavige zaak betreft, dient te worden opgemerkt dat de aankondiging van de opdracht bekend is gemaakt op 11 en 13 mei 2016, dat wil zeggen na de datum waarop de omzetting van de richtlijn diende te geschieden, namelijk 18 april 2016. Dat de richtlijn *ratione temporis* van toepassing is op de voorliggende opdracht wordt door de partijen niet betwist.

Volledigheidshalve dient ook te worden gewezen op de uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 ‘houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument’, waarin wordt bepaald dat met ingang van die voormelde datum van 18 april 2016, het in bijlage 2 bij deze verordening opgenomen standaardformulier zal worden gebruikt voor het opstellen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument als bedoeld in artikel 59 van de richtlijn.

Het voormelde standaardformulier vermeldt onder deel III “Uitsluitingsgronden” telkens de mogelijkheid om mee te delen of de ondernemer zelfreinigende maatregelen heeft genomen en om deze maatregelen desgevallend te beschrijven.

14. Artikel 61, § 2, 4^o, van het koninklijk besluit plaatsing 2011, op grond waarvan de verzoekende partijen werden uitgesloten, luidde:

“§ 2. Overeenkomstig artikel 20 van de wet kan in elk stadium van de gunningsprocedure worden uitgesloten van de toegang ertoe, de kandidaat of inschrijver die :

(..)

4^o bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan;”

15. Artikel 69 van de wet van 17 juni 2016 luidt:

“Art. 69 Facultatieve uitsluitingsgronden

Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoont toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, kan de aanbestedende overheid, in elk

stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure uitsluiten, in de volgende gevallen:

[...]

3° wanneer de aanbestedende overheid kan aantonen, met elk passend middel, dat de kandidaat of inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

[...]

7° wanneer de kandidaat of inschrijver blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbesteder of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot het nemen van ambtshalve maatregelen, schadevergoedingen of andere vergelijkbare sancties;

De in het eerste lid bedoelde uitsluitingen van deelname aan overheidsopdrachten gelden slechts voor een periode van drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis of, wanneer het een voortdurende inbreuk betreft, vanaf de beëindiging van de inbreuk.

[...]"

Artikel 70 van dezelfde wet luidt in verband met de corrigerende maatregelen:

“Elke kandidaat of inschrijver die in een van de in de artikelen 67 of 69 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als de aanbestedende overheid dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken kandidaat of inschrijver niet uitgesloten van de plaatsingsprocedure.

Hiertoe bewijst de kandidaat of inschrijver, op eigen initiatief, dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de kandidaat of inschrijver genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Het betreft in alle gevallen een door de aanbestedende overheid te nemen beslissing die zowel op materieel als formeel vlak moet gemotiveerd worden. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde is uitgesloten van deelneming aan plaatsingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als

gevolg van die beslissing geen gebruik kunnen maken van de in dit artikel geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.”

Met betrekking tot deze nieuwe bepaling inzake de “corrigerende maatregelen” wordt in de memorie van toelichting onder meer het volgende opgemerkt:

“Deze nieuwe bepaling is gericht op de omzetting van artikel 57.6 van richtlijn 2014/24/EU en heeft betrekking op de mogelijkheid waarover de kandidaat of inschrijver moet beschikken om te bewijzen dat hij voldoende corrigerende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond in de zin van artikel 66 en 68.

De ondernemers krijgen de mogelijkheid om via de corrigerende maatregelen (of nog ‘self-cleaning measures’), de maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen, waardoor zij hun betrouwbaarheid kunnen aantonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings-en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten door de aanbestedende overheid. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de plaatsingsprocedure zijn genomen, getoetst worden.

[...]

De aandacht wordt gevestigd op het feit dat de ondernemer uit eigen beweging moet aangeven of hij corrigerende maatregelen genomen heeft. In afwezigheid van nadere inlichtingen in die zin, kan de aanbestedende overheid ervan uitgaan dat geen enkele corrigerende maatregel werd genomen.

Het nazicht van de beweerdelijk genomen corrigerende maatregelen, wordt toevertrouwd aan de individuele aanbestedende overheden. Indien een aanbestedende overheid zou oordelen dat de genomen maatregelen voldoende zijn, dan is dit geenszins bindend ten aanzien van een andere aanbestedende overheid.

[...]”

Op datum van de bestreden beslissing waren de voormelde artikelen 69 en 70 van de wet van 17 juni 2016 evenwel nog niet in werking getreden.

Deze bepalingen zijn pas in werking getreden op 30 juni 2017, voor de opdrachten die vanaf die datum werden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte.

16. Om het middel zoals uiteengezet in het annulatieberoep te beoordelen, dient de vraag te worden beantwoord of het bepaalde in artikel 57, vierde lid, c) en g), *juncto* zesde en zevende lid, van de richtlijn zich al dan niet verzet tegen de toepassing waarbij een ondernemer, die zoals te dezen volgens de aanbestedende dienst een ernstige beroepsfout heeft begaan en niet op eigen initiatief melding heeft gemaakt van eventuele corrigerende maatregelen, wordt uitgesloten, zonder dat hij de – uitdrukkelijk in het kader van een voorgenomen uitsluiting door de aanbestedende overheid toegekende – mogelijkheid kreeg of daartoe in de aankondiging of besteksdocumenten werd uitgenodigd het bewijs te leveren van eventuele maatregelen om desondanks zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

De verwerende partij meent van niet en zoekt hierbij aanknopng bij de nieuwe, hier niet van toepassing zijnde, regeling inzake de corrigerende maatregelen in de wet van 17 juni 2016. Het voormelde artikel 70 van die wet, zoals hiervoor gezien, bepaalt immers dat de ondernemer uit eigen beweging moet aangeven dat hij corrigerende maatregelen genomen heeft.

Indien het antwoord op de voormelde vraag is dat de richtlijn de betrokken toepassing toestaat, dient de vraag of de relevante bepalingen van de richtlijn rechtstreekse werking hebben niet nader te worden onderzocht.

17. Er blijkt niet dat de betrokken bepalingen van de richtlijn al door het Hof zijn uitgelegd op het punt aan de orde in het huidige geding.

In het arrest van 24 oktober 2018, C-124/17 inzake Vossloh Laeis GmbH, heeft het Hof van Justitie zich reeds een eerste maal uitgesproken over de nieuwe regeling inzake *self cleaning*. Daarbij verklaarde het Hof voor recht:

“1) Artikel 80 van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, moet in die zin moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een bepaling van nationaal recht die eist dat een ondernemer die ondanks het bestaan van een toepasselijke uitsluitingsgrond zijn betrouwbaarheid wil aantonen, de feiten en omstandigheden in verband met de strafrechtelijke inbreuk of met de begane fout volledig opheldert door niet alleen met de onderzoekende autoriteit, maar ook met de aanbestedende dienst in het kader van de specifieke rol van deze laatste, actief mee te werken om het herstel van zijn betrouwbaarheid te bewijzen, voor zover die medewerking beperkt blijft tot de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor dit onderzoek.

2) Artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 moet in die zin moet worden uitgelegd dat wanneer een ondernemer zich schuldig heeft gemaakt aan een gedraging die onder de in artikel 57, lid 4, onder d), van deze richtlijn bedoelde uitsluitingsgrond valt en door een bevoegde autoriteit is bestraft, de maximumduur van de uitsluiting wordt berekend vanaf de datum van het besluit van deze autoriteit.”

Het arrest heeft meer bepaald inzonderheid betrekking op de vereiste medewerking van een ondernemer, enerzijds, en het aanvangspunt van de maximumduur van de uitsluiting, anderzijds. Daarbij overwoog het Hof ook onder meer het volgende:

“20 Volgens de tekst van artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 moet een ondernemer die ondanks het bestaan van een toepasselijke uitsluitingsgrond als bedoeld in de leden 1 en 4 van dat artikel zijn betrouwbaarheid wil aantonen, bewijzen dat hij eventuele

schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd die schade te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden volledig heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

21 Wat de context van deze bepaling betreft, dient in de eerste plaats erop te worden gewezen dat volgens artikel 57, lid 6, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 de ondernemer niet van de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten indien de door hem aangedragen bewijzen volgens de toepasselijke bepalingen van het nationale recht toereikend worden geacht. Omgekeerd worden, volgens artikel 57, lid 6, derde alinea, van deze richtlijn, wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, de redenen daarvoor aan de ondernemer meegedeeld.

22 In de tweede plaats blijkt uit overweging 102 van richtlijn 2014/24 dat wanneer een ondernemer voldoende garanties biedende maatregelen heeft genomen om de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten te verhelpen en herhaling daarvan doeltreffend te voorkomen, hij niet langer uitsluitend op deze grond mag worden uitgesloten. Volgens deze overweging moet de ondernemer erom kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, worden getoetst. Bovendien wordt in deze overweging gepreciseerd dat het aan de lidstaten staat, de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in dergelijke gevallen van toepassing zijn, te bepalen, en dat het hun meer bepaald vrijstaat te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toestaan de desbetreffende evaluaties te verrichten dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen.

23 Het bewijs dat de in artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 bedoelde maatregelen – waaronder met name de medewerking met de onderzoekende autoriteiten – zijn genomen, moet dus overeenkomstig de nationale regeling worden geleverd in het kader van de betrekkingen met de aanbestedende dienst die over de uitsluiting op grond van artikel 57 van deze richtlijn beslist. Wanneer de lidstaten de aanbestedende dienst toestaan de relevante beoordelingen te verrichten, staat het dus aan deze dienst om niet alleen na te gaan of er een grond voor uitsluiting van een ondernemer bestaat, maar ook in voorkomend geval na te gaan of deze ondernemer zijn betrouwbaarheid daadwerkelijk heeft hersteld.”

Het Hof blijkt zich vooralsnog echter nog niet expliciet uitgesproken te hebben over de vraag of artikel 57, zesde lid, van de richtlijn mag worden geïnterpreteerd in de zin dat een ondernemer zelf uit eigen beweging

zelfreinigende maatregelen dient aan te brengen, dan wel dat hij, alvorens tot uitsluiting kan worden besloten, hiertoe ook dient te worden uitgenodigd.

18. Het antwoord hierop blijkt alvast niet duidelijk uit de bewoordingen van de richtlijn zelf waarin slechts gesteld wordt dat “elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond”. Ook in overweging 102 van de preambule van de richtlijn wordt slechts op algemene wijze opgemerkt dat “de ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden.”

Het in bijlage 2 bij de uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 opgenomen standaardformulier vermeldt onder deel III “Uitsluitingsgronden” telkens een mogelijkheid om mee te delen of de ondernemer zelfreinigende maatregelen heeft genomen en om deze maatregelen desgevallend te beschrijven.

De mogelijke uitsluitingsgronden hebben echter betrekking op diverse situaties. In sommige gevallen zal het voor de betrokken ondernemer duidelijk voorzienbaar zijn of er al dan niet sprake is van een toepasselijke uitsluitingsgrond. Bij andere uitsluitingsgronden ligt dat minder voor de hand. Er zijn verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden.

In geval van “ernstige fout”, zoals te dezen aan de orde, komt het overeenkomstig overweging 101 bij de richtlijn immers aan de aanbestedende dienst toe om naar eigen inzicht te beoordelen in hoeverre er sprake is van een ernstige fout. 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 gaven tot een sanctie, zal de kwalificatie ervan als “ernstige fout” door de aanbestedende overheid niet steeds voorzienbaar zijn voor

de betrokken inschrijver. Bovendien is het ook mogelijk dat de ene aanbestedende overheid daar anders over oordeelt dan een andere, bijvoorbeeld in functie van de intussen verlopen tijd. Het valt overigens ook te betwijfelen of ondernemingen geneigd zullen zijn om aan een vorm van zelfbeschuldiging te doen en een daaraan gekoppelde opsomming te geven van zelfreinigende maatregelen met betrekking tot alle in het verleden door hen gestelde handelingen die mogelijks door de aanbestedende overheid als "ernstige fouten" zouden kunnen worden gekwalificeerd.

De vraag rijst dan ook of van een inschrijver dient te worden verwacht dat hij in dergelijk geval uit eigen beweging mogelijke ernstige fouten in de uitoefening van zijn beroep en zelfreinigende maatregelen die hij dienaangaande heeft genomen aangeeft, dan wel of de aanbestedende overheid alsnog in een contradictoire procedure dient te voorzien nadat zij heeft vastgesteld dat er volgens haar eigen inzicht sprake is van een ernstige fout die aanleiding kan geven tot uitsluiting en vooraleer effectief tot uitsluiting te kunnen besluiten.

Aangenomen zou kunnen worden dat ook zelfreinigende maatregelen noodzakelijkerwijze mee betrokken dienen te worden bij de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel van de uitsluiting door de aanbestedende overheid.

Een interpretatie in de zin dat in een contradictoire procedure dient te worden voorzien vooraleer effectief tot uitsluiting te mogen besluiten, lijkt ook de mededinging meer te bevorderen.

19. Daartegenover merkt de verwerende partij terecht op dat door het initiatief te leggen bij de inschrijver de kans groter is dat meerdere aanbestedende overheden over dezelfde informatie beschikken wanneer zij een gunningsbeslissing dienen te nemen en er in die zin sprake is van een grotere transparantie.

Ook wijst de verwerende partij er op dat ingevolge de maximale duurtijd van de uitsluiting, de inschrijver in elk geval weet hoe lang hij “uit eigen beweging” melding moet maken van de corrigerende maatregelen.

Te dezen heeft de verwerende partij allebei de verzoekende partijen uitgesloten op grond van feiten bij vorige opdrachten die zij heeft uitgeschreven in het kader van hetzelfde programma ‘TV3V’ voor de heraanleg van gevaarlijke kruispunten en wegvakken in het Vlaamse Gewest, waartoe ook de huidige opdracht behoort.

20. Wat de door de verzoekende partij bepleite analogie met de regeling inzake het onderzoek naar abnormale prijzen betreft, valt op te merken dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak met betrekking tot het onderzoek of een aanbidding abnormaal laag is, reeds oordeelde dat de overheid verplicht is om op een nuttig tijdstip een gegadigde te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, teneinde een willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen, een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen en de inschrijvers ervan te verzekeren dat zij niet van de betrokken aanbesteding worden uitgesloten zonder dat zij de verdiensten van hun inschrijving hebben kunnen verdedigen.

Met de verwerende partij dient te worden vastgesteld dat waar de regeling in artikel 69 van de richtlijn inzake abnormaal lage prijzen een aantal actieve handelingen voorschrijft aan de aanbestedende dienst, dit niet uitdrukkelijk het geval is bij de regeling inzake *self cleaning* in artikel 59, zesde lid, van de richtlijn. Overeenkomstig artikel 69, eerste lid, verplicht de aanbestedende dienst ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn. Overeenkomstig artikel 69, derde lid, beoordeelt de aanbestedende dienst de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver en kan hij de inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt

gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in het tweede lid bedoelde elementen. Artikel 57, zesde lid, van de richtlijn bepaalt daarentegen dat elke ondernemer die in een van de in de eerste en vierde lid bedoelde situaties verkeert, “mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond”.

Ook mag worden gewezen op de verschillende doelstellingen van de regeling inzake abnormale prijzen, enerzijds, en *self cleaning*, anderzijds.

21. Niettemin kan de Raad van State, in het licht van al het voorgaande, de verwerende partij echter niet bijvallen dat er “geen redelijke twijfel kan bestaan” over “de uitlegging van artikel 57, lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU”, die volgens de verwerende partij “voldoende duidelijk is op de punten die in casu aan de orde zijn”.

22. Wat vervolgens de vraag naar de rechtstreekse werking van de betrokken bepalingen van de richtlijn betreft, valt op te merken dat, zoals de verwerende partij benadrukt in haar laatste memorie, de Raad van State in het arrest nr. 237.029 van 12 januari 2017, gewezen in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, deze vraag *prima facie* ontkennend heeft beantwoord.

De verzoekende partij vraagt om ook hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie blijkt zich vooralsnog niet te hebben uitgesproken over de vraag of aan de bepalingen van artikel 57, zesde lid, van richtlijn 2014/24 of onderdelen ervan, rechtstreekse werking mag worden toegekend.

23. Te dezen wordt vastgesteld dat artikel 57, zesde lid, van de richtlijn aanvullende maatregelen behoeft om te kunnen worden toegepast waar wordt voorgeschreven dat elke ondernemer die in een van de in het eerste en vierde lid bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond.

Zo wordt in artikel 57, zevende lid, van de richtlijn uitdrukkelijk gesteld dat de lidstaten bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel dienen te bepalen. In de Engelstalige versie van artikel 57, zevende lid, van de richtlijn is sprake van "the implementing conditions for this article". Ook in de preambule bij de richtlijn wordt expliciet vermeld dat "het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, aan de lidstaten [dient] te worden overgelaten". Evenmin blijkt met de verzoekende partij te kunnen worden aangenomen dat het gebruik van de bewoordingen "meer bepaald" en "met name" in overweging 102 en artikel 57, zevende lid, van de richtlijn zou impliceren dat de lidstaten uitsluitend bevoegd zouden zijn om, enerzijds, het overheidsorgaan dat de corrigerende maatregelen dient te beoordelen, aan te wijzen en, anderzijds, de maximale duurtijd van de uitsluiting te bepalen. Dit lijkt te worden bevestigd door het feit dat de richtlijn en de preambule reeds twee verschillende aangelegenheden vermelden.

Voorts merkt de verwerende partij terecht op dat de richtlijn niet bepaalt wanneer de kandidaat of inschrijver moet meedelen dat corrigerende maatregelen werden genomen of op welke wijze dit dient te gebeuren. Voorts blijkt uit de preambule dat het de lidstaten onder meer vrij staat te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toelaten de betrokken evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen.

Terecht wijst de verwerende partij er ook op dat artikel 70 van de wet van 17 juni 2016 geenszins kan worden beschouwd als een “doorslag” van artikel 57 van de richtlijn.

24. De verzoekende partij verwijst in het kader van het annulatieberoep echter ook naar rechtspraak van het Hof van Justitie waaruit blijkt dat de bewoordingen van een bepaling waarbij de lidstaat “de nodige maatregelen moet nemen” op zich niet beletten dat een bepaald recht onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig door de richtlijn kan zijn toegekend.

Zo valt niet geheel uit te sluiten dat, hoewel aan de bepalingen inzake *self cleaning* in hun geheel geen rechtstreekse werking lijkt te kunnen worden toegekend, dit voor bepaalde onderdelen ervan, die als minimumwaarborg gelden, misschien wel het geval kan zijn. Indien het Hof van Justitie van oordeel is dat de in artikel 57, zesde lid, van de richtlijn geboden mogelijkheid aan een inschrijver om ondanks de uitsluiting wegens ernstige fout zijn betrouwbaarheid aan te tonen, inhoudt dat de aanbestedende overheid een inschrijver hoe dan ook die kans moet geven vooraleer hem op die grond uit te sluiten, rijst aldus de vraag of dit kan worden beschouwd als een soort van minimale bescherming die op grond van de richtlijn wel precies kan worden vastgesteld.

Anders dan de verwerende partij dit ziet, kan dan ook niet worden aangenomen dat de juiste toepassing van het Unierecht, ook op het vlak van de vraag naar de rechtstreekse werking, “zo evident is” dat “redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan” over de correcte interpretatie.

25. Aldus wordt ingegaan op het verzoek tot prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie.

In het licht van het voorgaande wordt de volgorde van beide vragen omgewisseld en de beide vragen als volgt geherformuleerd:

1. Moet het bepaalde in artikel 57, lid 4 c) en g) juncto lid 6 en 7 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 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?

BESLISSING

1. Het debat wordt heropend.

2. Aan het Hof van Justitie worden de volgende vragen gesteld:

1. Moet het bepaalde in artikel 57, lid 4 c) en g) juncto lid 6 en 7 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 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?

3. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt opgedragen om na ontvangst van het antwoord van het Hof van justitie van de Europese Unie een aanvullend verslag op te stellen waarna de partijen de kans wordt geboden nog laatste memories neer te leggen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 mei 2019,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,

kamervoorzitter,

Johan Bovin,

staatsraad,

Pierre Barra,

staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Sila Doms

Dierk Verbiest

Digitaal gehandtekend
door de griffier

†AHFTNABBC-BDFHDES†

Digitaal gehandtekend
door de kamervoorzitter

XII-827-37/37