

Aanbesteder moet ongeschikte onderaannemer vervangen tijdens gunningsprocedure

Wanneer een aanbestedende overheid tijdens de gunningsprocedure vaststelt dat een entiteit op wier draagkracht een inschrijver of kandidaat beroep doet, niet voldoet aan de op hem toepasselijke selectiecriteria, heeft de aanbestedende overheid niet louter de mogelijkheid maar wel de verplichting om van die inschrijver of kandidaat te eisen dat hij die entiteit in kwestie vervangt. Zo verduidelijkte het Hof van Justitie in een [arrest van 6 oktober 2021](#), naar aanleiding van een prejudiciële vraag door de Raad van State.

Aanleiding van de prejudiciële vraag was een vernietigingsberoep bij de Raad van State door een inschrijver die niet geselecteerd was omdat twee van de drie door hem opgegeven onderaannemers op wier draagkracht hij een beroep wenste te doen, niet voldeden aan de op hen toepasselijke selectiecriteria inzake diploma's en referenties. Hoewel de Belgische regelgeving overheidsopdrachten in dat geval voorziet in een vervanging van de onderaannemers in kwestie, oordeelde de aanbestedende overheid dat zij niet verplicht was de inschrijver die mogelijkheid te bieden. Aldus besloot zij de betrokken inschrijver niet te selecteren zonder hem de kans te geven zijn onderaannemers te vervangen.

Voor de Raad van State argumenteerde de inschrijver evenwel dat een aanbestedende overheid steeds verplicht is de mogelijkheid tot vervanging aan te bieden en dat hij dus niet zonder meer uitgesloten kon worden. De Raad legde de vraag voor aan het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie volgt de zienswijze van de inschrijver. Het Hof stelt dat Richtlijn 2014/24/EU – waarop de Belgische regelgeving overheidsopdrachten gebaseerd is^[1] –, geen enkele beoordelingsmarge laat aan de aanbestedende overheid. Zij is derhalve verplicht om van een inschrijver te eisen dat deze een entiteit op wier draagkracht hij een beroep wil doen, vervangt, wanneer die entiteit niet voldoet aan één of meer selectiecriteria. Het Hof verwijst daarvoor o.a.

ook naar het proportionaliteitsbeginsel.

Tegelijkertijd geeft het Hof van Justitie aan dat een vervanging van de entiteit(en) in kwestie er wel niet toe mag leiden dat de inschrijving van de betrokken onderneming substantieel wijzigt en in werkelijkheid een nieuwe offerte wordt ingediend, hetgeen de gelijkheid van de inschrijvers in het gedrang zou brengen. Het Hof lijkt aldus toch enige ruimte te laten voor situaties waarin een vervanging niet aan de orde is. Minstens zal de aanbestedende overheid de (op haar aangeven) door de inschrijver voorgestelde vervanging moeten toetsen aan het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Voor meer informatie over dit onderwerp, kan u Kris Lemmens, Sophie Bleux, Cédric Vandekeybus of Ine Verbelen raadplegen.

[1] Het betreft met name artikel 63, lid 1, tweede alinea van Richtlijn 2014/24/EU, zoals omgezet door artikel 73, §1, lid 2 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerpen

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com