



PUBLIC PROCUREMENT RESEARCH CENTRE

De werking van het Unierecht en nationaal recht op de contractuele relatie tussen overheid en opdrachtnemer bij de uitvoering van overheidsopdrachten

Een handreiking voor een evenwichtiger positie van aannemers van werken in België



PRAKTISCH WERKDOCUMENT

met (A) verweermiddelen en (B) knelpunten en aanbevelingen voor een gunstigere en billijkere positie van de aannemer van werken ten opzichte van de aanbestedende overheid in België

Juli 2015

Prof. Dr. Elisabetta R. Manunza

Hoogleraar Europees en Internationaal Aanbestedingsrecht, Public Procurement Research Centre, REBO Faculteit Universiteit Utrecht

e.r.manunza@uu.nl

Gerrieke Bouwman, LL.M

Onderzoeker Europees en Internationaal Aanbestedingsrecht, Public Procurement Research Centre, REBO Faculteit Universiteit Utrecht

g.bouwman@uu.nl

Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (Renforce), Europa Instituut, Universiteit Utrecht

Achter Sint Pieter 200, 3512 HT, Utrecht, The Netherlands | T +(0)30 253 7047

Inhoudsopgave

1. INLEIDING	4
1.1 Onderzoek naar EU conformiteit van sancties uit KB Uitvoering.....	4
1.2 Doel van het onderzoek en opzet van dit werkdocument.....	4
1.3 Een drietal premissen.....	4
1.4 Welke van de onderzochte bepalingen uit het KB Uitvoering vallen onder de werkingssfeer van het Unierecht?	7
A. Verweermiddelen uit Unierecht en EVRM	8
1. <i>Verweermiddelen tegen art. 48 KB Uitvoering</i>	8
Verweermiddel 1: Uitsluiting op basis van ‘in gebreke blijven’ in strijd met richtlijn 2004/18/EG.....	8
Verweermiddel 2: Geen automatische uitsluiting bij belangenvermenging.....	9
Verweermiddel 3: Uitsluiting op basis van ‘in gebreke blijven’ ook te ruim onder nieuwe richtlijn.....	9
Verweermiddel 4: Uitsluiting voor ‘bepaalde tijd’ in strijd met richtlijn 2014/24/EU.....	10
Verweermiddel 5: Aannemer van werken moet zijn betrouwbaarheid kunnen aantonen onder nieuwe richtlijn.....	10
Verweermiddel 6: Erkenningsystemen ex art. 48 KB moeten voldoen aan Europese randvoorwaarden.....	11
Verweermiddel 7: Geen automatische uitsluiting bij intrekking erkenning vanwege belangenvermenging.....	11
2. <i>Verweermiddelen tegen de toepassing van artikel 49 KB Uitvoering</i>	12
Verweermiddel 8: (On)toelaatbaarheid geldelijke sancties (en ambtshalve maatregelen) ex art. 49 KB Uitvoering op grond van Unierecht en EVRM.....	12
3. <i>Verweermiddelen op basis van Europese beginselen</i>	13
Verweermiddel 9a: ‘Het in gebreke blijven’ ex art. 48 KB toetsen aan proportionaliteitsbeginsel	13
Verweermiddel 9b: ‘Klasse-regeling’ ex art. 48 KB toetsen aan proportionaliteitsbeginsel.....	13
Verweermiddel 9c: Sterkere toetsing aan proportionaliteitsbeginsel met nieuwe richtlijn	13
Verweermiddel 10: ‘Zware sancties’ ex art. 49 KB toetsen aan proportionaliteitsbeginsel.....	14
Verweermiddel 11: Onduidelijke formulering art. 48 en 49 KB vergen toetsing aan rechtszekerheids- / transparantiebeginsel.....	14
Verweermiddel 12: ‘Daadwerkelijk’ recht op hoor en wederhoor bij art. 48 KB.....	14
Verweermiddel 13: Geen recht op toegang tot informatie en andere miskenning van rechten toetsen aan beginsel van behoorlijk bestuur ex art. 41 Handvest.....	15
Verweermiddel 14: Uitsluiting ex art. 48 KB buiten richtlijngronden en zonder waarborgen in strijd met het beginsel van Unietrouw.....	15
Verweermiddel 15: Motiveringsplicht bij toepassing art. 48 en 49 KB.....	15
4. <i>Nieuwe verweermiddelen nu in de nieuwe richtlijn 2014/24/EU contractvoorwaarden expliciet worden genoemd? ...</i>	16
Verweermiddel 16: Contractuele voorwaarden dienen proportioneel te zijn; KMO's krijgen extra aandacht	16
Verweermiddel 17: Toekennen opdracht aan andere aannemer in strijd met nieuwe richtlijn	16
5. <i>Verweermiddelen op grond van het EVRM</i>	17
Verweermiddel 18: Bij ‘geen inzage in stukken’ en bij ‘geen motivering’ toetsen aan artikel 6 lid 1 EVRM	18
Verweermiddel 19: Toepassing art. 44 KB toetsen aan de waarborgen van een eerlijk proces ex art. 6 lid 1 EVRM.....	18
Verweermiddel 20: Geldelijke sanctie ex art. 49 KB toetsen aan art. 6 EVRM.....	19
Verweermiddel 21: Sanctie sloping van het uitgevoerde werk toetsen aan art. 6 EVRM.....	19
Verweermiddel 22: Recht op effectieve rechtsbescherming	19

Verweemiddel 23: Effectieve rechtsbescherming bij inbreuk op eigendomsrecht.....	20
6. Concluderende observaties.....	20
B. Knelpunten en aanbevelingen	21
<i>Knelpunt 1: Ruime gronden en zware sancties.....</i>	<i>21</i>
<i>Knelpunt 2: Vaststelling en beoordeling gebreken door de aanbestedende overheid.....</i>	<i>22</i>
Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunten 1 en 2.....	22
<i>Aanbeveling 1: Evenwichtig systeem van ‘checks and balances’ tussen overheid en aannemer van werken</i>	<i>22</i>
<i>Knelpunt 3: Rol van de architect.....</i>	<i>22</i>
<i>Knelpunt 4: Regelgeving lijkt vooral van de aannemer van werken kwaliteit te verlangen</i>	<i>23</i>
Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunten 3 en 4.....	23
<i>Aanbeveling 2: Objectieve en evenredige maatstaven voor verdeling taken en verantwoordelijkheden tussen bestuur, architect en aannemer van werken.....</i>	<i>23</i>
<i>Aanbeveling 3: Rol andere actoren bepalend voor goed verloop bouwproces: evenredige rolverdeling tussen bestuur, architect en aannemer van werken.....</i>	<i>24</i>
<i>Knelpunt 5: Onevenwichtige risicoverdeling opdrachtgever en opdrachtnemer</i>	<i>24</i>
Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunt 5.....	24
<i>Aanbeveling 4: Evenwichtige toedeling van risico's.....</i>	<i>25</i>
<i>Knelpunt 6: Wantrouwen tussen contractspartijen.....</i>	<i>26</i>
Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunt 6.....	26
<i>Aanbeveling 5: Vergroten van vertrouwen tussen contractspartijen.....</i>	<i>26</i>
<i>Achtergrond en uitleg bij knelpunt 7: Risico op corruptie</i>	<i>27</i>
<i>Knelpunt 7: Risico op corruptie door overheidsambtenaren.....</i>	<i>27</i>
<i>Aanbeveling 6: Vermindering risico corruptie; verbetering imago van de overheid in de relatie tot haar burgers</i>	<i>27</i>
Noten	28

1. INLEIDING

1.1 Onderzoek naar EU conformiteit van sancties uit KB Uitvoering

- De Confederatie Bouw Oost-Vlaanderen (hierna: Confederatie) heeft gevraagd om te onderzoeken of de artikelen 44, 45, 47, 48, 49, 52, 85, 87 van het *Koninklijk Besluit Uitvoeringsregels tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken* van 14 januari 2013 (hierna: KB Uitvoering) conform het Unierecht zijn.ⁱ
- Deze bepalingen reguleren diverse vormen van sancties die tijdens de uitvoering van een *contract voor de aanneming van werk* door de aanbestedende overheid aan de opdrachtnemer kunnen worden opgelegd.
- De Confederatie ervaart de toepassing in de praktijk van deze sancties als disproportioneel en dus als ongerechtvaardigd en wenst dat de grenzen van de juridische toelaatbaarheid daarvan ten aanzien van het Europees recht in kaart worden gebracht.

1.2 Doel van het onderzoek en opzet van dit werkdocument

In het PPRC onderzoek “*KB UITVOERING 2013 IN HET LICHT VAN HET EUROPEES RECHT. Een onderzoek naar de verenigbaarheid met het recht van de Unie van een aantal bepalingen uit het KB Uitvoering van 14 januari 2013*” (hierna: hoofddocument) is voorgaande centrale vraag en de specifieke bepalingen uit het KB Uitvoering uitvoerig behandeld en is bezien wat de knelpunten per bepaling zijn.

Dit praktisch document is bedoeld om de bevindingen uit het hoofddocument te vertalen naar de praktijk:

wat kan de aannemer van werken en/of de Confederatie met de resultaten doen?

De vraag wordt uitgewerkt in twee delen:

- (A) het eerste gedeelte bestaat uit verweermiddelen af te leiden uit het uitgebreide advies, waarmee de leden van de Confederatie zich (mogelijk) kunnen verweren in een rechtszaak of anderszins tegen de gewraakte bepalingen kunnen opkomen;
- (B) het tweede gedeelte omvat verdere aanbevelingen ten aanzien van de door de Confederatie gesignaleerde knelpunten in de praktijk bij de uitvoering van overheidsopdrachten.

Deze aanbevelingen kunnen door de (leden van de) Confederatie gebruikt worden om (ook via politieke wegen) de Uitvoeringswetgeving en praktijk, en de rechtspraak in België te laten evolueren in een voor de aannemer van werken gunstigere en billijkere positie, met minder willekeur en meer rechtszekerheid.

Met name dit laatste gedeelte bevat elementen die in België noodzakelijk zullen blijken om daadwerkelijk een evenwichtiger positie van aannemers van werken bij de uitvoering van overheidsopdrachten ten opzichte van de overheid te kunnen realiseren.

1.3 Een drietal premissen:

- 1) De sanctie die de aannemer wil aanvechten dient onder de werkingssfeer van het EU-recht te vallen:

Een aannemer van werken kan zich op het Unierecht beroepen alleen als de betreffende bepaling uit het KB Uitvoering onder de werkingssfeer van Unierecht valt.

Regels over de uitvoering van overheidsopdrachten behoren tot het contractenrecht. Het gaat om contractuele bepalingen die partijen - zowel private als publiekrechtelijke – overeenkomen.

Op welke wijze zij dat doen, is in beginsel aan de Lidstaten overgelaten. Europa heeft alleen zeggenschap op terreinen waar sprake is van exclusieve of gedeelde bevoegdheid van de EU. Lidstaten hebben geen soevereiniteit afgestaan aan de Europese Unie op het terrein van het contractenrecht en zijn zelf bevoegd tot handelen.

Dit vloeit voort uit de afspraken over de verdeling van bevoegdheden die in het Europees Verdrag zijn opgenomen en betekent dat Europa zich niet met de uitwerking van de contract- en/of uitvoeringsvoorwaarden in het nationale recht mag bemoeien.

Dit houdt tegelijk ook in dat nationale bepalingen op een ‘zuiver nationaal terrein’ (zoals het contractenrecht in beginsel), niet kunnen worden getoetst aan de Europese vrijheden, Europese rechtsbeginselen en fundamentele grondrechten uit het Handvest. Dit Europees recht geldt namelijk voor zover Lidstaten binnen de werkingssfeer van Unierecht handelen.

Bovendien is het inroepen van de fundamentele grondrechten uit het Handvest en – in mindere mate – de Europese algemene beginselen bij de rechter complexer dan “hard” Europees recht (primair: de Verdragen en secundair: richtlijnen, verordeningen). Deze fundamentele rechten en Europese beginselen kunnen immers slechts in samenhang met een andere “harde” bepaling uit het Verdrag of een bepaling van secundair Europees Unierecht worden ingeroepen.

In het hoofddocumentⁱⁱ is een drietal tabellen opgenomen waarin de afhankelijkheid van de werkingssfeer van Unierecht bij het kunnen inroepen van Unierecht om bepalingen uit het KB Uitvoering aan te vechten, in beeld wordt gebracht.

- Gronden in *primair* Unierecht zijn:
 - ❖ Het vrij verkeer van vestiging en diensten ex art. 49 en 56 e.v. EU-werkingsverdrag (hierna: WVEU) en het non-discriminatie beginsel op grond van nationaliteit ex art. 18 WVEU;
 - ❖ de bepalingen inzake het mededingingsrecht (artikel 101 en 102 WVEU);
 - ❖ de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (hierna: Hof of HvJ EU) geformuleerde algemene beginselen, waarvan in het bijzonder het proportionaliteitsbeginsel;
 - ❖ de grondrechten uit het EVRM die volgens artikel 6 VEU tot de algemene beginselen van Unierecht dienen te worden aangemerkt.
- Gronden in *secundair* Unierecht zijn:
 - ❖ Richtlijn 2004/18/EG;

Dan dient wel eerst te worden bestudeerd of er sprake is van een:

- (i) opdracht met een economische waarde die gelijk is of hoger dan de Europese drempel,
- (ii) opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie HvJ EU in zijn arrest *Secap en Santorso* van 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06)ⁱⁱⁱ,
- (iii) opdracht van zuiver nationale aard.

Alleen de opdrachten onder (i) en onder (ii) kunnen onder de werkingssfeer van het Europees aanbestedingsrecht vallen (richtlijn, verdragen en jurisprudentie van de Europese rechter).

- ❖ NB: in april 2016 wordt richtlijn 2004/18/EG door richtlijn 2014/24/EU vervangen.
- ❖ Ook Verordening 1/2003^{iv} kan relevant zijn.

In de nieuwe richtlijn 2014/24/EU is een nieuwe afdeling getiteld 'Uitvoering van de opdracht' (art. 70 e.v.) opgenomen. Ook is meer geregeld over de contractvoorwaarden. Enige regels rondom de Uitvoering van overheidsopdrachten vallen daarmee wel onder de werkingssfeer van Unierecht (voor zover relevant worden deze hierna in deel (A) besproken).

2) Maar wat als de sanctie niet onder de werkingssfeer van het EU recht kan worden gebracht? Bijvoorbeeld omdat het om een zuivere nationale situatie gaat?

- a) De belangrijkste rol speelt het nationale rechtssysteem:
 - Algemene beginselen spelen een belangrijke rol; van belang is ook om te bezien in hoeverre deze door de Europese beginselen (kunnen) worden ingekleurd;
 - Van groot belang zijn voorts *Good Governance* aspecten zoals in het staats- en bestuursrecht van de lidstaten van de Unie neergelegd.
- b) Ook het EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) kan onder omstandigheden een rol spelen:
 - Omdat dit verdrag rechtsbescherming bij de toepassing van sancties verschaft;
 - Sancties kunnen *administratieve* dan wel *strafsancties* zijn; de waarborgen bij een strafsanctie kunnen hoger zijn.

3) Van groot belang is tot slot de visie op de verhoudingen in een contract:

Zoals we zullen zien genieten slechts de sancties die onder de werkingssfeer van Richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG vallen (en vanaf april 2016 onder Richtlijn 2014/24/EU), de beste Europeesrechtelijke bescherming.

Daarom zijn ook enkele observaties over algemene uitgangspunten die in België gelden in het (publiek) contractenrecht van groot belang:

- a) In België geldt al sinds lange tijd een behoorlijk concreet en gereguleerd 'publiek contractenrecht', met beperkte afwijkingmogelijkheden.
- b) Kenmerk van het administratief recht is de ongelijkheid tussen de overheid en de burger: de eerste behartigt het algemeen belang en de burger - over het algemeen - verdedigt zijn eigen belang.
- c) De administratie dient ter vrijwaring en ter bevordering van het algemeen belang op te treden.
- d) Dit belang dient op het privaat belang, en dus ook in het voorkomend geval op het belang van de medecontractant, voorrang te hebben.
- e) In deze onevenwichtige verhouding tussen de partijen ziet men een factor die met de aard van het contract niet te verzoenen is.
- f) Terwijl de civielrechtelijke overeenkomst in beginsel tussen gelijkgerechtigde partijen wordt aangegaan, wordt de verhouding tussen het bestuur en de rechtsonderhorigen - wat de administratieve contracten betreft - in België door een fundamentele ongelijkheid gekenmerkt.
- g) Deze ongelijkheid openbaart zich zowel in de verordenende bevoegdheid, in het administratief contractenrecht, als in het algemeen bij het nemen van uitvoerende beslissingen.
- h) Deze ongelijkheid vindt de oorsprong in het '*privilege du préalable*', wat inhoudt dat de beslissing van het bestuur geacht wordt in overeenstemming te zijn met het recht.

- i) Handelingen van de overheid zijn daarom onmiddellijk bindend en kunnen pas achteraf door de rechter worden tenietgedaan.
- j) Dat kan in bepaalde gevallen de grote vrijheid van de overheid rechtvaardigen, maar mag niet verhinderen dat de rechter achteraf de uitvoering van overheidshandelen moet kunnen toetsen en over moet kunnen gaan tot het vernietigen van de ambtshalve maatregel, inclusief eventuele toekenning van schadevergoeding voor de aannemer.

Uitgangspunt voor de aanbevelingen die hierna in deel (B) worden behandeld:

- i. de administratiefrechtelijke visie verschaft doorgaans de overheid een bevoorrechte positie;
- ii. een verdere ontwikkeling van deze visie is van fundamenteel belang om een (eventuele) aanpassing van de betwiste bepalingen uit het KB Uitvoering door de *wetgever* te realiseren;
- iii. dit is ook van fundamenteel belang voor een proportionele (billijke) toepassing van het recht door de *rechter*.

In (B) worden de knelpunten en relatieve aanbevelingen behandeld om tot een gunstigere en billijkere positie van de aannemer van werken ten opzichte van de aanbestedende overheid te komen.

1.4 Welke van de onderzochte bepalingen uit het KB Uitvoering vallen onder de werkingssfeer van het Unierecht?

Ondanks het feit dat in beginsel contractuele voorwaarden voor de uitvoering van overheidsopdrachten niet onder de werkingssfeer van Unierecht vallen, kunnen enkele uitvoeringsvoorwaarden uit het KB Uitvoering, de artikelen 48 en 49, wel onder de Europese werkingssfeer vallen.

Ten aanzien van de materie die in deze bepalingen wordt gereguleerd, heeft de Europese Unie namelijk in de richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG wel nadere regels vastgesteld, waarmee het nationale recht niet in strijd mag zijn.

Dit betekent dat artikel 48 en 49 KB Uitvoering kunnen worden getoetst:

- aan de betreffende bepalingen uit die richtlijnen;
- aan de basisvrijheden uit het EU-Werkingsverdrag;
- aan de fundamentele rechten;
- aan de Europese algemene beginselen.

Daarnaast zal artikel 47 KB Uitvoering onder de nieuwe richtlijn overheidsopdrachten niet onverkort kunnen worden toegepast. Bij een beëindiging van een overheidsopdracht wegens in gebreke blijven van de aannemer van werken, zal de aanbestedende overheid een nieuwe aanbestedingsprocedure moeten organiseren (zie verder onder A, verweermiddel 17). Het toepassen van deze sanctie zal hierdoor vanzelf moeilijker worden.

A. Verweermiddelen uit Unierecht en EVRM

Zoals reeds hierboven vermeld kan een aannemer van werken zich enkel op het Unierecht beroepen indien de gewraakte bepaling uit het KB Uitvoering onder de werkingssfeer van Unierecht valt.

Dit is het geval bij artikel 48 en 49 KB Uitvoering; deze kunnen daarom worden getoetst aan de:

- betreffende bepalingen uit die richtlijnen;
- basisvrijheden uit het EU-Werkingsverdrag;
- fundamentele rechten;
- Europese algemene beginselen.

Daarnaast zijn voor alle bestudeerde bepalingen, de artikelen 44, 45, 47, 48, 49, 52, 85, 87 enkele bepalingen uit het EVRM relevant.^v

1. Verweermiddelen tegen art. 48 KB Uitvoering

Verweermiddel 1: Uitsluiting op basis van 'in gebreke blijven' in strijd met richtlijn 2004/18/EG

Het enkele 'in gebreke blijven' van een aannemer is te ruim voor kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Wanneer de aannemer van werken wordt uitgesloten op basis van een grond die niet onder richtlijn 2004/18/EG valt, is dit in strijd met art. 45 richtlijn 2004/18.

Uitleg verweermiddel 1

- De uitsluitingsgronden voor overheidsopdrachten en de erkenningsregelingen die Lidstaten in hun nationale recht opnemen, betreffen situaties waarvoor richtlijn 2004/18/EG overheidsopdrachten klassieke sectoren nadere regels bevat.
- Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten die gelijk of meer bedragen dan de Europese drempels.
- Vraag is of de richtlijn ook een rol speelt bij opdrachten die niet onder de EU-drempels vallen. Op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU is het antwoord ja als deze opdrachten 'van grensoverschrijdend belang' zijn; de ratio van het Hof is als volgt:
 - ❖ de sanctie 'uitsluiting van een aannemer' van aanbestedingsprocedures vormt een potentiële beperking van de interne markt (art. 49 en 56 EU-Werkingsverdrag); zoals door het Hof in ro. 29 van zijn arrest *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12 van 10 juli 2014) verduidelijkt: 'het uitsluiten van overheidsopdrachten kan eraan in de weg staan dat een zo groot mogelijk aantal inschrijvers aan aanbestedingsprocedures deelneemt';
 - ❖ de uitsluitingsgronden uit richtlijn 2004/18/EG kunnen volgens het HvJ EU ook gelden voor opdrachten die onder de drempels van de richtlijn liggen maar die wel van grensoverschrijdend belang zijn; zoals uit o.a. ro. 34 van het arrest van het HvJ EU van 18 december 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (zaak C-470/13) kan worden afgeleid.
 - ❖ Ook in het arrest *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (o.a.) past het HvJ EU de richtlijn toe onder de Europese drempels (zie ro. 36).
 - ❖ Wel kan een beperking van de interne markt gerechtvaardigd worden om redenen aan het algemeen belang ontleend.
 - ❖ Echter: uitsluitend de uitsluitingsgronden uit de richtlijn 2004/18 kunnen als een geoorloofde beperking van de interne markt worden beschouwd.

- Artikel 48 KB Uitvoering mag niet in strijd met richtlijn 2004/18 worden toegepast, zowel wanneer sprake is van een Europese opdracht als van een opdracht onder de EU-drempel maar van grensoverschrijdend belang.
- Lidstaten mogen in beginsel geen andere uitsluitingsgronden in hun nationale bepalingen opnemen dan limitatief in artikel 45 van de richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG zijn voorzien.
- De enige grond uit art. 45 van de richtlijn die gehanteerd zou kunnen worden om in het nationaal recht te bepalen dat een aannemer van werken van een overheidsopdracht kan worden uitgesloten wegens het ‘in gebreke blijven’, is de *ernstige fout in de beroepsuitoefening* uit lid 2 sub d.
- Doch: uit jurisprudentie van het Hof van Justitie EU van 13 december 2012 (*Forposta*, C-465/11) blijkt duidelijk dat het dan om een ‘ernstige’ fout in de beroepsuitoefening moet gaan, waarbij “kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst” is vereist.

Verweermiddel 2: Geen automatische uitsluiting bij belangenvermenging

Wanneer een aanbestedende overheid automatisch uitsluit op grond van belangenvermenging tussen aanbestedende overheid en aannemer van werken, voldoet dit niet aan de eis die het Hof van Justitie EU in het *Fabricom* arrest heeft geformuleerd dat een dergelijke uitsluiting per geval dient te worden beoordeeld.

Uitleg verweermiddel 2

- In artikel 48 KB Uitvoering wordt verder verwezen naar artikel 19 van de Wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken. In dat artikel is ook voorzien in de mogelijkheid tot uitsluiting.
- Op basis van deze wet kan niet ‘elk in gebreke blijven’ leiden tot uitsluiting maar uitsluitend en nadat de Gewestregering advies van de Commissie voor erkenning heeft verkregen, op de in artikel 19 onder (1) b, d en e, en (2) a en b genoemde gronden. Deze gronden zijn in die wet namelijk zwaarder dan het enkele ‘in gebreke blijven’ van een aannemer en dus niet in strijd met de gronden uit richtlijn 2004/18/EG.
- Wel kan de grond onder 1(e) “belangenvermenging tussen aanbestedende overheid en inschrijver” in strijd zijn met de richtlijn:
 - ❖ Hoewel volgens het arrest *Fabricom* van het Hof van Justitie EU uit 2005, uitsluiting op deze grond in bepaalde gevallen wel mogelijk is, kan dit nooit automatisch plaatsvinden zonder toetsing *in concreto* en zonder dat de betrokken aannemer de kans heeft gehad de kwestie te verduidelijken.

Verweermiddel 3: Uitsluiting op basis van ‘in gebreke blijven’ ook te ruim onder nieuwe richtlijn

Een aannemer van werken mag onder richtlijn 2014/24/EU niet op basis van het enkele ‘in gebreke blijven’ als in artikel 48 KB Uitvoering worden uitgesloten. Op grond van artikel 57 lid 4 sub g kan dit alleen bij *aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen*. Dit volgt ook uit jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en het Europees proportionaliteitsbeginsel (zie verweermiddel 9a).

Uitleg verweermiddel 3

- De nieuwe richtlijn 2014/24/EU voorziet in artikel 57 in veel meer uitsluitingsgronden dan de huidige richtlijn 2004/18/EG. Deze nieuwe richtlijn dient per april 2016 in de Lidstaten te zijn geïmplementeerd.
- In artikel 57 lid 4 sub g is opgenomen dat tot uitsluiting kan worden overgegaan 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 dienst of een eerder concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties.
- Als voorbeelden noemt de considerans bij richtlijn 2014/24 (overweging 101) de 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.

- Het blijkt hier dus wel te gaan om aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen: gedragingen van hetzelfde kaliber als door het Hof vereist voor het uitsluiten op basis van een ernstige fout in de beroepsuitoefening.

Gevolgen:

- ❖ Verweermiddel 1 blijft ook onder de nieuwe richtlijn van kracht.
- ❖ Uitsluiting op basis van belangenvermenging als bedoeld in verweermiddel 2 wordt een nieuwe uitsluitingsgrond.
- ❖ Echter: het *proportionaliteitsbeginsel* blijft vereisen dat een beoordeling per geval wordt uitgevoerd door de aanbestedende overheid. Dit geldt voor alle uitsluitingsgronden.

NB. Van fundamenteel belang is dat het Hof van Justitie EU het nieuwe recht uit richtlijn 2014/24/EU ook nu al toepast, zoals het uitdrukkelijk bepaalt in ro. 37 van zijn arrest van 18 december 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (zaak C-470/13): "(...) Bovendien is in art. 57 [...] van richtlijn 2014/24 duidelijk en ondubbelzinnig sprake van deze uitsluitingsgrond".

Verweermiddel 4: Uitsluiting voor 'bepaalde tijd' in strijd met richtlijn 2014/24/EU

Uitsluiting voor 'bepaalde tijd' zoals in artikel 48 KB Uitvoering kan in strijd komen met de maximumduur van drie jaar die de Lidstaten daarvoor moeten opnemen onder de nieuwe richtlijn. Dit mag alleen anders zijn indien de duur van de uitsluiting is vastgesteld in een onherroepelijk vonnis.

Uitleg verweermiddel 4

- In artikel 57 lid 7 wordt de Lidstaten opgelegd om een maximumduur voor de uitsluiting in de regelgeving op te nemen, met een maximum van vijf jaar voor de verplichte en drie jaar voor de facultatieve uitsluitingsgronden.
- Dit vormt een extra concretisering van de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel bij de uitsluitingsgronden in de nieuwe richtlijn (zie verweermiddelen onder deel A, punt 3 hierna).

Verweermiddel 5: Aannemer van werken moet zijn betrouwbaarheid kunnen aantonen onder nieuwe richtlijn

Wanneer de aanbestedende overheid de aannemer van werken op grond van artikel 48 KB Uitvoering een facultatieve uitsluitingsgrond wil opleggen moet zij hem de kans geven zijn betrouwbaarheid aan te tonen op grond van artikel 57 lid 6 richtlijn 2014/24/EU.

Het KB Uitvoering voorziet (nu nog) niet in deze mogelijkheid, zodat de regeling op dit punt - indien ongewijzigd in stand gelaten - in strijd is met de nieuwe richtlijn.

Uitleg verweermiddel 5

- Op basis van deze bepaling dienen Lidstaten te voorzien in de mogelijkheid dat de aannemer in kwestie, zelfs wanneer het bewijs van de uitsluitingsgrond kan worden geleverd, desalniettemin niet wordt uitgesloten omdat hij inmiddels maatregelen heeft getroffen om herhaling van de gedraging te voorkomen en deze maatregelen zijn betrouwbaarheid aantonen.
- Als het bewijs toereikend wordt geacht door de aanbestedende overheid wordt de aannemer van werken niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.
- Lid 6 van artikel 57 is een goed voorbeeld van de uitkristallisering van het proportionaliteitsbeginsel in de nieuwe richtlijn.

Verweermiddel 6: Erkenningsystemen ex art. 48 KB moeten voldoen aan Europese randvoorwaarden

Het hanteren van erkenningsystemen zal altijd moeten voldoen aan randvoorwaarden van objectieve vaststelling van het systeem, proportionaliteit, non- discriminatie en worden omgeven door waarborgen van rechtsbescherming.

Indien een aannemer van werken van mening is dat de klasseverlaging op grond van de sanctie uit artikel 48 KB Uitvoering in een concreet geval daarmee in strijd is, kan hij dit in rechte aan de orde stellen op basis van de Europese beginselen en uitgangspunten (daarover meer in deel A, punt 3 hierna).

Uitleg verweermiddel 6

Artikel 52 richtlijn 2004/18/EG regelt de mogelijkheden voor de erkenning van aannemers en de voorwaarden voor de toepassing van de erkenningsregelingen.

De schorsing, klasseverlaging en intrekking van de erkenning wordt in artikel 48 KB Uitvoering indirect genoemd via de verwijzing naar de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

- Richtlijn 2004/18/EG biedt ruimte voor het systeem zoals dat in België wordt geregeld in de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.
- Wel moet het systeem en de concrete toepassing ervan in overeenstemming zijn met de Europese randvoorwaarden.

Verweermiddel 7: Geen automatische uitsluiting bij intrekking erkenning vanwege belangenvermenging

Gelijk aan Verweermiddel 2: Wanneer een aanbestedende overheid de erkenning automatisch intrekt op grond van belangenvermenging tussen aanbestedende overheid en aannemer van werken, voldoet dit niet aan de eis die het Hof van Justitie EU in het *Fabricom* arrest heeft gesteld dat een dergelijke uitsluiting (zoals de intrekking van erkenning *de facto* inhoudt) per geval dient te worden beoordeeld.

Uitleg verweermiddel 7

- Intrekking van de erkenning zal voor een aannemer van werken de consequentie hebben, gezien het Belgische systeem, dat de kwaliteiten van technische- en beroepsbekwaamheid en de economische en financiële draagkracht voor geen enkele overheidsopdracht - vallend binnen een specifieke categorie - meer worden vermoed aanwezig te zijn.
- Wanneer de intrekking van een erkenning echter *de facto* dezelfde gevolgen heeft als een uitsluiting, kan worden aangevoerd dat deze op basis van richtlijn 2004/18/EG alleen geoorloofd is als die onder de Europees vastgestelde uitsluitingsgronden kan worden gebracht (i) en aan het systeem van proportionele toetsing van de uitsluitingsgronden voldoet (ii).
- Let wel op: net als bij uitsluiting is ook hier vereist (Wet houdende regeling van de erkenning van aannemers) dat de Gewestregering na advies van de Commissie voor erkenning enkel tot intrekking (en uitsluiting) kan overgaan in de door artikel 19 (1) b, d en e, en (2) a en b voorziene omstandigheden:
 - ❖ (1) (sub b) grove fout in de uitvoering van de werken, (sub d) mededingingsovertredingen, (sub e) belangenvermenging aanbestedende overheid en inschrijver;
 - ❖ 2 (sub a) deelname aan een criminele organisatie, omkoping, fraude, terroristisch misdrijf, witwassen van geld of andere beroepsmoraal of niet voldoen aan sociale en fiscale verplichtingen, (sub b) valse verklaringen heeft afgelegd ter gelegenheid van het indienen van een aanvraag tot erkenning.
- Op basis van het *Fabricom* arrest moet de grond 'belangenvermenging' per geval worden getoetst en mag geen automatische intrekking van de erkenning plaatsvinden op grond van 'in gebreke blijven' van een aannemer van werken.

2. Verweermiddelen tegen de toepassing van artikel 49 KB Uitvoering

Verweermiddel 8: (On)toelaatbaarheid geldelijke sancties (en ambtshalve maatregelen) ex art. 49 KB Uitvoering op grond van Unierecht en EVRM

Artikel 49 KB Uitvoering is een bepaling die de aanbestedende overheid vergaande bevoegdheden toekent ten aanzien van de sanctionering van verboden mededingingsafspraken.

Vragen kunnen gesteld worden ten aanzien van de toelaatbaarheid van het opleggen van een geldelijke sanctie (= boete?) door de aanbestedende overheid en ook ten aanzien van de toepassing van ambtshalve maatregelen.

Temeer nu de bepaling niet voorziet in waarborgen voor de aannemer van werken.

Vanuit het Unierecht kunnen – ongeacht of het in artikel 49 KB Uitvoering gaat om een onrechtmatige bevoegdheid tot handhaving van mededingingsovertredingen dan wel om sanctionering na vaststelling daarvan door een wel bevoegde autoriteit – de Europese beginselen worden ingeroepen om deze bepaling te bestrijden.

- ❖ Onder meer kan gedacht worden aan het rechtszekerheidsbeginsel en het proportionaliteits-/evenredigheidsbeginsel (voor een behandeling van de in te roepen Europese beginselen zie hierna: deel A, punt 3).

Bovendien kunnen boetes die een mededingingsautoriteit oplegt als strafrechtelijke sancties worden aangemerkt en vallen daarmee onder de ‘criminal charge’ voorwaarde van art. 6 lid 2 en 3 EVRM.

- ❖ Daarom gelden ook stevige waarborgen uit het EVRM bij de toepassing van dergelijke sancties, bijvoorbeeld met betrekking tot hoor- en wederhoor en de rechtsbescherming (zie verder onder verweermiddelen EVRM, deel A, punt 5 hierna).

Uitleg bij verweermiddel 8

- Art. 49 KB Uitvoering dat over maatregelen gaat die door de aanbestedende overheid verplicht getroffen moeten worden bij het niet eerbiedigen door de opdrachtnemer van de artikelen 9 of 10 van de wet defensie en veiligheid, kan onder de werkingssfeer van het Europees Unierecht gebracht worden: het gaat om de toepasselijke maatregelen bij het ontdekken van afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.
- Deze materie valt namelijk onder art. 101 en 102 WVEU en verordening 1/2003^{vi}.
- Dat aanbestedende overheden inschrijvers die zich aan verboden mededingingsafspraken schuldig hebben gemaakt, van aanbestedingsprocedures mogen uitsluiten is inmiddels helder. De nieuwe richtlijn voorziet daartoe ook in een expliciete uitsluitingsgrond, art. 57 lid 4 sub d.
- Vraag is wel in hoeverre een geldelijke sanctie/boete ook door een aanbestedende overheid kan worden opgelegd.
- Vastgesteld moet dan worden hoe de bepaling zich verhoudt met het handhaven van inbreuken op de mededingingsregels door de mededingingsautoriteiten als bedoeld in Vo. 1/2003 en of een aanbestedende overheid de hoedanigheid van een mededingingsautoriteit heeft gekregen.
- Indien ten aanzien van het opleggen van sancties/boetes de aanbestedende overheid geen mededingingsrechtelijke handhavingsbevoegdheden heeft gekregen, dan zal art. 49 KB Uitvoering op dit punt in strijd kunnen zijn met het Europese mededingingsrecht.
- **NB:** Aandachtspunt bij een dergelijke bepaling is in ieder geval dat de aanbestedende overheid onderzoek zal moeten verrichten ter vaststelling van een dergelijke verboden mededingingsafpraak (tenzij deze is

vastgesteld door de mededingingsautoriteit of een rechtbank maar dan is het de vraag in hoeverre een extra sanctie toelaatbaar is).

- De aanbestedende overheid beschikt bovendien niet over de onderzoeksbevoegdheden waarover mededingingsautoriteiten beschikken en een eventueel onderzoek zal omkleed moeten zijn met de nodige waarborgen zoals die zijn neergelegd in het Belgische en het Europese recht.
- In ieder geval gelden bij de toepassing van besluiten ter sanctionering van mededingingsafspraken de EU-rechtelijke beginselen. In dit kader kan dan gedacht worden aan de beginselen van effectiviteit, effectieve rechtsbescherming, proportionaliteitsbeginsel, en de onschuldpresumptie.

3. Verweermiddelen op basis van Europese beginselen

Alleen de artikelen 48 en 49 KB Uitvoering vallen onder de werkingssfeer van het Unierecht omdat dezelfde materie ook door de Europese wetgever is gereguleerd. Daarom kunnen slechts bij deze twee bepalingen beginselen en fundamentele rechten uit het Unierecht (direct) worden ingeroepen.

- **Proportionaliteitsbeginsel**

Dit beginsel vereist een redelijke verhouding tussen verschillende belangen, doestellingen en instrumenten. Het beginsel kan worden ingeroepen om het handelen van de overheid als bestuurder/ aanbestedende overheid te toetsen.

Verweermiddel 9a: 'Het in gebreke blijven' ex art. 48 KB toetsen aan proportionaliteitsbeginsel

- Artikel 48 KB Uitvoering lijkt een disproportionele *bepaling* te zijn. Artikel 48 KB Uitvoering suggereert dat het 'in gebreke blijven' uitsluiting van (toekomstige) opdrachten tot gevolg kan hebben. Zoals reeds hierboven genoemd, is "het in gebreke blijven" niet 'ernstig' genoeg om onder de uitsluitingsgrond "ernstige beroepsfout" te worden gebracht. Deze grond uit art. 48 KB Uitvoering is te ruim geformuleerd. Dit geldt temeer nu de gronden voor het in gebreke blijven zeer ruim zijn (artikel 44 KB Uitvoering) en de aanbestedende overheid al voor een klein gebrek een dergelijk ingrijpende sanctie lijkt te kunnen toepassen.
- Er dient *per geval* aan het proportionaliteitsbeginsel te worden getoetst.
- Let op: er dient aan het proportionaliteitsbeginsel te worden getoetst ook indien wegens het 'in gebreke blijven' van een aannemer tot intrekking van de erkenning zou kunnen worden overgegaan.

Verweermiddel 9b: 'Klasseregeling' ex art. 48 KB toetsen aan proportionaliteitsbeginsel

Ook de klasseregeling moet worden getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel. Gezien de grote consequenties die een klasseverlaging in de praktijk van een aannemer van werken tot gevolg heeft, dient een dergelijke beslissing per geval gerechtvaardigd te worden mede door een toets aan het proportionaliteitsbeginsel.

Verweermiddel 9c: Sterkere toetsing aan proportionaliteitsbeginsel met nieuwe richtlijn

Bij de toepassing van artikel 48 KB Uitvoering zal de aanbestedende overheid onder de nieuwe richtlijn nog sterker moeten toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel (zie ook verweermiddelen 3-5).

- ❖ Voor het uitsluiten van aannemers van werken bij een overheidsopdracht onder artikel 48 KB uitvoering bepaalt overweging 101 considerans richtlijn 2014/24 uitdrukkelijk: "Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel".
- ❖ Kleine onregelmatigheden mogen volgens de considerans niet tot de uitsluiting van een ondernemer leiden (behalve in zeer uitzonderlijke omstandigheden).

Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de

betrouwbaarheid van de ondernemer en als reden voor uitsluiting worden beschouwd. Ook deze beslissing dient opnieuw aan het proportionaliteitsbeginsel te worden getoetst.

Verweermiddel 10: 'Zware sancties' ex art. 49 KB toetsen aan proportionaliteitsbeginsel

Artikel 49 KB Uitvoering voorziet in zware sancties voor zware vergrijpen.

Het proportionaliteitsbeginsel kan ingeroepen worden in geval sprake is van een sanctie die niet in verhouding staat met de begane overtreding.

- **Rechtszekerheidsbeginsel:** wetten en besluiten van de overheid moeten duidelijk en precies zijn zodat individuen hun rechten en verplichtingen kunnen kennen.
- **Transparantiebeginsel:** het recht / de wet en de toepassing daarvan moeten helder en duidelijk zijn. In het aanbestedingsrecht is de zaak *Succhi di Frutta* van het HvJ EU van 29 april 2004, zaak C-496/99P van groot belang. In ro. 111 bepaalde het Hof: "het beginsel van doorzichtigheid - dat het corollarium vormt van het beginsel van gelijke behandeling -, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. [...]". Talloze zijn de zaken over het transparantiebeginsel bij overheidsopdrachten in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU (*Unitron Scandinavia, Telaustria, Parking Brixen, e.a.*)^{vii}.
 - ❖ Het beginsel stelt grenzen aan het gebruik van discretionaire bevoegdheid van een aanbestedende dienst: met name moet het handelen voorzienbaar zijn.
 - ❖ Ook de openbaarheid van bestuursdocumenten en het recht op inzage in dossiers kan onder het transparantiebeginsel vallen.

Verweermiddel 11: Onduidelijke formulering art. 48 en 49 KB vergen toetsing aan rechtszekerheids-/transparantiebeginsel

Het is zeer de vraag of artikel 48 en artikel 49 KB Uitvoering voldoende duidelijk zijn geformuleerd; de onduidelijkheid doet af aan de rechtszekerheid van aannemers van werken die opdrachten uitvoeren voor de overheid.

Er kan worden beargumenteerd dat de artikelen 48 en 49 KB Uitvoering onduidelijk zijn en ruimte laten voor willekeur door de aanbestedende overheid.

- **Recht van verdediging:** dit recht omvat met name het recht om te worden gehoord.^{viii}
 - ❖ Dit recht is van fundamenteel belang voor de aannemer van werken om zodoende een foutieve beslissing te (laten) herstellen of de beslissing nemende autoriteit op de hoogte te stellen van bepaalde omstandigheden waardoor een ander besluit gerechtvaardigd zou zijn.

Verweermiddel 12: 'Daadwerkelijk' recht op hoor en wederhoor bij art. 48 KB

In artikel 48 KB Uitvoering is neergelegd dat de betrokkene vooraf wordt gehoord en de gemotiveerde beslissing hem wordt betekend.

Het beginsel van de rechten van de verdediging houdt in dat een aannemer van werken ook daadwerkelijk vooraf zijn standpunt kan laten horen én dat die worden meegenomen bij de uiteindelijke beslissing van de aanbestedende overheid.

Indien in de praktijk geen recht wordt gedaan aan het recht van verdediging bij de artikelen 48 en 49 KB Uitvoering kan de aannemer van werken daartegen in beroep.

- **Artikel 41 Handvest van de Grondrechten EU:** het recht op behoorlijk bestuur (geldend ten opzichte van een aanbestedende dienst die tevens *bestuursorgaan* is), houdt naast de eerbiediging van de rechten van de verdediging en het recht om te worden gehoord (voordat bestuursorgaan een nadelig besluit kan nemen), ook in: (i) het recht op toegang tot dossier, (ii) een toereikende termijn van verdediging en (iii) een onpartijdig en billijke behandeling van de zaak binnen redelijke termijn.

Verweermiddel 13: Geen recht op toegang tot informatie en andere miskening van rechten toetsen aan beginsel van behoorlijk bestuur ex art. 41 Handvest

Wanneer de aannemer van werken het recht op toegang tot belangrijke informatie tot zijn verdediging wordt onthouden en ook wanneer hem een onpartijdige of onbillijke behandeling van zijn zaak wordt verhinderd bij de toepassing van de artikelen 48 en 49 KB Uitvoering, kan hij een beroep doen op artikel 41 Handvest ten opzichte van een aanbestedende overheid die ook *bestuursorgaan* is.

- ❖ Daarnaast kan hij in aanvulling bij verweermiddel 12 ook op grond van artikel 41 Handvest stellen dat zijn recht van verdediging – en alles wat daar onder valt – is geschonden.

- **Het beginsel van Unietrouw (art. 4 lid 3 EU-Verdrag):** Lidstaten dienen zich te onthouden van het nemen van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.

Verweermiddel 14: Uitsluiting ex art. 48 KB buiten richtlijngronden en zonder waarborgen in strijd met het beginsel van Unietrouw

Allereerst wordt met het beginsel van Unietrouw nagestreefd dat een Lidstaat geen regelgeving neemt die in strijd is met het Europees recht.

Het uitsluiten van aannemers van een volgende overheidsopdracht als sanctie is een ingrijpende maatregel, die alleen op basis van de gronden neergelegd in de richtlijn overheidsopdrachten mag worden toegepast en die tevens aan de proportionaliteitstoets moet worden onderworpen.

Artikel 48 KB Uitvoering kan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar brengen, nu de interne markt, bij een niet proportionele, wellicht zelfs willekeurige uitsluiting van aannemers van werken, wordt belemmerd.

- **Beginsel van effectieve rechtsbescherming:** dit beginsel houdt in dat aannemers van werken in kwestie een daadwerkelijke toegang tot de rechter dienen te hebben bij schending van Unierecht.
 - ❖ Ook moeten besluiten worden gemotiveerd, zodat de verdedigende aannemer daarop kan anticiperen.
 - ❖ Zie ook artikel 47 Handvest: het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dit omvat ook de motiveringsplicht van besluiten door het bestuursorgaan in de bestuurlijke (voor)fase. Aansluiting wordt gezocht in het EVRM (zie hierna deel A, punt 5).

Verweermiddel 15: Motiveringsplicht bij toepassing art. 48 en 49 KB

Zowel bij artikel 48 en 49 KB Uitvoering is dus vereist dat aannemers van werken naar de rechter kunnen waar ze ook daadwerkelijk, onpartijdig, worden gehoord. Daarnaast moet het besluit om deze sancties toe te passen worden gemotiveerd op zodanige wijze dat de aannemer van werken daartegen zijn verweer kan opstellen.

4. Nieuwe verweermiddelen nu in de nieuwe richtlijn 2014/24/EU contractvoorwaarden expliciet worden genoemd?

Als eerder aangehaald uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU wordt de nieuwe richtlijn al door het Hof toegepast. Bij het volgen van de door het HvJ EU gehanteerde ratio in die arresten, kunnen de verweermiddelen die hier worden genoemd, nu reeds worden ingeroepen.

Verweermiddel 16: Contractuele voorwaarden dienen proportioneel te zijn; KMO's krijgen extra aandacht

Met de nieuwe richtlijn dienen contractuele voorwaarden proportioneel te zijn. Zo moeten alle eisen die een onverantwoorde belemmering voor KMO's vormen, worden weggenomen.

Uitleg verweermiddel 16

- In tegenstelling tot de geldende richtlijn 2004/18/EG, is in de nieuwe richtlijn 2014/24 het begrip 'contractvoorwaarden' expliciet opgenomen.
- In de considerans wordt in overweging 104 een definitie gegeven en enkele opmerkingen daarover gedaan:
 - ❖ De contractvoorwaarden zijn specifieke voorschriften betreffende de uitvoering van de opdracht.
 - ❖ In tegenstelling tot de gunningscriteria zijn contractvoorwaarden objectieve eisen die niet van invloed zijn op de beoordeling van de inschrijvingen.
 - ❖ Contractvoorwaarden moeten met de richtlijn verenigbaar zijn: zij mogen niet direct of indirect discriminerend zijn en moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht, dat alle factoren omvat die te maken hebben met het specifieke proces van productie, verrichting of verkoop.
 - ❖ De contractvoorwaarden moeten worden vermeld in de aankondiging van een opdracht, de vooraankondiging die gebruikt wordt als oproep tot mededinging, of de aanbestedingsstukken.
 - ❖ In hoofdstuk IV 'Uitvoering van de opdracht', artikel 70 e.v. zijn nog specifieke regels over de uitvoering opgenomen.
- De eisen die op grond van de nieuwe richtlijn aan de contractvoorwaarden gesteld zijn, zorgen ervoor dat enige elementen van de contractvoorwaarden kunnen worden getoetst aan de Europese beginselen als hierboven behandeld.
- Vooral kan getoetst worden aan het **proportionaliteitsbeginsel**: in de nieuwe richtlijn 2014/24/EU is het proportionaliteitsbeginsel expliciet opgenomen.
 - ❖ artikel 18 lid 1: aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en handelen op een transparante en *proportionele* wijze.
 - ❖ Een voorbeeld hiervan is te lezen in de considerans bij deze richtlijn, overweging 83 waar staat dat te strenge eisen met betrekking tot economische en financiële draagkracht vaak een onverantwoorde belemmering vormen voor de deelname van Kleine en Midden Ondernemingen (KMO's) aan overheidsopdrachten.
 - ❖ Dergelijke eisen moeten met de nieuwe richtlijn dan ook steeds verband houden met *en in verhouding staan tot* het voorwerp van de opdracht.

Verweermiddel 17: Toekennen opdracht aan andere aannemer in strijd met nieuwe richtlijn

Ingeval een aannemer van werken in gebreke wordt gesteld op grond van artikel 44 KB Uitvoering en de aanbestedende overheid overgaat tot het toepassen van een ambtshalve maatregel uit artikel 47 KB Uitvoering, kan zij de opdracht niet zomaar aan een nieuwe aannemer toekennen.

- ❖ De aanbestedende overheid dient dan een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren.

De nieuwe richtlijn vormt vanzelf dus een belemmering voor de aanbestedende overheid voor de toepassing van de sanctie uit artikel 47 KB Uitvoering.

Uitleg verweermiddel 17

- Artikel 47 KB Uitvoering kan onder het nieuwe recht niet zomaar toegepast.
- Op grond van artikel 44 KB uitvoering kan een aannemer van werken in gebreke worden gesteld en allerlei sancties opgelegd krijgen.
- Onder meer de sancties uit artikel 47 (Ambtshalve maatregelen) KB Uitvoering, deze betreffen o.a.(§2):
 - ❖ het eenzijdig verbreken van de opdracht;
 - ❖ de uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht;
 - ❖ het sluiten van één of meerdere opdrachten voor rekening met één of meerdere derden voor het geheel of een deel van de nog uit te voeren opdracht.
- Wijziging van de opdrachten gedurende de looptijd zijn aan de regels van artikel 72 richtlijn 2014/24 onderworpen.
- Opdrachten kunnen alleen gewijzigd *zonder nieuwe aanbestedingsprocedure* op de gronden genoemd in dat artikel.
- Overweging 110 considerans bepaalt expliciet dat overeenkomstig de beginselen van gelijke behandeling en transparantie de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, niet door een andere ondernemer mag worden vervangen zonder nieuwe mededingingstelling, bijvoorbeeld wanneer een opdracht beëindigd wordt *wegens gebrekkige uitvoering*.
- Bij beëindiging van een opdracht zal de aanbestedende overheid in beginsel een nieuwe aanbestedingsprocedure moeten organiseren. Dit geldt zowel voor opdrachten die onder de richtlijn vallen (gezien de drempelbedragen), maar ook voor opdrachten met grensoverschrijdend belang (juist bij die opdrachten moet een zo groot mogelijke mededinging worden nagestreefd).
 - ❖ Een klacht over onredelijke toepassing van de sancties uit artikel 47 KB Uitvoering valt echter niet onder de werkingssfeer van Unierecht. Het gaat slechts om het feit dat een opdracht niet aan een andere aannemer kan worden toegekend zonder mededingingstelling.
 - ❖ De nieuwe richtlijn vormt wel een belemmering voor de aanbestedende overheid voor de toepassing van de sanctie uit artikel 47 KB Uitvoering.

5. Verweermiddelen op grond van het EVRM

Eerbiediging van de in het EVRM opgenomen mensen- en burgerrechten kan worden afgedwongen zowel bij de Belgische rechter (i) als bij het Europees Hof voor de Rechten van de mens (ii, hierna: EHRM). Bij het EHRM kan men slechts terecht indien alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

De Belgische rechter dient zich aan het EVRM te conformeren en zal dit verdrag dus in het concrete geval – waar gevraagd – dienen toe te passen.

EVRM-normen, met name de artikelen 6 en 13 EVRM, spelen een belangrijke rol bij de beïnvloeding van de nationale bestuurspraktijk, rechtspraak en wetgeving rondom de rechtsbescherming tegen de overheid. De rechten die uit het EVRM voortvloeien kunnen zowel bij de bestuursrechter als bij de civiele rechter worden ingeroepen.

Omdat zowel natuurlijke als rechtspersonen zich op artikel 6 EVRM kunnen beroepen, kan naast de aannemer van werken ook een organisatie als de Confederatie op grond van artikel 34 EVRM beroep instellen, bijvoorbeeld (slachtoffervereiste) indien zij de economische belangen van haar leden behartigt.

- **Artikel 6 lid 1 EVRM:** De verweermiddelen afkomstig uit het EVRM die hieronder worden besproken, kunnen voor alle onderzochte bepalingen uit het KB Uitvoering (art. 44, 45, 47, 48, 49, 52, 85, 87) worden ingeroepen.
 - Artikel 6 lid 1 EVRM is heel breed inroepbaar tegen elk overheidsoptreden waarbij een aannemer van werken vindt dat hem geen ‘eerlijk proces’ wordt geboden. Dit betreft ook de bestuurlijke voorfase waarin besluiten worden genomen.
 - Relevant kan zijn:
 - ❖ het recht op ‘full jurisdiction’: de rechter dient op grond daarvan alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het recht te kunnen onderzoeken, zodat deze een eigen en eerlijk oordeel kan vormen. Een marginale toetsing van de feitenvaststelling door de rechter is slechts onder bepaalde omstandigheden mogelijk.
 - ❖ het beginsel van ‘equality of arms’: een betrokken burger moet in een rechterlijke procedure met gelijke wapens als de overheid kunnen procederen. Uit Europese rechtspraak volgt dat er voor *beide* partijen de mogelijkheid dient te zijn tot een effectieve reactie op een belangrijk bewijsstuk, anders is het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM geschonden.

Verweermiddel 18: Bij ‘geen inzage in stukken’ en ‘geen motivering’ toetsen aan artikel 6 lid 1 EVRM

Art. 6 lid 1 EVRM vereist dat de rechter op basis van de standpunten van beide partijen, zowel die van de aannemer van werken als die van de aanbestedende overheid een oordeel vormt over de juistheid van (het tot stand komen) van een besluit tot sanctionering van een aannemer.

Het recht op een eerlijk proces is geschonden als dit onmogelijk wordt gemaakt door:

- ❖ Ofwel de aanbestedende overheid die geen inzage geeft in stukken of zonder deugdelijke motivering een sanctie toepast, bijvoorbeeld bij ingebrekestelling op grond van artikel 44 KB Uitvoering; de aannemer van werken heeft dan geen mogelijkheid om zich adequaat voor te bereiden op zijn zaak bij de rechter en staat met ongelijke wapens tegenover de overheid voor de rechter.
- ❖ Ofwel de rechter indien deze geen eerlijke en onpartijdige beoordeling kan doen of doet op basis van de gronden waarop de overheid een aannemer van werken in gebreke stelt, in het kader van een overheidsopdracht.

Indien daarbij bijvoorbeeld sprake is van een fout van de aannemer van diensten (= de architect), moet kunnen worden onderzocht in hoeverre gerechtvaardigd is dat de aannemer van werken daarvoor ingrijpende sancties krijgt opgelegd zoals die uit bijvoorbeeld art. 47, 48, 85 en 87 KB Uitvoering.

- ❖ Artikel 6 lid 1 EVRM stelt bepaalde eisen aan de voorbereiding van besluiten. Zo moet de behandeling plaatsvinden binnen een redelijke termijn, dient een betrokkene te worden gehoord, moet er voldoende onderzoek worden gedaan en dienen besluiten ook voldoende te worden gemotiveerd. Als dit niet plaatsvindt, dan kan gesteld worden dat het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM lid 1 is geschonden.

Verweermiddel 19: Toepassing art. 44 KB toetsen aan de waarborgen van een eerlijk proces ex art. 6 lid 1 EVRM

- ❖ In de bepalingen uit het KB Uitvoering is wel voorzien in waarborgen (recht om te worden gehoord en opstellen van PV). Het recht op eerlijk proces vereist dat in een concreet geval wordt beoordeeld of de aanbestedende overheid (on)voldoende onderzoek heeft gedaan naar de feiten die hebben geleid tot bijvoorbeeld ingebrekestelling (art. 44 KB Uitvoering).

- ❖ Naarmate de rechter vervolgens terughoudender zal toetsen (wat bij overheidsopdrachten het geval is omdat men aanneemt dat de aanbestedende overheid discretionaire bevoegdheid bij het nemen van beslissingen toekomt), des te strikter moeten de onder dit verweermiddel genoemde (voorafgaande) waarborgen worden nageleefd.

Verweermiddel 20: Geldelijke sanctie ex art. 49 KB toetsen aan art. 6 EVRM

Bij art. 49 KB Uitvoering valt te adviseren om in het concrete geval te onderzoeken in hoeverre de geldelijke sanctie als strafrechtelijke sanctie in de zin van art. 6 EVRM kan worden aangemerkt. Boetes die de mededingingsautoriteit oplegt kunnen als strafrechtelijke sancties worden aangemerkt en vallen daarmee onder de 'criminal charge' voorwaarde van art. 6 lid 1 en 2 EVRM.

- ❖ Dan gelden de stevige waarborgen uit het EVRM bij de toepassing van dergelijke sancties, bijvoorbeeld met betrekking tot hoor- en wederhoor en de rechtsbescherming.

▪ Betekenis artikel 6 EVRM lid 2 en 3 EVRM voor art. 85 KB Uitvoering:

Enerzijds is het onwaarschijnlijk dat de aannemer van werken een beroep doet op extra (verzwaarde) verweermiddelen uit artikel 6 lid 2 en 3 EVRM omdat daarvoor aan de voorwaarde van 'criminal charge' moet zijn voldaan en het hier om administratieve sancties gaat die in beginsel zuiver reparatoir van karakter zijn.

- ❖ Neem bijvoorbeeld art. 85 KB Uitvoering dat regels bevat omtrent een vermoeden van bedrog of slecht werk; op basis van dit vermoeden kan de aannemer van werken worden verplicht *tot sloping over te gaan van het uitgevoerde werk*.
- ❖ Deze sanctie kan niet als strafrechtelijk worden gezien, indien het betrekking heeft op *herstel* van het vermoedde slechte werk.
- ❖ De onschuldpresumptie, inclusief daarbij horende waarborgen, geldt dan niet.

Verweermiddel 21: Sanctie sloping van het uitgevoerde werk toetsen aan art. 6 EVRM

Anderzijds lijkt zeker strijdig te zijn met art. 6 EVRM (zowel voor de 'criminal charge' als de administratieve sancties) het feit dat de rechten van verdediging in art. 85 KB Uitvoering niet worden gewaarborgd. Er is in het geheel niets geregeld over een gedegen onderzoek en hoor- en wederhoor dat ter vaststelling van het vermoeden dient te worden uitgevoerd.

- **Artikel 13 EVRM:** recht op effectieve rechtsbescherming om de rechten uit het EVRM bij de rechter te kunnen inroepen.

Verweermiddel 22: Recht op effectieve rechtsbescherming

Op grond van artikel 13 EVRM heeft de aannemer van werken recht op effectieve rechtsbescherming indien bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM wordt geschonden. Zie verweermiddelen 18-21 voor het verweer bij schending van het 'eerlijk proces'.

- **Artikel 1 Eerste protocol EVRM:**
 - Op grond van art. 87 KB Uitvoering kan de aanbestedende overheid overgaan tot elke bouw of sloping of *tot het nemen van elke andere maatregel die zij voor het behoud en de goede uitvoering van de werken nodig acht*.
 - Deze laatste maatregel zou kunnen inhouden de (gedeeltelijke) in bezit name van eigendommen van de aannemer van werken.

Verweermiddel 23: Effectieve rechtsbescherming bij inbreuk op eigendomsrecht

Indien als sanctie tot in bezit neming van eigendommen van een aannemer van werken wordt overgegaan, wordt hij beschermd door art. 1 Eerste protocol EVRM, waarbij geldt dat een inbreuk op een eigendomsrecht op grond van de artikelen 6 en 13 EVRM een adequate rechtsbescherming vereist.

Hij heeft het recht op een eerlijk proces (zie de verweermiddelen 18-21) en het recht op effectieve rechtsbescherming (verweermiddel 22).

- ❖ Let wel op: dit recht op bescherming van eigendom kan worden beperkt in het kader van het algemeen belang op basis van artikel 1 Eerste protocol EVRM.

6. Concluderende observaties

Het aanvechten van de bepalingen uit het KB Uitvoering voor de rechter zal alleen kunnen als er in de praktijk een geschil over de toepassing van een sanctie ontstaat. Als een aannemer van werken in gebreke wordt gesteld en daarop vele sancties krijgt te verduren die naar zijn mening niet gerechtvaardigd zijn, kan hij de hierboven besproken verweermiddelen inroepen.

Om EU-rechtsbescherming te genieten, dient de bepaling binnen de werkings sfeer van Unierecht te vallen. De EU beginselen kunnen daarom bij de meeste sancties geen verweermiddelen opleveren. Het lidmaatschap van de Europese Unie vordert slechts dat Lidstaten in hun nationale systemen voldoende waarborgen verankeren om het Europees recht (de doelstellingen van de Unie) te waarborgen. Meer garanties dan in deel A beschreven kunnen niet uit het Europees recht worden verkregen. Wel is dit recht per definitie dynamisch en dus aan continue ontwikkeling onderhevig. De nieuwe richtlijn introduceert bovendien enkele sterke waarborgen voor de aannemer van werken bij de uitsluitingsgronden en bij enkele elementen van de contractvoorwaarden.

Alleen het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens kan voor alle bepalingen uit het KB Uitvoering verweermiddelen opleveren (deze rechten zijn namelijk niet zozeer Europese beginselen, maar afkomstig uit een verdrag dat door de deelnemende staten op individuele basis is ondertekend).

Het hangt daarnaast af van het Belgisch recht in hoeverre andere verweermiddelen op grond van het nationale recht ingeroepen kunnen worden; bijvoorbeeld of beginselen als het evenredigheidsbeginsel een nationale variant kennen en / of ingekleurd worden door de Europese variant. Mogelijkheden volgens het nationale recht vallen echter buiten deze studie. In deel B wordt aandacht besteed aan de noodzaak dat beginselen en bepaalde uitgangspunten in het nationale recht gereguleerd dienen te zijn.

B. Knelpunten en aanbevelingen

Onder dit deel (B) wordt behandeld hoe men in België tot een evenwichtiger positie van de aannemer van werken ten opzichte van de aanbestedende overheid bij de uitvoering van overheidsopdrachten kan komen.

Wereldwijd wordt veel geschreven en gediscussieerd over de positie van de actoren in het bouwproces. Ook wordt in dat verband het nut en de noodzaak voor de regulering van een sterkere bescherming van de aannemer van werken in het nationale rechtssysteem van de Europese Lidstaten naar voren gebracht.

De knelpunten en aanbevelingen die in dit deel worden beschreven, kunnen helpen bij het proces om – ook via (politieke) wegen - de Belgische wetgeving en praktijk, en de Belgische rechtspraak te laten evolueren in een voor de aannemer van werken gunstigere en billijkere positie, met minder willekeur en meer rechtszekerheid.

- Allereerst is dan van belang te analyseren waar precies de knelpunten liggen. Daarvoor dient dieper op de praktische situatie te worden ingegaan, waarin aannemers van werken zich kennelijk regelmatig onredelijk behandeld zien. Naast de aanbestedende overheid blijkt ook de aannemer van diensten (hierna: de architect) daarbij een rol te spelen.
- Op basis van de gesignaleerde knelpunten worden vervolgens aanbevelingen gedaan om tot een evenwichtiger positie voor aannemers van werken te kunnen komen bij de uitvoering van overheidsopdrachten.

Welke knelpunten worden in de praktijk gesignaleerd bij de voorwaarden voor de uitvoering van overheidsopdrachten? Welke aanbevelingen kunnen daartoe ter verbetering worden gedaan?

Achtergrond knelpunt 1: ruime gronden en zware sancties

- Op basis van het KB Uitvoering kunnen veel en zware sancties opgelegd worden.
- Dit kan ook op grond van kleine gebreken.
- Er is ruimte voor willekeur.

Knelpunt 1: Ruime gronden en zware sancties

Als de overheid de rechtspositie van de aannemer van werken ingrijpend zou willen aantasten, is daar alle ruimte voor. De gronden zijn heel ruim om in gebreke te stellen (art. 44 KB Uitvoering) en de sancties (art.45, 47, 48, 49, 52, 85, 87 KB Uitvoering) kunnen verstrekkend zijn.

- ❖ De toepassing van de sancties wordt in de praktijk als disproportioneel en ongerechtvaardigd ervaren.
- ❖ De ruime vrijheid wordt in de praktijk dus gebruikt (en soms wellicht onbewust misbruikt?) door de aanbestedende overheid.

Achtergrond knelpunt 2: vaststelling en beoordeling gebreken door de aanbestedende overheid

- Op zichzelf is het onvermijdelijk dat de aanbestedende overheid een bepaalde discretionaire ruimte heeft om in te kunnen grijpen als de aannemer van werken onrechtmatig zou handelen.
- Met het oog op een goede uitvoering van een overheidsopdracht is het belangrijk dat bij een gebrekkige uitvoering kan worden ingegrepen.
- Het ligt voor de hand dat het ingrijpen in de praktijk – en de wijze waarop – niet in alle omstandigheden als gerechtvaardigd wordt ervaren.
- De beoordeling van de gestelde gebreken gebeurt namelijk door dezelfde autoriteit die de gebreken vaststelt.

Knelpunt 2: Vaststelling en beoordeling gebreken door de aanbestedende overheid

Als er zich problemen bij de uitvoering voordoen, is er geen onafhankelijke autoriteit die de gebreken beoordeelt en sanctioneert, maar gebeurt dit door de met andere belangen verstrengelde wederpartij. De onafhankelijke en onpartijdige beoordeling van de omstandigheden kan in deze situatie niet goed worden gewaarborgd.

Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunten 1 en 2

Scheiding der machten

Een democratische rechtstaat behoort voldoende beginselen en waarborgen in het nationale recht te verankeren ten behoeve van haar burgers om inbreuken op de "scheiding van machten" te corrigeren:

- In beginsel is het de scheiding van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht die zorgt voor een redelijke mate van bescherming van burgers.
- Op deze machtscheiding worden regelmatig uitzonderingen gemaakt.
- Dat is ook het geval bij het KB Uitvoering: de uitvoerende macht heeft de regels opgesteld en voert ze ook uit.
- Een dergelijke inbreuk kan slechts worden 'hersteld' als voldoende waarborgen in het recht zijn neergelegd die alsnog voor voldoende bescherming van de burger zorgen.
- De inbreuk is dus toegestaan, maar moet worden gecorrigeerd.
- Inbreuk op de scheiding van machten, namelijk het tegelijk opstellen van regels en deze toepassen door het beoordelen en sanctioneren van de contractspartij, moet met waarborgen zijn omgeven.
- Dan ontstaat een evenwichtig systeem van '*checks and balances*'

Aanbeveling 1: Evenwichtig systeem van '*checks and balances*' tussen overheid en aannemer van werken

Deze waarborgen voor de aannemers van werken bij de uitvoering van overheidsopdrachten zouden kunnen zijn:

- ❖ Het voorzien in een *objectief en duidelijk beoordelingskader* bij constatering van gebreken: zonder ruimte voor subjectiviteit, partijdigheid en willekeur.
- ❖ Het voorzien in een *onafhankelijke, onpartijdige maar vooral deskundige autoriteit* die de omvang en relevantie van gebreken van de aannemer van werken kan beoordelen.
- ❖ Het opstellen van de (administratieve) uitvoeringsvoorwaarden *in samenspraak en overleg* met alle betrokkenen van het bouwproces: de opdrachtgever, architect en de aannemer van werken.
- ❖ De effectieve rechtsbescherming moet worden gewaarborgd (zie onder deel A, punt 3). De aannemer van werken dient daadwerkelijk (dus inhoudelijk) een kans te krijgen (te worden gehoord) bij de rechter.

Achtergrond knelpunt 3: rol van de architect

- Veel problemen vloeien voort uit de verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen aannemer van werken en de architect.
- Bovendien lijkt de strikte scheiding tussen deze twee actoren ook een belemmering om tot een betere verstandhouding tussen de aannemer van werken en de architect te komen.

Knelpunt 3: Rol van de architect

De architect lijkt ten behoeve van de opdrachtgever in de praktijk in veel gevallen het voordeel van de twijfel te krijgen, in tegenstelling tot de aannemer van werken die voor elk gebrek dat ontstaat bij de uitvoering schijnt op te moeten draaien. Hier zou in een doelmatigere en meer evenwichtige vastlegging van taken én verantwoordelijkheden moeten worden voorzien.

- ❖ Met name gaat het dan om het doordenken van een concept dat antwoord geeft op de vraag in hoeverre omstandigheden aan de aannemer van werken dan wel de architect zijn toe te rekenen. Belangrijke begrippen zijn daarbij o.a. zorgplicht, meldingsplicht, motiveringsplicht (zie verder hierna onder aanbeveling 2).

Achtergrond knelpunt 4: regelgeving lijkt vooral van de aannemer de kwaliteit te verlangen

- De aannemer van werken dient werken van kwaliteit te leveren.
- De regelgeving legt daar de nadruk op.
- Om tot een goede uitvoering van overheidsopdrachten voor werken te komen, zou de regelgeving in dezelfde mate dienen te vereisen dat ook het bestuur en de architect onverkort kwaliteit dienen te leveren.

Knelpunt 4: Regelgeving lijkt vooral van de aannemer van werken kwaliteit te verlangen

De aanbestedende overheid verzaakt soms haar plicht duidelijke bestekken zonder leemten, tegenstrijdigheden en fouten te leveren. Als er iets mis is met die kwaliteit, kan de aannemer van werken daardoor in de problemen komen.

- ❖ Daarnaast heeft ook de architect de plicht om kwaliteit te leveren (in zijn ontwerp, studie en controle). Dit laatste slaat echter terug op knelpunt 3.

Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunten 3 en 4***Rolverdeling tussen bestuur, architect en aannemer van werken***

- Dat een aannemer van werken kwaliteit dient te leveren, daar is iedereen het mee eens. Veel regels die zijn opgesteld, dienen ertoe die kwaliteit te waarborgen.
- Temeer nu bij overheidsopdrachten belastinggeld wordt gebruikt ter financiering, is het belangrijk dat werk van kwaliteit wordt geleverd.
- Probleem is echter dat die kwaliteit alleen van de aannemers van werken lijkt te worden vereist.
- De regels zijn soms zo nadrukkelijk gericht op de kwaliteit die de aannemer van werken dient te leveren, dat lijkt te worden vergeten dat ook andere actoren een rol spelen bij het uiteindelijk tot stand brengen van een kwalitatief goed werk, dat aan de voorwaarden van de overeenkomst beantwoordt. Die andere actoren zijn:
 - ❖ het bestuur / de aanbestedende overheid: het gaat dan om het aanleveren van duidelijke bestekken zonder fouten, leemten en tegenstrijdigheden; op basis van proportionele, transparante, niet discriminerende, objectief opgestelde eisen en uitvoeringsvoorwaarden.
 - ❖ de architect: op hem rust de plicht om kwaliteit te leveren in zijn ontwerp, studie en controle. Het is onredelijk om fouten in het ontwerp per definitie toe te schrijven aan de aannemer van werken.

Aanbeveling 2: Objectieve en evenredige maatstaven voor verdeling taken en verantwoordelijkheden tussen bestuur, architect en aannemer van werken

Om de eenzijdige nadruk op de kwaliteit van de aannemer van werken meer in evenwicht te brengen is een adequate verdeling van taken en verantwoordelijkheden vereist. Deze taken en verantwoordelijkheden moeten vooraf worden vastgelegd.

Het schenden van een taak of het ontstaan van een fout komt dan voor rekening van de vooraf bepaalde verantwoordelijke. Onder meer dient te worden vastgelegd, aan de hand van *objectieve maatstaven*:

- ❖ hoever de waarschuwingsplicht/meldingsplicht van de aannemer van werken reikt;
- ❖ hoever de zorgplicht van de aannemer van werken reikt;
- ❖ tot waar de verantwoordelijkheid van de architect reikt.

Aanbeveling 3: Rol andere actoren bepalend voor goed verloop bouwproces: evenredige rolverdeling tussen bestuur, architect en aannemer van werken

Aan het begin van deze eeuw werd Nederland opgeschrikt door de ontdekking dat in de gehele bouwsector op grote schaal diverse vormen van fraude, corruptie en andere ongewenste gedragingen plaatsvonden. Om de misstanden te onderzoeken werd de parlementaire enquêtecommissie Bouwnijverheid ingesteld die in 2002 haar bevindingen bekend maakte. De bevindingen van de Commissie hebben er mede voor gezorgd dat in Nederland in 2013 een nieuwe Aanbestedingswet werd ingevoerd met verdergaande waarborgen voor inschrijvers dan voorheen.^{ix}

Volgens deze enquêtecommissie “vergt professioneel aanbesteden inzicht in de markt, een gedetailleerd programma van eisen, een zorgvuldig ontwerp, een goed bestek en een gedegen risicoanalyse”.^x

Hieruit blijkt nadrukkelijk dat de kwaliteit ook van de andere actoren bij de overheidsopdracht dient te komen.

- ❖ Wel kan alertheid van de aannemer van werken hier mogelijk aan bijdragen door bij de Nota van Inlichtingen voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure vragen te stellen over het bestek als daar onduidelijkheden in staan.

Achtergrond knelpunt 5: onevenwichtige risicoverdeling opdrachtgever en opdrachtnemer

- Een evenwichtige risicoverdeling bij een project is moeilijk.
- Er bestaan uitgangspunten die de risico's op een meest evenwichtige manier kunnen helpen verdelen.
- Algemeen uitgangspunt dient te zijn dat de risico's worden neergelegd daar waar ze het beste kunnen worden beheerst.

Knelpunt 5: Onevenwichtige risicoverdeling opdrachtgever en opdrachtnemer

- ❖ Als risico's te eenzijdig bij de opdrachtnemer van een overheidsopdracht worden neergelegd ontstaat een risico op mislukking van een project.
- ❖ Als risico's worden neergelegd bij de partij die het risico niet kan beheersen (bijvoorbeeld de verkrijging van een vergunning voor parkeerplaatsen voor de architect op de bouwplaats), ontstaat een risico dat de goede uitvoering van de overheidsopdracht niet kan worden gewaarborgd.

Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunt 5

Zoektocht naar een juiste risicoverdeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer bij overheidsopdrachten

- In de Lidstaten gelden verschillende meningen en bestaan verschillende concepten over een juiste risicoverdeling tussen de contractspartijen bij de uitvoering van een overheidsopdracht.
- Bovendien zijn er ook verschillende contractmodellen waar te nemen. Zo kan in Nederland bij de UAV-GC^{xi} contracten (opgesteld in 2000 herzien in 2005) zowel ontwerp en uitvoering in handen van de aannemer van werken zijn.
- In België is dit niet mogelijk: er wordt een strikte scheiding gehanteerd tussen de architect en aannemer van werken.
- Het traditioneel model dat in België wordt gehanteerd, wordt ook nog vaak in Nederland toegepast. In Nederland zijn echter de contractuele voorwaarden ook bij dit model paritair, in samenwerking van overheid en ondernemingen opgesteld met de UAV (voor het eerst in 1968; herzien in 1989 en 2012). Voor een korte beschrijving van het proces van totstandkoming daarvan in Nederland wordt verwezen naar de noot.^{xii}
- De verdeling van risico's wordt in hoofdzaak bepaald door het contractmodel dat wordt gehanteerd.

- Leidend beginsel achter alle modellen is echter dat een risico daar dient te worden neergelegd waar het risico het beste kan worden *beheerst* of verminderd.
- In lijn daarmee wordt het ook onverstandig en disproportioneel geacht dat opdrachtgevers zoveel mogelijk risico's bij de opdrachtnemer leggen.

Aanbeveling 4: Evenwichtige toedeling van risico's

De bevindingen van de Nederlandse parlementaire enquêtecommissie Bouwnijverheid (2002) zijn van grote invloed geweest voor de totstandkoming van een *level playing field* tussen opdrachtgever en opdrachtnemer en dus voor meer evenwichtige gunning en uitvoering van overheidsopdrachten.

Zo schreef de Commissie over de verhouding tussen overheid en bouwnijverheid: "De overheid als opdrachtgever dient zich in haar aanbestedingen (selectie, gunning) te conformeren aan Europese beginselen als objectiviteit, non-discriminatie en transparantie en *dient in haar contractvorming te streven naar evenwichtige toedeling van risico's (mee- en tegenvallers)*."^{xiii} [cursivering auteurs].

Ter vergelijking:

Gids Proportionaliteit: een voorbeeld uit Nederland over concretisering proportionaliteit - ook - bij de uitvoering van overheidsopdrachten

Totstandkoming Gids Proportionaliteit

In Nederland is in samenwerking met private partijen de Gids Proportionaliteit tot stand gekomen. De schrijfgroep die de Gids heeft opgesteld bestond uit zowel aanbestedende diensten (in ruime zin) als ondernemers en werd geleid door een onafhankelijke voorzitter.

Op aandringen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal - de volksvertegenwoordiging in het Nederlandse Parlement - heeft deze Gids bindende kracht verkregen (via AMvB oftewel een aanbestedingsbesluit bij de Aanbestedingswet).

- De Gids Proportionaliteit is tegelijk (1 april 2013) met de Nederlandse Aanbestedingswet 2012 in het Nederlandse aanbestedingsrecht geïntroduceerd.
- In de Gids Proportionaliteit is de verplichting uit de Nederlandse Aanbestedingswet 2012 om uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria te stellen die in een redelijke verhouding staan tot de aard en de omvang van een opdracht, gedetailleerd uitgewerkt.
- Ook dienen aanbestedende diensten de gevolgen voor ondernemers van een bepaalde maatregel af te wegen tegen het doel of belang van de maatregel.
 - ❖ In het kader van bijvoorbeeld uitsluiting wordt in de Gids bepaald dat kan worden afgezien van uitsluiting van een opdrachtnemer indien de uitsluiting niet proportioneel wordt geacht, gelet op de verstreken tijd sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

Het proportionaliteitsbeginsel bij de contractvoorwaarden

De Gids Proportionaliteit bepaalt expliciet in hoofdstuk 3.9 dat proportionaliteit zich uitstrekt tot alle fasen van de aanbestedingsprocedure en daarmee ook tot de contracten en de contractvoorwaarden.

- Aanbestedende diensten dienen volgens de Gids een afweging te maken of de voorwaarden acceptabel zijn, waarbij alle voorwaarden in samenhang worden gezien zodat deze niet alleen individueel maar ook in samenhang proportioneel zijn.
 - ❖ Als voorbeeld noemt de Gids dat de aanbestedende dienst beziet of de contractvoorwaarden gebruikelijk zijn in de betreffende markt.

Twee opvallende voorschriften over proportionele contractvoorwaarden in de Gids Proportionaliteit:

- Op grond van **voorschrift 3.9A** moet de aanbestedende dienst risico's verdelen over de inschrijver en de aanbestedende dienst zelf, zodat de verschillende risico's in een contract worden neergelegd bij de partij die het risico het beste kan beheersen of beïnvloeden.
 - ❖ Bij de risico-afweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:
 - de kans dat het risico zich verwezenlijkt en
 - de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.
- Op grond van **voorschrift 3.9 C** dienen aanbestedende diensten de algemene voorwaarden die in Nederland paritair (in samenwerking tussen overheid en bedrijfsleven) zijn opgesteld, integraal toe te passen.
 - ❖ De reden daarvan staat in de uitleg van de Gids vermeld: "(...)nu het daarbij gaat om een evenwichtig pakket van voorwaarden".

Einde vergelijking Nederlandse Gids Proportionaliteit

Achtergrond knelpunt 6: wantrouwen tussen contractspartijen

- De uitvoeringsvoorwaarden in het KB Uitvoering getuigen van een sterk wantrouwen ten opzichte van de aannemer van werken.
- In het bouwproces is echter vertrouwen en wederzijds respect van groot belang.
- Uiteindelijk gaat het om een gedeeld belang: het realiseren van een kwalitatief goed werk.

Knelpunt 6: Wantrouwen tussen contractspartijen

De te eenzijdig opgestelde regels komen mogelijk voort uit wantrouwen van de aanbestedende overheid jegens de aannemer van werken. Tegelijk bewerkstelligen deze regels op hun beurt wantrouwen van de aannemers van werken ten opzichte van de aanbestedende overheid.

Uitleg en aanbevelingen ter verbetering van knelpunt 6

Het belang van vertrouwen bij de uitvoering van overheidsopdrachten

- In het bouwproces is vertrouwen en wederzijds respect van groot belang.
- De actoren hebben een gedeeld belang: het realiseren van een kwalitatief goed werk.
- Ieder in het bouwproces is op elkaar aangewezen. Zowel de aanbestedende overheid als de aannemer van werken, alsook de architect.
- Samen dient men te zorgen voor een kwalitatief goed werk.
- De strikte scheiding tussen aannemer en architect moet wellicht worden gehandhaafd, dit hoeft echter niet te verhinderen dat partijen elkaar met wederzijds respect bejegenen.
- Ieder heeft daarin zijn taken en verantwoordelijkheid en risico's moeten eerlijk worden verdeeld.
- De regels gaan sterk uit van de noodzaak van bescherming van de opdrachtgever tegen aannemers van werken.
- Het nut en de noodzaak van bescherming van aannemers van werken tegen opdrachtgevers is echter ook groot.

Aanbeveling 5: Vergroten van vertrouwen tussen contractspartijen

Veranderingen kunnen alleen plaatsvinden als allereerst het vertrouwen wordt hersteld. Dit kan het beste worden bewerkstelligd door de *dialog* met elkaar aan te gaan, waarbij de knelpunten voor alle partijen aan de orde kunnen komen.

- ❖ Dit is een belangrijke stap bij het creëren van een '*level playing field*' tussen de partijen bij gunning en uitvoering van overheidsopdrachten.

Achtergrond en uitleg bij knelpunt 7: Risico op corruptie

In wetenschap en praktijk zijn de risico's als gevolg van de grote beslissingsruimte van aanbestedende overheden bij de inrichting en bij de uitvoering van overheidsopdrachten meer dan goed bekend. Een van deze risico's is de vergroting van de kans op corruptie aan de zijde van overheidsambtenaren.

Hoe groter de ruimte van de aanbestedder om het soort procedure, de eisen en contractsvoorwaarden om een opdracht op de markt te plaatsen te kiezen, des te groter het risico op corruptie.

Wat van belang is in dit verband, is dat er een grote discrepantie bestaat tussen wat men – vaak te snel – als corruptie bestempelt en de juridische definitie daarvan. De term corruptie wordt vaak gehanteerd als containerbegrip voor allerlei gedragingen die maatschappelijk als onwenselijk worden ervaren maar die vaak moeilijk – of zelfs helemaal niet – onder een wettelijk verbod te brengen zijn, laat staan onder een strafrechtelijke delictsomschrijving.

Nog groter wordt de discrepantie als specifiek corruptie 'bij aanbestedingen' in kaart wordt gebracht. Op het eerste gezicht sluit het in februari 2014 uitgebrachte EU *anti corruption report* van de Europese Commissie aan de Raad en aan het Europees Parlement, dat ook over corruptie bij aanbestedingen gaat, aan op de hoge positie van België in de lijst van schone landen. Slechts 6 procent van de ondervraagden in België is van mening een overheidsopdracht in de laatste drie jaar te hebben misgelopen wegens corruptie. Het rapport is in ander opzicht relevant. Het laat duidelijk zien wat voor soort gedragingen ondervraagden als "corruptie" zien. Het gaat om allerlei gedragingen die genomen worden binnen de grote discretionaire ruimte van de overheid; en die ook in verband kunnen worden gebracht met de wijze waarop aanbestedende overheden met uitvoeringsvoorwaarden omgaan.

Knelpunt 7: Risico op corruptie door overheidsambtenaren

De grenzen waarbinnen de aanbestedende overheid beslissingen mag nemen zijn ruim en de waarborgen die de inschrijvers hebben om zich tegen ongewenste praktijken te verweren, niet altijd even sterk. Dit vergroot het risico op corruptie in bovenbedoelde zin.

- ❖ In de praktijk blijkt dat het juist bij het nemen van beslissingen met een dergelijke ruime beslismarge fout gaat.

Aanbeveling 6: Vermindering risico corruptie; verbetering imago van de overheid in de relatie tot haar burgers

Het imago van de overheid bij de burgers komt in gevaar wanneer een grote discretionaire beslissingsbevoegdheid niet met sterke rechten / waarborgen voor de burgers gepaard gaat.

De Belgische wetgever zou er daarom goed aan doen om het rechtmatige gebruik van deze discretionaire ruimte door aanbestedende overheden te waarborgen door heldere grenzen aan deze ruimte te stellen en die gepaard te laten gaan met een sterke rechtsbescherming voor de aannemers van werken.

Noten

ⁱ Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, Belgisch Staatsblad 14 februari 2013, p. 8752.

ⁱⁱ PPRC onderzoek “*KB UITVOERING 2013 IN HET LICHT VAN HET EUROPEES RECHT. Een onderzoek naar de verenigbaarheid met het recht van de Unie van een aantal bepalingen uit het KB Uitvoering van 14 januari 2013*” dat de basis vormt van dit praktische werkdocument.

ⁱⁱⁱ HvJ 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277, (*SECAP SpA t. Comune di Torino*). Het Hof stelt hier dat een overheidsopdracht voor werken – met een lagere drempel dan de in de richtlijn vastgestelde drempel - een duidelijk grensoverschrijdend belang kan vertonen en zodoende marktdeelnemers uit andere lidstaten kan aantrekken: “(...) wegens de geraamde waarde ervan, samen met de technische aard ervan of de uitvoering van de werken op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn.”

^{iv} Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU L1/1*).

^v In dit hoofdstuk worden ook verweermiddelen uit het EVRM voorgesteld. Het EVRM is een belangrijk verdrag voor de bescherming van de rechten van burgers van de Lidstaten van de Unie en daarom onmisbaar bij het juridisch aanvechten van de bepalingen uit het KB Uitvoering.

^{vi} Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU L1/1*).

^{vii} HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567 (*Unitron Scandinavia*), HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*), HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*).

^{viii} Allereerst aanvaard door het HvJ EU 3 oktober 1974 in zaak 17/74, *Jur.* 1974, p.1063 (*Transocean Marine Paint/Commissie*).

^{ix} Met name de volgende vijf punten zijn in dit verband van fundamenteel belang: (i) inrichting procedure o.b.v. objectieve criteria, (ii) ‘comply or explain’: motiveringsplicht, (iii) verdeling in percelen, (iv) EMVI i.p.v. laagste prijs is uitgangspunt, (v) grote rol voor het proportionaliteitsbeginsel met de Gids Proportionaliteit. Daarnaast dienen aanbesteders klachtmeldpunten in te richten en is een laagdrempelige Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld.

^x (Nederlandse) Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nrs. 5-6, p.300. In dit hoofdstuk worden meerdere elementen aangehaald uit de tekst die is opgesteld door de Nederlandse Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid (Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nrs. 5-6). Deze parlementaire enquête signaleert knelpunten in de Nederlandse bouw na het openbaar komen van de bouwfraude. In het verslag wordt zeer veel nadruk gelegd op een evenwichtige en goed doordachte riscoverdeling, waarbij het element beheersbaarheid doorslaggevend wordt geacht. “*De risico’s van extra kosten maar ook de kans op meevallers door bijvoorbeeld inkoopvoordelen en efficiëncywinst, moeten in een systeem van ‘checks and balances’ in de overeenkomst tussen beide partijen tot uitdrukking komen.*” In de enquête speelt ook het proportionaliteitsbeginsel bij contractvoorwaarden een rol en zal een basis vormen voor de gedachten over de rol van het proportionaliteitsbeginsel zoals deze later in de Gids Proportionaliteit zal worden neergelegd voor de uitvoeringvoorwaarden bij overheidsopdrachten. Deze Gids Proportionaliteit moet in Nederland verplicht worden gehanteerd voor het hele aanbestedingsproces met inbegrip van de uitvoeringsvoorwaarden (hierover meer in het rechtsvergelijkend kader aangaande de Gids Proportionaliteit).

^{xi} UAV-GC staat voor Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen. Dit zijn de toepasselijke algemene voorwaarden (contractuele bepalingen) die worden gehanteerd bij contracten waar het ontwerp en de uitvoering in de hand van een en dezelfde opdrachtnemer zijn.

^{xii} UAV staat voor Uniforme Administratieve Voorwaarden. De totstandkoming van paritair opgestelde contractvoorwaarden in Nederland – die ook worden toegepast bij de uitvoering van overheidsopdrachten - is gezien de geschiedenis een moeizaam proces geweest. De positie van aannemers van werken in Nederland is lange tijd zeer moeilijk geweest, ook juist bij de uitvoering van overheidsopdrachten. Aan het eind van de 19^e eeuw wordt voor het eerst in het openbaar de nadruk gelegd op de fouten die aan het aanbestedingsstelsel kleven en op de *onbillijkheid en de eenzijdigheid van de algemene voorwaarden*. In die tijd gaat men zich organiseren in een Aannemersbond met o.a. de doelstelling het doen en bevorderen van alle pogingen welke moeten dienen tot het verkrijgen van een minder onbillijke redactie van de Algemene Voorwaarden en de daaraan verbonden administratieve bepalingen. In 1896 wordt aan het Nederlands Parlement (Tweede Kamer der Staten Generaal) geschreven en o.m. daarvoor gepleit. Dit heeft resultaat, want op 1 mei 1899 komt toenmalig minister Lely van Waterstaat, Handel en Nijverheid met een ‘Nadere Nota’, waarin enkele beginselen voor gelijke rechten voor aannemers en opdrachtgevers werden opgesteld en dat goed werd onthaald bij de Nederlandse overheid. Tegelijkertijd gaan de aannemers de strijd aan en voeren zij protestacties uit, bijvoorbeeld door eenparig te weigeren in te schrijven op een overheidsopdracht tenzij de onbillijke bestekvoorwaarden zouden worden gewijzigd. In die tijd staan architect en aannemer tegenover elkaar: er heerst wederzijdse aversie. Er wordt van alles gepubliceerd en dissertaties gehouden in Nederland om op te komen voor een evenwichtiger positie van aannemers. Begin 20^e eeuw vinden daarbij in toenemende mate discussies over riscoverdeling plaats. Men concludeert bijvoorbeeld dat het onrechtvaardig is fouten in de constructie altijd aan de aannemer toe te delen. Toch overheerst dan nog steeds een vergaand idee dat het per definitie gaat om een deskundige aannemer ten opzichte van een ondeskundige opdrachtgever. Dit zou de onevenwichtigheid in de uitvoeringsbepalingen rechtvaardigen. Echte successen worden pas bereikt in de tweede helft van de 20^e eeuw. Na een langdurig proces - eerst zaten de aannemers namelijk niet in de commissie van totstandkoming, maar na bezwaren op het voorstel werden zij ook betrokken - gestart in 1948 komt de UAV 1968 tot stand. Uiteindelijk is de Nederlandse overheid - en verdere betrokkenen - na een lang proces gaan inzien dat gelijke rechten voor de contractspartijen zeer wenselijk is in de bouw. In 1989 is bij gemeenschappelijke beslissing van de bij de bouw betrokken bewindslieden een herziene versie van de UAV vastgesteld. Deze kwam tot stand in ‘Breed Overleg’, namelijk door

achttien bij de bouwsector betrokken of daarin geïnteresseerde organisaties. Bij deze tweede versie is nog sterker ingezet op betrokkenheid van aannemers bij de totstandkoming. In 2012 heeft de UAV nog enkele noodzakelijke herzieningen ondergaan.

^{xiii} (Nederlandse) Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nrs. 5-6, p. 296 (Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid).