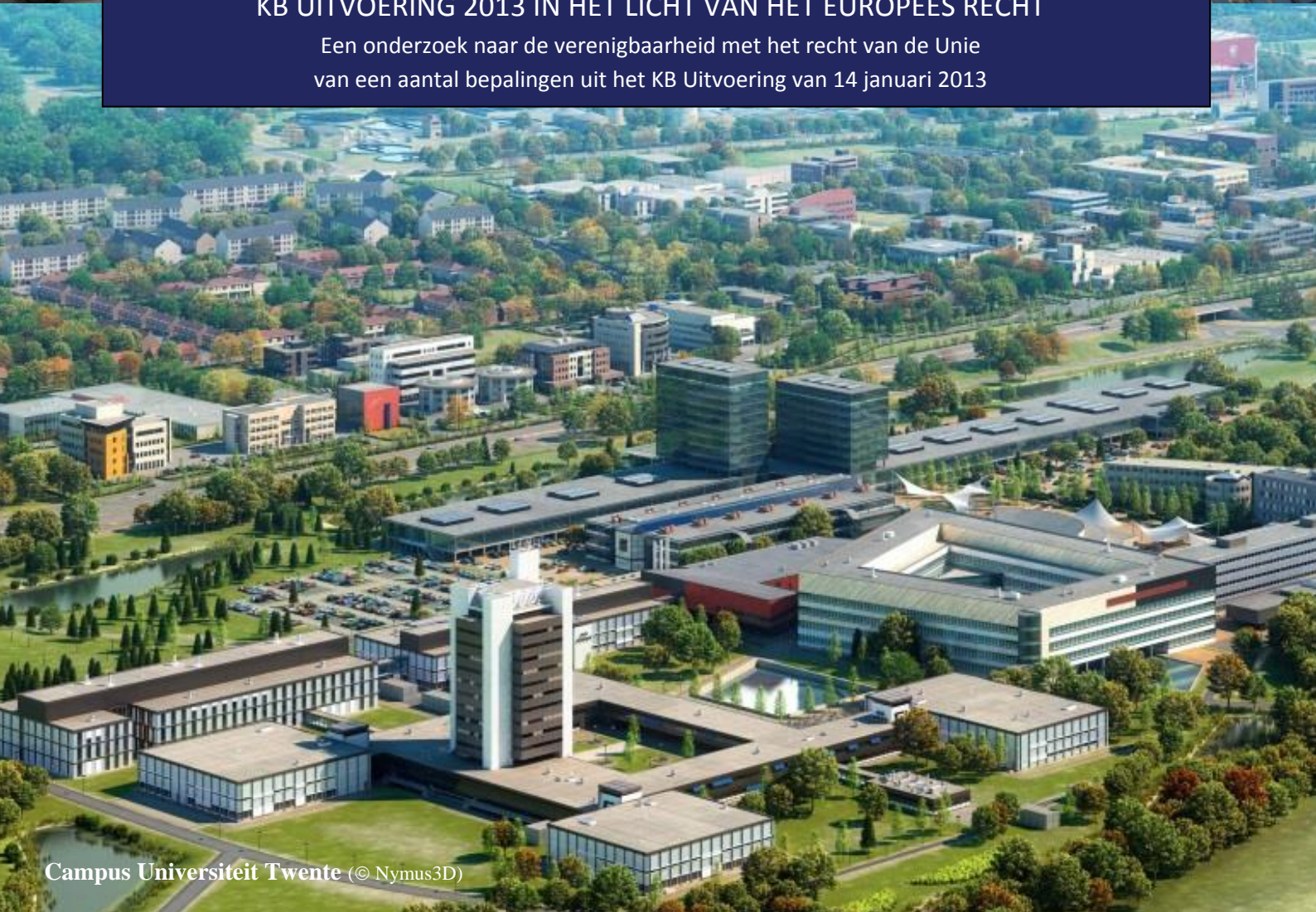




## PUBLIC PROCUREMENT RESEARCH CENTRE

### 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





# **PUBLIC PROCUREMENT RESEARCH CENTRE**

---

Een onderzoekscentrum van de Universiteit Utrecht en de Universiteit Twente

## **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**

Prof. dr. Elisabetta R. Manunza

Met medewerking van Gerrieke Bouwman, LL.M

## Inhoudsopgave

<b>Aanleiding voor het onderzoek en onderzoeksvraag.....</b>	<b>4</b>
<b>Enkele voorafgaande observaties.....</b>	<b>4</b>
<b>Opbouw van het advies .....</b>	<b>7</b>
<b>1. De gewraakte bepalingen: de artikelen 44, 45, 47, 48, 49, 52, 85, 87 uit het KB Uitvoering in het kort .....</b>	<b>8</b>
<b>I. 1e onderzoeksvraag: zijn de artikelen 44, 45, 47, 48, 49, 52, 85, 87 uit het KB Uitvoering verenigbaar met het Unierecht?.....</b>	<b>20</b>
1.1 Werkingssfeer Europees recht.....	20
1.2 De grondrechten uit het Handvest en de algemene beginselen .....	28
1.3 Het belang van de interne markt uit het EU-Werkingsverdrag .....	39
1.3.1 <i>De interne markt en het vrij verkeer van diensten.....</i>	39
1.3.2 <i>De eis van interstatelijkheid .....</i>	40
1.3.3 <i>Bewijslast grensoverschrijdend belang.....</i>	40
1.3.4 <i>De interne markt versus de soevereiniteit van Lidstaten.....</i>	41
1.4 De inroepbaarheid van het secundair recht: art. 48 KB Uitvoering in samenhang met art. 45 en art. 52 richtlijn 2004/18/EG bezien .....	42
1.4.1 <i>Art. 48 KB Uitvoering in samenhang met art. 45 richtlijn 2004/18/EG bezien: algemeen..</i>	42
1.4.2 <i>Het systeem van uitsluitingsgronden in de richtlijn 2004/18/EG en de toets aan art. 48 KB Uitvoering.....</i>	44
1.4.3 <i>Toetsing aan art. 52 richtlijn 2004/18/EG van de regels over het beheer van de officiële lijsten van erkende aannemers of hun certificering in verhouding tot art. 48 KB Uitvoering.....</i>	54
1.5 De inroepbaarheid van de mededingingsrechtelijke bepalingen uit het Verdrag en Verordening 01/2013 in het kader van art. 49 KB Uitvoering .....	59
1.5.1 <i>Algemeen .....</i>	60
1.5.2 <i>De sanctionering van een mededingingsvertekening door de aanbestedende overheid .....</i>	60
1.6 De EVRM-waARBorgen met het oog op een eerlijk en effectief proces bij de rechter en in de bestuurlijke voorfase .....	62
1.6.1 <i>Inleiding.....</i>	62
1.6.2 <i>Het recht op een eerlijk proces.....</i>	63
1.6.3 <i>Onderscheid strafrechtelijke- en administratieve sancties.....</i>	64
1.6.4 <i>Overige EVRM waARBorgen.....</i>	66
<b>II. Welke ruimte laat het Unierecht voor het voeren van een nationaal recht / beleid ter zake? Kan de Belgische overheid zulke regelgeving opstellen? Kan dit bij KB?.....</b>	<b>67</b>
2.1 Inleiding.....	67
2.2 De wijze waarop de ruimte voor nationaal recht en beleid dient te worden bepaald .....	68

<b>III. Welke rechtsbescherming voorziet het Unierecht voor de aannemer?.....</b>	<b>71</b>
<b>IV. Is de macht (de soevereine bevoegdheid, de discretionaire bevoegdheid) van een aanbestedende dienst begrensd? Zijn er minimale voorwaarden / criteria die vervuld moeten zijn als een aanbestedende dienst gebruik wil maken van de ruime macht die de aanbestedende dienst worden toegekend via de geciteerde artikels uit het KB van 14 januari 2013? .....</b>	<b>75</b>
4.1 De Europese begrenzing.....	75
4.2.Het nationale recht: de begrenzing in het Belgische systeem .....	78
4.2.1 <i>Bevoegdheidsmarge administratieve overheid</i> .....	79
4.2.2 <i>Beginselen en waarborgen van het Belgisch bestuursrecht</i> .....	81
<b>Publicaties en resultaten van onderzoeken op het terrein van aanbestedingsrecht van belang voor dit onderzoek: .....</b>	<b>82</b>

## **Aanleiding voor het onderzoek en onderzoeksvraag**

De Confederatie Bouw Oost-Vlaanderen (hierna: Confederatie) heeft mij gevraagd om een advies uit te brengen over de conformiteit met het recht van de Europese Unie in ruime zin van 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).<sup>1</sup>

Deze bepalingen reguleren diverse vormen van sancties die tijdens de uitvoering van een *contract voor de aanneming van werk* door de overheidsaanbesteder 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 hun juridische toelaatbaarheid ten aanzien van het Europees recht in kaart worden gebracht.

In het bijzonder wenst de Confederatie een antwoord op onderstaande (sub-)vragen:

I. Zijn deze bepalingen verenigbaar met het Unierecht?

II. Welke ruimte laat het Unierecht voor het voeren van een nationaal recht / beleid ter zake? Kan de Belgische overheid zulke regelgeving opstellen? Kan dit bij KB?

III. Welke rechtsbescherming voorziet het Unierecht voor de aannemer?

IV. Is de macht (de soevereine bevoegdheid, de discretionaire bevoegdheid) van een aanbestedende dienst begrensd? Zijn er minimale voorwaarden / criteria die vervuld moeten zijn als een aanbestedende dienst gebruik wil maken van de ruime macht die de aanbestedende dienst wordt toegekend via de geciteerde artikels uit het KB van 14 januari 2013?

## **Enkele voorafgaande observaties**

*Toepasselijk recht bij de toetsing van de bepalingen*

De toetsing van de gewraakte bepalingen aan het Europees recht is geen eenvoudige bezigheid, zoals uit het hierna volgende zal blijken.

Veel van de te onderzoeken bepalingen komen voort uit de Algemene Aannemingsvoorwaarden, die voorheen als bijlage bij het KB Uitvoering inzake overheidsopdrachten waren gevoegd en die thans in de hoofdtekst van het KB Uitvoering zijn geïncorporeerd om een duidelijker en uniformer rechtskader voor de uitvoering van

---

<sup>1</sup> 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.

overheidsopdrachten tot stand te brengen. Er wordt aangenomen dat via het KB Uitvoering in België een vorm van ‘dwingend’ contractenrecht is ontstaan.

Het contractenrecht is juist dat deel van het recht waarop het Europees recht geringe invloed heeft. In de Belgische literatuur is daarover te lezen dat het KB Uitvoering buiten de werkingssfeer van de Europese richtlijnen overheidsopdrachten valt.

Verder behelst de richtlijn diensten 2006/123/EG die zich richt tegen belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en die voor de bouwsector relevant is, dit soort situaties niet;<sup>2</sup> in overweging 90 van de considerans wordt expliciet uitgelegd waarom: “Contractuele betrekkingen tussen de dienstverrichter en de afnemer (...) vallen niet onder deze richtlijn. De vaststelling van het toepasselijke recht inzake contractuele en niet-contractuele verbintenissen van de dienstverrichter wordt geregeld volgens het internationaal privaatrecht”.

Zoals ik hierna zal aantonen is dit mijns inziens evenwel niet onverkort het geval. Enkele van de gewraakte bepalingen uit het KB Uitvoering kunnen wel onder de werkingssfeer van het Europees recht worden gebracht en daar aan worden getoetst. De mate waarin dit kan verschilt wel in sterke mate van bepaling tot bepaling.

Daartoe dient allereerst te worden gezien in wat voor soort situaties de sancties uit de gewraakte bepalingen op de aannemer van overheidsopdrachten (kunnen) worden opgelegd en of die situaties onder de werkingssfeer van het primair (de Verdragen) dan wel van het secundair Europees Unierecht (richtlijnen, verordeningen) kunnen vallen.

Bij het *primair* Unierecht gaat het om het beginsel van non-discriminatie op basis van nationaliteit in ruime zin; het vrij verkeer van vestiging en diensten ex art. 49 en 56 e.v. EU-werkingsverdrag (hierna ook: WVEU); de bepalingen inzake het mededingingsrecht (artikel 101 en 102 WVEU); de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie geformuleerde algemene beginselen waarvan in het bijzonder het proportionaliteitsbeginsel; enige basisbepalingen uit het EU-Verdrag (hierna ook: VEU); en enige bepalingen uit het EU-Handvest van de Grondrechten; op basis van artikel 6 VEU zijn verder de grondrechten uit het EVRM aan te merken als algemene beginselen van Unierecht.

Bij het *secundair* recht zijn de richtlijn overheidsopdrachten in de klassieke sectoren 2004/18/EG<sup>3</sup> en verordening 1/2003<sup>4</sup> relevant. Voor de analyse of een situatie onder de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG valt, dient het onderscheid te worden gehanteerd tussen opdrachten (i) met een economische waarde die gelijk is of hoger dan de Europese drempel, (ii) opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang en (iii) opdrachten van zuiver nationale aard; alleen de opdrachten onder (i) en onder (ii) – maar in mindere mate - vallen namelijk onder de werkingssfeer van het Europees aanbestedingsrecht (richtlijn, verdragen en jurisprudentie van de Europese rechter).

<sup>2</sup> Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* L 376 /6).

<sup>3</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEU* 2004, L134/114).

<sup>4</sup> 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 (*PbEUL*1/1).

Voor opdrachten die niet onder de werkingssfeer van het Europees recht als *supra* bedoeld gebracht kunnen worden, kan art. 6 EVRM (a) een rol spelen. Voor het overige is in een dergelijke interne situatie een belangrijke rol weggelegd voor het nationale rechtssysteem (b), waaronder ook de *Good Governance* aspecten zoals in het staats- en bestuursrecht van de lidstaten van de Unie neergelegd.

a. Bij art. 6 EVRM is daarbij met name relevant om wat voor soort sancties het *in de betreffende gewraakte bepaling* gaat:

naar gelang sprake is van een *administratieve* dan wel een *strafsanctie* kunnen verschillende verweermiddelen een rol spelen, waarbij geldt dat de waarborgen in geval er sprake is van een strafsanctie, hoger (kunnen) zijn.

b. De nationale dimensie voor de toepassing van sancties zal tot slot van fundamenteel belang blijken, ook in de uitvoeringsfase van overheidsopdrachten.

Er geldt een verschil in benadering tussen contracten met civielrechtelijke en die met administratiefrechtelijke dimensie: bij deze laatste categorie heeft de overheid doorgaans een bevoorrechte positie. Een ontwikkeling van de visie daarop is fundamenteel om een (eventuele) aanpassing van de betwiste bepalingen uit het KB Uitvoering door de *wetgever* te verlangen; deze visie is ook van fundamenteel belang voor een proportionele (billijke) toepassing van het recht door de *rechter*. Bovendien is in deze situatie van belang vast te stellen in hoeverre er in een lidstaat beïnvloeding plaatsvindt van de nationale beginselen door de Europese beginselen. Met het oog op de onderzoeksvragen zal in dit onderzoek slechts globaal op deze dimensie kunnen worden ingegaan.

De Europese richtlijnen overheidsopdrachten bevatten zoals hierna zal worden besproken slechts enkele regels die ook in het kader van de uitvoering van overheidsopdrachten een rol spelen. Een korte observatie van de Belgische uitgangspunten in het (publiek) contractenrecht is daarom noodzakelijk.

In België geldt al sinds lange tijd een behoorlijk concreet en gereguleerd ‘publiek contractenrecht’, met beperkte afwijkingsmogelijkheden.

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.

In deze onevenwichtige verhouding tussen de partijen ziet men een factor die met de aard van het contract niet te verzoenen is. Betoogd wordt dat de administratie optreedt ter vrijwaring en ter bevordering van het algemeen belang dat op het privaat belang, en dus ook in het voorkomend geval op het belang van de medecontractant, voorrang moet hebben.

Kenmerk van het administratief recht is daarbij de ongelijkheid tussen de overheid en de burger, als de eerste het algemeen belang moet behartigen en de ander over het algemeen zijn eigen belang verdedigt.

Deze ongelijkheid openbaart zich zowel in de verordenende bevoegdheid, in het administratief contractenrecht, als in het algemeen bij het nemen van uitvoerende beslissingen.

Daarnaast heeft een administratief orgaan een bijzonder voorrecht, het '*privilege du préalable*', wat inhoudt dat zijn beslissing wordt geacht in overeenstemming te zijn met het recht. Handelingen van de overheid zijn daarom onmiddellijk bindend en kunnen pas achteraf door de rechter worden tenietgedaan. 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.

### **Opbouw van het advies**

Daar de vraag of de gewraakte bepalingen in overeenstemming zijn met Europees Unierecht een breed scala aan complexe rechtsvragen omvat, is het met het oog daarop van belang om in de volgende paragraaf eerst te bezien wat deze bepalingen uit het KB Uitvoering inhouden en wat ze beogen. Een analyse is noodzakelijk om potentiële afbreukpunten te identificeren en effectieve rechtsgronden om zich daartegen te verweren, in kaart te brengen.

Bij die analyse worden ook het Verslag aan de Koning en het Advies van de Raad van State in ogenschouw genomen.<sup>5</sup>

Tot slot. De vragen die de Confederatie onderzocht wenst te hebben, spelen op elkaar in. Daar een behandeling van onderwerpen die bij de vragen II, III en IV centraal staan noodzakelijk is om de eerste vraag (vraag I) te beantwoorden, worden die vragen grotendeels reeds bij vraag I beantwoord. Andere aspecten die bij vraag I niet zijn behandeld, worden in het kader van de andere onderzoeksvragen besproken.

---

<sup>5</sup> Verslag aan de koning van 26 maart 2013, p. 19216 en Advies 51.586/1/V van 2 augustus 2012 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State bij het Koninklijk Besluit Uitvoering 2013.



## 1. De gewraakte bepalingen: de artikelen 44, 45, 47, 48, 49, 52, 85, 87 uit het KB Uitvoering in het kort

De Raad van State heeft bij het opstellen van de bepalingen een controlerende functie gehad. Zo is in het advies te lezen dat de afdeling Wetgeving van de Raad van State zich heeft toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.<sup>6</sup>

### - *Toepasselijkheid/ drempels*

Het KB Uitvoering is slechts geheel van toepassing bij opdrachten van een geraamd bedrag groter dan 30.000 euro. De zogenoemde ‘harde kern’ bepalingen, waaronder ook de meeste artikelen van de litigieuze bepalingen vallen, zijn daarnaast ook van toepassing bij opdrachten tussen 8.500 en 30.000 euro.

Dit is neergelegd in artikel 5 van het Koninklijk Besluit en gaat om de artikelen 44,45, 47, 48, 49 en 52.

Alleen de artikelen 85 en 87 van de hierna te bespreken bepalingen horen hier niet bij en gelden daarmee niet voor die categorie opdrachten.

Is het geraamde bedrag van de opdracht lager dan achtduizend vijfhonderd euro, dan gelden over het algemeen de algemene voorwaarden van de opdrachtnemer.

### - *Niet van toepassing op overheidsbedrijven in de nutssectoren*

In het Verslag aan de Koning is te lezen dat het KB niet geldt voor aanbestedende entiteiten, dat wil zeggen privaatrechtelijke personen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten voor hun activiteiten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, en ook niet voor overheidsbedrijven indien het gaat om opdrachten die krachtens een wet, decreet of ordonnantie concurrentiële activiteiten van deze overheidsbedrijven omvatten.

Bovendien noemt ook artikel 6 § 1 KB Uitvoering nog enkele andere uitzonderingen op de toepasselijkheid van het koninklijk besluit.

### ***De bepalingen nader uitgewerkt***

Hieronder worden de bepalingen 44, 45, 47, 48, 49, 85, 87 en 52 uit het KB van 14 januari 2013 waarop de vraagstelling betrekking heeft nader besproken.

#### **Art. 44 In gebreke blijven en sancties**

§ 1 De opdrachtnemer wordt voor de uitvoering van de opdracht geacht in gebreke te zijn:  
1° wanneer de prestaties niet uitgevoerd worden volgens de voorschriften bepaald in de opdrachtdocumenten;  
2° ongeacht het ogenblik, wanneer de prestaties niet zodanig vorderen dat zij op de vastgestelde data volledig kunnen worden voltooid;  
3° wanneer hij de geldig gegeven schriftelijke bevelen van de aanbestedende overheid niet naleeft.

§ 2. Al de tekortkomingen op de bepalingen van de opdracht, daarin begrepen het niet-naleven van de bevelen van de aanbestedende overheid, worden in een proces-verbaal vastgesteld, waarvan onmiddellijk bij

<sup>6</sup> Advies 51.586/1/V van 2 augustus 2012 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State bij het Koninklijk Besluit Uitvoering 2013, paragraaf 2.

aangetekende brief een afschrift aan de opdrachtnemer wordt verzonden.

De opdrachtnemer dient zonder verwijl zijn tekortkomingen te herstellen. Hij kan bij aangetekende brief, te verzenden binnen de vijftien dagen volgend op de datum van verzending van het proces-verbaal, aan de aanbestedende overheid zijn verweermiddelen doen gelden. Zijn stilzwijgen na die termijn geldt als een erkenning van de vastgestelde feiten.

§ 3. Wanneer in hoofde van de opdrachtnemer tekortkomingen worden vastgesteld, stelt hij zich bloot aan sancties door toepassing van één of meer van de maatregelen bepaald in de artikelen 45 tot 49, 85 tot 88, 123, 124, 154 en 155.

### *Inhoud*

Artikel 44 van het KB Uitvoering valt, evenals de hierna te bespreken artikelen 45, 47, 48 en 49 onder afdeling 7 getiteld: “*Actiemiddelen van de aanbestedende overheid*”. In deze bepaling wordt “het in gebreke blijven van de aannemer” gedefinieerd.

Paragraaf 1 bepaalt allereerst wanneer een opdrachtnemer in gebreke wordt geacht te zijn en noemt daarvoor een drietal situaties:

1) De eerste betreft de situatie dat de prestaties niet worden uitgevoerd volgens de voorschriften bepaald in de opdrachtdocumenten. Volgens het Verslag aan de Koning kan het dan gaan om voorschriften uit de van toepassing zijnde wetten die betrekking hebben op de opdracht, met name inzake veiligheid en gezondheid of niet-inachtneming van de contractuele uitvoeringstermijnen.

2) De tweede grond waarop in gebreke stelling kan plaatsvinden, is wanneer ongeacht het ogenblik, de prestaties niet zodanig vorderen dat zij op de vastgestelde data volledig kunnen worden voltooid.

Hierover is in het Verslag aan de Koning in de opmerkingen bij artikel 47 te lezen dat aanbestedende overheden met het aantonen van de hypothese dat de opdrachtnemer de prestaties onmogelijk binnen de gestelde contractuele termijn kan uitvoeren, ‘omzichtig’ moeten omgaan en de toepassing van in gebreke stelling dienen te beperken tot de gevallen waarin een echte dringendheid kan worden aangetoond.

#### *- Voorbeeld*

Als voorbeeld wordt genoemd het organiseren van een openbaar evenement, wanneer de datum waarop het plaatsvindt niet kan worden gewijzigd, zoals een Nationale feestdag of Europese top.

3) De laatste mogelijkheid betreft de situatie dat de opdrachtnemer de geldig gegeven schriftelijke bevelen van de aanbestedende overheid niet naleeft. Dit zijn bevelen die de aanbestedende overheid op grond van de toepasselijke wettelijke bepalingen aan de aannemer kan doen en die in overeenstemming moeten zijn met de regels die daarvoor gelden. Bijvoorbeeld kan het gaan om wijzigings- of schorsingsbevelen (artt. 37 en 89 KB Uitvoering).

### *Procedure*

Paragraaf 2 van artikel 44 regelt vervolgens de procedure van ingebrekestelling.

De tekortkomingen van de opdrachtnemer moeten door de aanbestedende overheid in een proces-verbaal worden vastgesteld en per aangetekende brief naar de opdrachtnemer verzonden worden. De opdrachtnemer dient dan de gestelde tekortkomingen onverwijld te herstellen.

Daarnaast kan hij binnen een korte termijn van 15 dagen volgend op de verzending van het proces-verbaal, zijn verweermiddelen per aangetekende brief aan de aanbestedende overheid doen gelden.

Stilzwijgen geldt daarbij als erkenning van de vastgestelde feiten.

### *Sancties*

De consequenties worden uiteengezet in paragraaf 3 dat bepaalt dat indien tekortkomingen worden vastgesteld, de opdrachtnemer zich blootstelt aan sancties.

Expliciet de maatregelen bepaald in de artikelen 45 tot 49, 85 tot 88, 123, 124, 154 en 155. Een aantal van deze bepalingen komen overeen met de gewraakte bepalingen die hierna worden behandeld.

De artikelen 46, 86, 123, 124, 154 en 155 worden echter niet behandeld:

Artikel 46 gaat om vertragingsboetes die onafhankelijk worden gesteld van de sancties uit het hierna te bespreken artikel 45 en zonder ingebrekestelling en proces-verbaal van rechtswege kunnen worden toegepast voor het totaal aantal dagen vertraging.

Tevens vrijwaart de opdrachtnemer de aanbestedende overheid op grond van dit artikel tegen elke schadevergoeding die deze aan derden verschuldigd is vanwege de vertraging. Artikel 86 omvat de formule aan de hand waarvan vertragingsboetes worden berekend inclusief een vooraf vastgesteld maximum (in beginsel 5 procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag). De artikelen 123 en 124 gaan specifiek over leveringen: regeling omtrent vertragingsboetes, in gebreke blijven en ambtshalve maatregelen. In de artikelen 154 en 155 is dit toegepast op diensten.

### *Elementen die een rol spelen bij de toets aan de juridische toelaatbaarheid / waarborgen*

Op grond van artikel 44 heeft de aanbestedende overheid ruime mogelijkheden om tot ingebrekestelling over te gaan. Het is echter de vraag of deze mogelijkheden disproportioneel zijn en/of te vergaand onredelijk uitwerken en of zij afdoen aan het recht op rechtszekerheid van de aannemer. Een bepaalde beslisruimte voor de aanbestedende overheid is immers noodzakelijk met het oog op een goede uitvoering van een overheidsopdracht. Daarnaast is de procedure van waarborgen voorzien, zoals de plicht voor de aanbestedende overheid om een proces-verbaal op te stellen (i), de mogelijkheid voor de opdrachtnemer verweermiddelen te doen gelden (ii) en om zijn tekortkomingen te herstellen (iii).

De Confederatie is van mening dat het recht om verweermiddelen te doen gelden niet effectief is omdat het dezelfde aanbestedende overheid is die de aannemer beoordeelt. In het hierna volgende zal in kaart worden gebracht wanneer een toets aan de algemene beginselen en/of

aan artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) - dat ook de bestuurlijk voorfase kan betreffen – mogelijk is.

**Art. 45 Straffen:**

1. De opdrachtdocumenten kunnen voorzien in de toepassing van een bijzondere *straf* voor elke gebrekkige uitvoering.

§ 2. Elke gebrekkige uitvoering waarvoor niet in een bijzondere *straf* is voorzien, geeft aanleiding tot een algemene *straf* die :

1° eenmalig is en 0,07 procent bedraagt van de oorspronkelijke aannemingssom met een minimum van veertig euro en een maximum van vierhonderd euro, of

2° dagelijks is en 0,02 procent bedraagt van de oorspronkelijke aannemingssom met een minimum van twintig euro en een maximum van tweehonderd euro, wanneer de gebrekkige uitvoering onmiddellijk ongedaan moet worden gemaakt.

Deze *straf* wordt toegepast vanaf de derde dag na de datum van afgifte van de aangetekende brief vermeld in artikel 44, § 2, tot en met de dag waarop aan de gebrekkige uitvoering een einde werd gesteld door toedoen van de opdrachtnemer of van de aanbestedende overheid zelf.

§ 3. De paragrafen 1 en 2 zijn van toepassing wanneer geen enkele rechtvaardiging werd aanvaard of wanneer deze rechtvaardiging niet binnen de termijn vereist door artikel 44, § 2, werd verstrekt.

*Inhoud*

Artikel 45 paragraaf 1 regelt de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om in de opdrachtdocumenten te voorzien in de toepassing van een bijzondere sanctie voor elke gebrekkige uitvoering op een van de gronden uit artikel 44 §1.

In paragraaf 2 van dit artikel is geregeld dat indien niet in bijzondere sancties in de opdrachtdocumenten is voorzien, een algemene sanctie kan worden opgelegd. Deze algemene sanctie is in beginsel eenmalig en bedraagt dan 0,07 procent van de oorspronkelijke aannemingssom met een minimum van veertig euro en een maximum van vierhonderd euro. Indien echter de gebrekkige uitvoering onmiddellijk ongedaan moet worden gemaakt kan deze ook dagelijks zijn en bedraagt dan 0,02 procent van de oorspronkelijke aannemingssom met een minimum van twintig euro en een maximum van tweehonderd euro.

In het Verslag aan de Koning wordt vermeld dat het bedrag van de bijzondere sanctie in verhouding moet staan tot de ernst van de tekortkoming die aanleiding geeft tot de sanctie.

*Procedure*

De algemene sanctie kan worden toegepast vanaf drie dagen na de aangetekende brief uit artikel 44 §2 tot en met de dag waarop aan de gebrekkige uitvoering een einde is gekomen, hetzij door de opdrachtnemer of door de aanbestedende overheid zelf. Paragraaf 3 legt nog wel de waarborg neer dat de paragrafen 1 en 2 alleen dan van toepassing zijn, indien geen rechtvaardiging voor het in gebreke blijven is aanvaard of de verweermiddelen van de opdrachtnemer niet binnen de termijn van artikel 44 §2 werden verstrekt.

In het Verslag aan de Koning is verder melding gemaakt van het feit dat de sancties niet ‘van rechtswege’ plaatsvinden, dit woord is geschrapt, omdat steeds eerst een proces-verbaal moet worden opgesteld voordat een sanctie mag worden toegepast.



### *Juridische toepassing*

In deze bepaling is neergelegd dat naast de sancties die al worden toegepast, nog meer sancties toepassing kunnen vinden. Op zichzelf zijn deze sancties niet erg hoog. Het probleem ligt hier voornamelijk op het vlak dat alles bij elkaar uiteindelijk veel sancties kunnen worden opgelegd, terwijl de gronden daarvoor vrij ruim zijn gezien het hiervoor besproken artikel.

#### **Art. 47 Ambtshalve maatregelen**

§ 1. Wanneer de opdrachtnemer, na het verstrijken van de in artikel 44, § 2, gestelde termijn om zijn verweermiddelen te doen gelden, inactief is gebleven of middelen heeft aangevoerd die door de aanbestedende overheid als niet gerechtvaardigd worden beoordeeld, kan deze laatste de ambtshalve maatregelen vermeld in paragraaf 2 treffen.

De aanbestedende overheid mag de ambtshalve maatregelen nochtans treffen zonder het verstrijken van de termijn bedoeld in artikel 44, § 2, af te wachten wanneer de opdrachtnemer op voorhand expliciet de vastgestelde tekortkomingen heeft toegegeven.

§ 2. De ambtshalve maatregelen zijn :

1° het eenzijdig verbreken van de opdracht, in welk geval de aanbestedende overheid van rechtswege het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding verwerft of bij gebrek aan borgstelling een equivalent bedrag.

Deze maatregel sluit de toepassing uit van iedere vertragingsboete op het deel waarop de verbreking slaat;

2° de uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht;

3° 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.

De maatregelen onder het eerste lid, 2° en 3°, worden getroffen op kosten en risico van de in gebreke gebleven opdrachtnemer. Nochtans vallen de vertragingsboetes en *straffen* die bij de uitvoering van een opdracht voor rekening worden toegepast, ten laste van de nieuwe opdrachtnemer.

§ 3. De beslissing van de aanbestedende overheid om tot de gekozen ambtshalve maatregel over te gaan, wordt bij aangetekende brief aan de in gebreke gebleven opdrachtnemer bekendgemaakt.

Vanaf deze kennisgeving mag de in gebreke gebleven opdrachtnemer niet meer tussenkomen in de uitvoering van het gedeelte van de opdracht onderworpen aan de ambtshalve maatregel.

Wanneer tot het sluiten van een overeenkomst voor rekening wordt overgegaan, wordt een exemplaar van de opdrachtdocumenten aangaande de te sluiten opdracht, bij aangetekende brief aan de in gebreke gebleven opdrachtnemer verzonden.

§ 4. Wanneer de prijs van de uitvoering in eigen beheer of deze van de nieuwe overeenkomst, welke voor rekening werd gesloten, hoger is dan die van de oorspronkelijke opdracht, draagt de in gebreke gebleven opdrachtnemer de meerkosten. In het tegenovergestelde geval komt het verschil ten goede aan de aanbestedende overheid.

### *Inhoud*

Artikel 47 bevat de ambtshalve maatregelen die een aanbestedende overheid ten opzichte van een in gebreke blijvende opdrachtnemer, op grond van het eerder besproken artikel 44 KB Uitvoering, kan nemen. Dit is neergelegd in paragraaf 2. De eerste maatregel betreft het eenzijdig verbreken van de opdracht, waarbij de aanbestedende overheid van rechtswege het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding verwerft of bij gebrek aan borgstelling een equivalent bedrag. Deze maatregel sluit de toepassing uit van iedere vertragingsboete op het deel waarop de verbreking slaat. De tweede maatregel die de aanbestedende overheid kan nemen is het overgaan tot uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht. De derde maatregel omvat de mogelijkheid tot 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. De

maatregelen twee en drie worden getroffen op kosten en risico van de in gebreke gebleven opdrachtnemer. De vertragingsboetes en sancties die ontstaan tijdens de derde maatregel zijn logischerwijze wel voor rekening van de nieuwe opdrachtnemer. Het verslag aan de Koning noemt dat de maatregelen 2 en 3 cumuleerbaar zijn.

### *Procedure*

De ambtshalve maatregelen van paragraaf 2 kunnen pas worden genomen indien aan de vereisten van de eerste paragraaf is voldaan. Dit is het geval indien de opdrachtnemer na het verstrijken van de termijn van artikel 44 geen verweermiddelen heeft doen gelden of als de aangevoerde verweermiddelen door de aanbestedende overheid als niet gerechtvaardigd worden beoordeeld.

Daarnaast kunnen de maatregelen worden toegepast als de opdrachtnemer zijn tekortkomingen toegeeft. In dat geval hoeft ook de in artikel 44 gestelde termijn niet in acht te worden genomen. In de paragrafen 3 en 4 zijn daarbij nog nadere regels rondom het overgaan tot deze maatregelen neergelegd. Zo moet de beslissing van de aanbestedende overheid om tot de gekozen ambtshalve maatregel over te gaan op grond van paragraaf 3 bij aangetekende brief aan de in gebreke gebleven opdrachtnemer worden bekendgemaakt. Vanaf deze kennisgeving mag de in gebreke gebleven opdrachtnemer niet meer tussenkomen in de uitvoering van het gedeelte van de opdracht waarop de ambtshalve maatregel betrekking heeft. Wanneer tot het sluiten van een overeenkomst voor rekening van de aannemer wordt overgegaan (maatregel drie), wordt een exemplaar van de opdrachtdocumenten aangaande de te sluiten opdracht, bij aangetekende brief aan de in gebreke gebleven opdrachtnemer verzonden. Paragraaf 4 bepaalt ten slotte dat wanneer de prijs van de uitvoering in eigen beheer of van de nieuwe overeenkomst hoger is dan die van de oorspronkelijke opdracht, de opdrachtnemer de meerkosten moet dragen. Indien deze prijs lager is, komt het verschil ten goede aan de aanbestedende overheid.

### *Juridische toepassing*

Ook hier is sprake van het feit dat dezelfde instantie de verweermiddelen van de opdrachtnemer beoordeelt. Op grond daarvan lijkt in de praktijk geen onafhankelijke beoordeling te kunnen plaatsvinden, terwijl het in dit artikel gaat om ingrijpende maatregelen die een in gebreke gebleven opdrachtnemer te verduren krijgt. Bovendien kunnen deze zware maatregelen ook op basis van relatief kleine gebreken, die onder de gronden van artikel 44 gebracht kunnen worden, toepassing vinden. Als al kort besproken bij de behandeling van artikel 44 zou hier de openheid van de gronden (de grote beslissruimte voor de aanbestedende dienst) tot in gebreke stelling wellicht een grond kunnen vormen voor het aankaarten van de disproportionaliteit van deze uitvoeringsbepaling (en) voor de aannemer.

#### **Art. 48 Overige sancties**

Onverminderd de in dit besluit bedoelde sancties, kan de in gebreke gebleven opdrachtnemer door de aanbestedende overheid voor bepaalde tijd van haar opdrachten worden uitgesloten.

De betrokkene wordt vooraf gehoord om zich te verdedigen en de gemotiveerde beslissing wordt hem betekend.

De in het vorige lid vermelde sancties zijn van toepassing onverminderd die bepaald in artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

### *Inhoud*

In artikel 48 wordt aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid gegeven om de opdrachtnemer, onverminderd de andere sancties uit het KB Uitvoering, bijkomende sancties op te leggen. In geval van opdrachten voor werken, leveringen of diensten omvatten de bijkomende sancties de uitsluiting van de opdrachtnemer van deelname aan opdrachten van de aanbestedende overheid voor een bepaalde duur die door de aanbestedende overheid wordt bepaald. Volgens het Verslag aan de Koning kunnen deze sancties in geval van opdrachten voor werken, de toepassing van de sancties vermeld in artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken omvatten. Deze sancties zijn: klasseverlaging, schorsing en de intrekking van de erkenning, alsook de uitsluiting van de overheidsopdrachten.

### *Procedure*

Als procedurele waarborgen dient de betrokkene bij deze ingrijpende maatregel wel vooraf te worden gehoord, zodat deze zich kan verdedigen en tevens moet de gemotiveerde beslissing hem worden betekend.

### *Juridische toepassing*

Artikel 48 van de Uitvoeringsregels lijkt te suggereren dat zonder nadere vereisten vergaande sancties kunnen worden opgelegd. In artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken worden echter zwaardere omstandigheden genoemd, dan het enkele ‘in gebreke blijven’ van een aannemer, voordat deze sancties mogen worden opgelegd.

Problematisch is wel - en dit zal in het volgende paragraaf diepgaand worden behandeld – dat in de eerste alinea is bepaald dat de sanctie ‘uitsluiting voor bepaalde tijd van overheidsopdrachten’ zonder nadere vereisten op *elk* in gebreke blijven van een aannemer mag worden opgelegd.

Art. 45 van de Europese richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG zoals in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU nader uitgelegd stelt zware eisen aan de uitsluiting van een aannemer van een overheidsopdracht. Artikel 48 KB lijkt op dit punt daarmee in strijd.

Wat de zwaarte van de op te leggen sanctie betreft, geldt dat in geval van een klein gebrek een dergelijk ingrijpende sanctie disproportioneel zou kunnen zijn.

#### **Art. 49.**

§ 1. De aanbestedende overheid treft één of meer van de volgende maatregelen, indien ze op eender welk ogenblik vaststelt dat de opdrachtnemer de bepalingen van artikel 9 van de wet of van artikel 10 van de wet defensie en veiligheid, al naargelang, niet heeft geëerbiedigd :

1° de toepassing van een *straf* welke het drievoud is van het bedrag dat bij het opdrachtbedrag wordt gevoegd om aan derden een bepaalde winst of voordeel toe te kennen;

2° de toepassing van een ambtshalve maatregel;

3° de uitsluiting van de opdrachten als bedoeld in artikel 48;  
4° indien het een aannemer van werken betreft, een voorstel tot sanctie bij toepassing van artikel 19 van de wet van 21 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

§ 2. De toepassing van de bij § 1, 1°, bedoelde *straf* sluit elke bijkomende schadevergoeding uit.

### *Inhoud*

Artikel 49 gaat specifiek over maatregelen 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. Het gaat hier om de toepasselijke maatregelen bij het ontdekken van afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen, aldus het Verslag aan de Koning. Artikel 9 betreft daarnaast overtreding van het verbod van belangenverstrengeling tussen aanbesteder en inschrijver. De eerste maatregel die op deze overtredingen kan worden opgelegd, bevat de toepassing van een sanctie dat het drievoud bedraagt van het bedrag dat bij het opdrachtbedrag is gevoegd om aan derden een bepaalde winst of voordeel toe te kennen. Het is daarbij niet mogelijk bijkomende schadevergoeding op te leggen (§ 2). De maatregelen twee, drie en vier zijn terug te vinden in de besproken artikelen 47 en 48 van het KB Uitvoering.

### *Juridische toepassing*

Dit artikel is specifiek van toepassing op de opdrachten die volgens de wet defensie en veiligheid worden geplaatst. Ook hier gelden zware sancties die als gevolg van overtredingen van het mededingingsrecht kunnen worden opgelegd.

Met betrekking tot de mededinging gelden Europese regels, ook over de sanctionering van inbreuken daarvan. Hiervoor moet een nationale mededingingsautoriteit zijn aangewezen. Het is de vraag of de aanbestedende overheid als een dergelijke autoriteit door de wet is aangewezen. Zo niet dan kan deze dergelijke sancties niet opleggen. Bovendien is het vaststellen van een overtreding van het mededingingsrecht geen kleine aangelegenheid en moet het onderzoek met waarborgen worden omgeven. Dergelijke bepalingen ontbreken hier geheel.

### **Art. 85 Vermoeden van bedrog of slecht werk**

Wordt bedrog of slecht werk vermoed, dan kan de aannemer verplicht worden het uitgevoerde werk geheel of gedeeltelijk te slopen en te herbouwen. De kosten van sloping en herbouw komen, naargelang het vermoeden bewaarheid wordt of niet voor rekening van de aannemer of voor de aanbestedende overheid.

### *Inhoud*

Op grond van artikel 85, dat is neergelegd onder de titel “middelen van optreden”, kan de aanbestedende overheid bij een vermoeden van bedrog of slecht werk de aannemer verplichten het uitgevoerde werk geheel of gedeeltelijk te slopen en te herbouwen. De kosten die daarmee gemoeid zijn, komen naargelang het vermoeden bewaarheid wordt of niet voor rekening van respectievelijk de aannemer of de aanbestedende overheid.

### *Juridische toepassing*



Indien slechts sprake is van een vermoeden van bedrog of slecht werk, kan de aannemer gedwongen worden tot verregaande maatregelen, namelijk het slopen en herbouwen van uitgevoerd werk. Er dienen daarom meer waarborgen in dit artikel te worden neergelegd. Zo is in deze bepaling niets neergelegd over wanneer sprake kan zijn van een dergelijk vermoeden. Bovendien zou de bepaling moeten voorzien in (nadere regels voor) een verplicht onderzoek naar dat vermoeden. Indien dit een *strafrechtelijke* sanctie betreft (hierna meer hierover) zou verder sprake kunnen zijn van een strijd met de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM. In ieder geval is de bepaling zoals deze nu is weergegeven disproportioneel (te vergaande vrijheid voor de aanbestedende dienst en zonder waarborgen omkleed).

#### **Art. 87 Ambtshalve maatregelen**

§ 1. Wanneer wordt vastgesteld dat de aannemer in gebreke is gebleven vóór het aanvangsbevel van de werken is afgeleverd, staat het uitblijven van dit bevel de toepassing van ambtshalve maatregelen niet in de weg. Ingeval de werken reeds aangevat zijn, legt de in gebreke gebleven aannemer zijn werken stil vanaf de dag die hem wordt aangeduid. Alle werken die daarna wordt uitgevoerd, blijven kosteloos verworven door de aanbestedende overheid.

Nadat de aannemer hiervoor wordt opgeroepen, wordt de staat van de werken, het materieel en de materialen die op de bouwplaats zijn aangevoerd, opgemaakt.

De aanbestedende overheid kan 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.

Behalve bij verbreking van de opdracht, is de aanbestedende overheid gerechtigd, tegen vergoeding, van het materieel en de materialen van de aannemer waarvan zij hem de lijst bezorgt, gebruik te maken om de opdracht voort te zetten of te doen voortzetten.

De aannemer is verplicht binnen de kortst mogelijke tijd zijn materieel en materialen welke de aanbestedende overheid niet wenst te behouden, van de bouwplaats te verwijderen.

De aannemer mag de voor zijn rekening verrichte werken volgen, evenwel zonder de uitvoering van de bevelen van de aanbestedende overheid te hinderen.

De berichten betreffende de plaats en datum voor de oplevering van het voor zijn rekening uitgevoerde bouwwerk, worden aan de in gebreke gebleven aannemer betekend, hetzij bij aangetekende brief, hetzij via een schriftelijk stuk waarvan de aannemer de ontvangst bevestigt.

§ 2. Ingeval de maatregelen bedoeld in artikel 47, § 2, eerste lid, 2° en 3°, worden toegepast, worden de verdragingsboetes voor hun maximum bedrag opgelegd, overeenkomstig artikel 86, § 6. Buiten het bedrag van de *straffen*, de boetes wegens laattijdige uitvoering en de slopingkosten, vallen de extra kosten ingevolge de nieuwe wijze van uitvoering ten laste van de in gebreke gebleven aannemer.

De voornoemde extra kosten maken het positief verschil uit tussen, enerzijds, het bedrag van de van ambtswege uitgevoerde werken desgevallend verhoogd met de belasting op de toegevoegde waarde en, anderzijds, het bedrag desgevallend verhoogd met de belasting op de toegevoegde waarde dat door de in gebreke gebleven aannemer voor die werken zou zijn aangerekend. Indien dat verschil negatief uitvalt, blijft het verworven door de aanbestedende overheid.

Komen niet in aanmerking voor de berekening van de extra kosten voor de werken voor rekening van de in gebreke gebleven aannemer :

1° binnen de perken van artikel 80, § 1, de werken in meer of in min die van ambtswege door de aanbestedende overheid werden bevolen na kennisgeving van de beslissing tot het nemen van maatregelen van ambtswege;

2° de prijsherzieningen bedoeld in artikel 20 van het koninklijk besluit klassieke sectoren, van artikel 20 van het koninklijk besluit speciale sectoren of van artikel 21 van het koninklijk besluit defensie en veiligheid, al naargelang;

3° de nieuwe eenheidsprijzen overeengekomen met de aannemer belast met de uitvoering van de opdracht voor rekening, bij toepassing van artikel 80, § 2, en 81.

Vallen eveneens voor rekening van de in gebreke gebleven aannemer, de kosten van het voor rekening aangaan van de nieuwe opdracht of opdrachten. Ongeacht de voor de opdracht of opdrachten gebruikte gunningswijze, worden deze kosten op één percent van de oorspronkelijke aannemingsom van deze opdracht of opdrachten aangerekend, zonder vijftien duizend euro te overschrijden.

§ 3. Wanneer de aannemer gedurende de waarborgtermijn zijn verplichtingen overeenkomstig artikel 84, § 1, niet nakomt, kan de aanbestedende overheid, na ingebrekestelling bij proces-verbaal overeenkomstig artikel 44,

§ 2, de herstellings- en verbouwingswerken voor rekening van de in gebreke gestelde aannemer uitvoeren of doen uitvoeren.  
Hetzelfde geldt wanneer de aannemer bij het verstrijken van de waarborgtermijn zijn verplichtingen overeenkomstig artikel 84, § 2, niet nakomt.

### *Inhoud*

Artikel 87 is net als artikel 47 van het KB Uitvoering getiteld: “Ambtshalve maatregelen” en valt evenals artikel 85 onder de algemenere titel: “Middelen van optreden”. In dit artikel zijn nog een aantal ambtshalve maatregelen opgenomen die de aanbestedende overheid kan hanteren bij een in gebreke blijvende opdrachtnemer. In paragraaf 1 wordt eerst gesteld dat het uitblijven van een bevel om de werken aan te vatten aan de toepassing van artikel 87, en dus aan de toepassing van de hierin opgenomen ambtshalve maatregelen, niet in de weg staat. Het Verslag aan de Koning noemt als voorbeeld het geval dat sprake is van een faillissement van de aannemer.

Als de werken al zijn aangevat bepaalt dit artikel dat de in gebreke gebleven aannemer deze moet stilleggen, op de dag die hem wordt aangeduid. De werken die erna worden uitgevoerd blijven kosteloos verworven door de aanbestedende overheid.

Vervolgens stelt dit artikel dat, nadat de aannemer op de hoogte is gesteld, de staat van de werken, het materieel en materialen op de bouwplaats worden vastgelegd. Dan volgt een ruime bevoegdheid, als wordt bepaald dat de aanbestedende overheid kan overgaan tot *elke bouw of sloping of tot het nemen van elke andere maatregel die zij voor het behoud en de goede uitvoering van werken nodig acht*. Bovendien is de aanbestedende overheid tegen vergoeding gerechtigd, behalve als sprake is van verbreking van de opdracht, van het materieel en de materialen van de aannemer gebruik te maken om de opdracht voort te zetten of te doen voortzetten. De aannemer is tevens verplicht binnen de kortst mogelijke tijd de materialen te verwijderen die de aanbestedende overheid niet op de bouwplaats wenst te hebben. Wel mag de aannemer de voor zijn rekening verrichte werken volgen, maar zonder de uitvoering van de bevelen van de aanbestedende overheid te hinderen.

In paragraaf 3 wordt vervolgens nog geregeld dat herstellings- en verbouwingswerken voor rekening van de in gebreke gestelde aannemer kunnen worden uitgevoerd, overeenkomstig de procedurele voorschriften van artikel 44 § 2, als de aannemer de bepalingen uit artikel 84 §1 (aansprakelijkheid van de aannemer) en bij het verstrijken van de waarborgtermijn de verplichtingen uit paragraaf 2 van laatstgenoemd artikel niet nakomt.

### *Procedure*

Het slot van paragraaf 1 bepaalt dat de plaats en datum van oplevering van het voor zijn rekening uitgevoerde bouwwerk, aan de in gebreke zijnde aannemer wordt betekend. Paragraaf 2 regelt vervolgens dat in het geval de hierboven besproken maatregelen 2 en 3 uit artikel 47 worden toegepast, de vertragingsboetes voor hun maximum bedrag worden opgelegd overeenkomstig artikel 86 §6 (dit omvat een rekenschema; (§6) in beginsel maximumbedrag 5 procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag). Dit laatste vormt een waarborg tegen een te hoog bedrag.

### *Extra kosten*

Verder gaat deze bepaling in op de ‘extra kosten’. Buiten het bedrag van de sancties, boetes wegens laattijdige uitvoering en slopingskosten, komen namelijk de extra kosten ingevolge de nieuwe wijze van uitvoering, voor rekening van de in gebreke gebleven aannemer. Dit wordt erna nog nader verduidelijkt, waarbij een positief verschil (de meerkosten) voor rekening van de in gebreke gebleven aannemer komen en een negatief verschil verworven blijft door de aanbestedende overheid. In het slot van paragraaf 2 worden nog een drietal kostenposten genoemd die niet bij de berekening van de extra kosten worden meegenomen en dus niet voor rekening van de aannemer komen. Als laatste zijn wel weer voor rekening van de aannemer, de kosten van het voor rekening aangaan van de nieuwe opdracht of opdrachten. Deze kosten worden aangerekend op één percent van de oorspronkelijke aanneemsom van deze opdracht met een maximum van 15.000 euro.

### *Juridische toepassing*

De aanbestedende overheid kan op grond van dit artikel allerlei maatregelen nemen die nodig zijn bij het in gebreke blijven van een opdrachtnemer. Meest verstrekkend is de ruime bepaling dat het kan overgaan tot elke bouw of sloping of tot het nemen van elke andere maatregel die zij voor het behoud en de goede uitvoering van werken nodig acht.

Deze ruime bevoegdheid voor de opdrachtgever zou disproportioneel kunnen blijken, indien dit onverkort geldt voor elke situatie waarin sprake is van ‘een in gebreke blijven’ (volgens artikel 44).

#### **Art. 52**

De opdrachtnemer licht de aanbestedende overheid, op straffe van verval, ten spoedigste en schriftelijk in wanneer hij eender welke feiten of omstandigheden vaststelt die al dan niet onder de toepassing van de artikelen 54 en 56 vallen, het normale verloop van de opdracht verstoren en waarvan de eventuele nadelige gevolgen voor hem reden zou kunnen zijn om een verzoek of een klacht in te dienen. Hij doet hierbij bondig de invloed kennen die deze feiten of omstandigheden hebben of zouden kunnen hebben op het verloop en de kostprijs van de opdracht. Voormelde verplichtingen gelden ongeacht of de aanbestedende overheid op de hoogte is van de feiten of omstandigheden.

Zijn niet ontvankelijk, de klachten en verzoeken die steunen op feiten of omstandigheden die door de opdrachtnemer niet te gepasten tijde aan de aanbestedende overheid werden kenbaar gemaakt en waarvan ze bijgevolg het bestaan en de invloed op de opdracht niet heeft kunnen nagaan teneinde de door de toestand eventueel vereiste maatregelen te nemen.

Wat de schriftelijke bevelen van de aanbestedende overheid betreft, met inbegrip van die bedoeld in artikel 80, § 1, is de opdrachtnemer enkel verplicht de aanbestedende overheid in te lichten zodra hij de invloed die de bevelen op het verloop en de kostprijs van de opdracht zouden kunnen hebben, kent of zou moeten kennen. Bedoelde klachten of verzoeken zijn in elk geval niet ontvankelijk wanneer de ingeroepen feiten of omstandigheden, met inbegrip van de in het derde lid bedoelde informatie, niet schriftelijk werden bekendgemaakt binnen de dertig dagen ofwel nadat ze zich hebben voorgedaan, ofwel na de datum waarop de opdrachtnemer ze normaal had moeten kennen.

### *Inhoud*

Artikel 52 maakt onderdeel uit van afdeling 8 waar boven staat: “Indieningsvoorwaarden voor de klachten en verzoeken” en regelt dat de opdrachtnemer de aanbestedende overheid zo snel mogelijk inlicht, op straffe van verval, wanneer bepaalde opdracht versturende feiten of omstandigheden optreden waarvan de eventuele nadelige gevolgen voor hem reden zou kunnen zijn een verzoek of klacht in te dienen. Deze versturende feiten of omstandigheden

kunnen onder andere onder artikel 54 (tekortkomingen van de aanbestedende overheid) of artikel 56 (onvoorziebare omstandigheden) KB Uitvoering vallen. Tevens moet de opdrachtnemer hier bondig de invloed te kennen geven die deze feiten of omstandigheden hebben of zouden kunnen hebben op het verloop en de kostprijs van de opdracht. Dit geldt ook als de aanbestedende overheid op de hoogte is van de feiten of omstandigheden. In het laatste gedeelte van dit artikel wordt over de ‘schriftelijke bevelen’ van de aanbestedende overheid gesteld dat de opdrachtnemer enkel verplicht is de aanbestedende overheid in te lichten bij zulke omstandigheden, zodra hij de invloed die de bevelen op het verloop en de kostprijs van de opdracht zouden kunnen hebben, kent of zou moeten kennen.

#### *Procedure*

Het niet op tijd kenbaar maken van de betreffende feiten of omstandigheden wordt gesanctioneerd met niet-ontvankelijkheid. In dat geval heeft de aanbestedende overheid volgens dit artikel namelijk het bestaan en de invloed op de opdracht van deze omstandigheden niet kunnen nagaan, teneinde de door de toestand eventueel vereiste maatregelen te nemen. De uiterste termijn die bij dit artikel geldt is neergelegd in het slot van dit artikel. Daar wordt bepaald dat de melding binnen 30 dagen nadat de omstandigheden zich hebben voorgedaan of waarop de opdrachtnemer ze normaal had moeten kennen, schriftelijk bekend gemaakt moeten zijn, anders is de aannemer in ieder geval niet-ontvankelijk in zijn klacht of verzoek.

#### *Juridische toepassing*

Het is de vraag of hier niet een disproportionele last op de schouders van de aannemer komt te liggen. De aannemer moet namelijk zo snel mogelijk feiten en omstandigheden melden waarvan *eventuele* nadelige gevolgen aanleiding zouden *kunnen* zijn tot een vordering. Deze bepaling lijkt daarmee melding te vereisen reeds voordat de aannemer de overtuiging heeft gekregen dat hij een vordering heeft. Onder andere in deze bepaling – maar ook in enigermate in de andere uitvoeringsbepalingen - is een zekere neiging te bespeuren van de opstellers van het KB Uitvoering om zoveel mogelijk risico's van de aanbestedende overheid te verschuiven naar de aannemer.



## **I. 1e onderzoeksvraag: zijn de artikelen 44, 45, 47, 48, 49, 52, 85, 87 uit het KB Uitvoering verenigbaar met het Unierecht?**

### **1.1 Werkingsfeer Europees recht**

Bepalend om de bepalingen uit het KB Uitvoering aan het primair en secundair Unierecht te mogen toetsen, is de beantwoording van de vraag of en zo ja, in welke mate, een situatie waarin de aanbestedende overheid *na de gunning en tijdens de uitvoering* van een overheidsopdracht eenzijdig sancties op de opdrachtnemer - de aannemer - kan leggen, *onder de werkingssfeer van het Europees recht* kan worden gebracht.

Het Europees recht, inclusief de Europees (ingekleurde) beginselen en fundamentele grondrechten uit het Handvest, gelden namelijk voor zover lidstaten binnen de werkingssfeer van Unierecht handelen. Hierbij geldt dat het inroepen van fundamentele grondrechten uit het Handvest en – in mindere mate – de Europese algemene beginselen bij de rechter complexer is dan “hard” Europees recht (primair en secundair); ze kunnen immers slechts in samenhang met een andere “harde” bepaling uit het Verdrag of een bepaling van secundair Europees Unierecht worden ingeroepen (zie verder hierna).

Dit vloeit voort uit de afspraken over de verdeling van bevoegdheden die in het Europees Verdrag zijn opgenomen. Lidstaten hebben soevereiniteit afgestaan in geval van exclusieve en bij gedeelde bevoegdheid van de EU. Zover lidstaten geen soevereiniteit hebben afgestaan aan de Unie, zijn zij zelf bevoegd te handelen en heeft de Europese Unie in beginsel geen bevoegdheid. Dit houdt ook in dat nationale bepalingen op een ‘zuiver nationaal terrein’ niet kunnen worden getoetst aan de Europese rechtsbeginselen en fundamentele rechten.

Men kan drie verschillende situaties onderscheiden waarin lidstaten binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen en dus nationaal recht binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt:

*1) in geval het om nationaal recht gaat dat uitvoering geeft aan het Europees recht;*

Dit vormt een ruime categorie en omvat de onderdelen van het implementatietraject, de omzetting, operationalisering, toepassing en handhaving van een richtlijn (i) of het operationaliseringstraject van een verordening (ii); uitvoering aan het Europees recht dient ook te worden gegeven in geval een lidstaat naar aanleiding van een uitspraak van het Hof van Justitie van de EU handelingen in zijn nationale rechtsorde dient te treffen, voor zover die uitspraak de eigen nationale situatie betreft (volgens art. 260WVEU) (iii).

Verder vallen onder deze categorie nationale bepalingen die de lidstaten vaststellen in het kader van een aan hen door de te implementeren Unieregels gelaten (discretionaire) bevoegdheid (iv).

**Onjuist is dus de stelling** die in Belgische literatuur wordt verdedigd dat de Europese richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG bij de uitvoering van overheidsopdrachten geen rol speelt, omdat dit nationaal geregeld wordt.<sup>7</sup>

Dit hangt namelijk van de specifieke bepaling af.

1) Zo dienen de omstandigheden waaronder besloten wordt om een aannemer - als sanctie - bij de uitvoering van een overheidsopdracht van aanbestedingsprocedures in algemene termen uit te sluiten, wel in het licht van de bepalingen inzake de uitsluiting van inschrijvers ex art. 45 van de richtlijn 2004/18/EG te worden gezien zoals door het Hof van Justitie EU in zijn jurisprudentie nader uitgelegd (zie hierna in hoofdstuk 1.4). De uitsluiting van een aannemer van een aanbestedingsprocedure op grond van art. 48 KB Uitvoering valt dus onder de werkingssfeer van het Europees recht.

2) Ook de regeling omtrent de beslissing om een aannemer van een lijst van erkende aannemers te verwijderen, dan wel om een aannemer lager te plaatsen op de lijst van erkende aannemers (eveneens volgens art. 48 KB Uitvoering) kunnen onder de werkingssfeer van het Europees recht worden gebracht, in het bijzonder onder art. 52 van de Europese richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG.

3) 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 ook onder de werkingssfeer van het Europees Unierecht gebracht worden. Het gaat hier namelijk om de toepasselijke maatregelen bij het ontdekken van afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen. Deze materie valt onder art. 101 en 102 WVEU en verordening 1/2003.

*2) in het geval dat een lidstaat gebruik maakt van een krachtens het Unierecht toegestane afwijking;*

*3) indien het gaat om gevallen die om andere redenen geacht worden binnen de werkingssfeer van het Europees recht te vallen.*

Dit kan het geval zijn bijvoorbeeld omdat er sprake is van een potentiële belemmering van het vrij verkeer (i) of omdat een Europese regel van toepassing is (ii) of omdat de nationale regeling een terrein bestrijkt dat eveneens onder de werkingssfeer van het Unierecht valt (iii).

**TOETS:**

Deze laatste categorie kan slechts aanknopingspunten bieden om de overige bepalingen - naast art. 48 en 49 KB Uitvoering - onder de werkingssfeer van het Europees recht te brengen, wanneer op overtuigende wijze beargumenteerd zou kunnen worden dat de sancties in kwestie

<sup>7</sup> Zie Bettina Poelemans, Uitvoering van overheidsopdrachten van werken: kennismaking met de algemene uitvoeringsregels en de algemene aannemingsvoorwaarden, verkregen via: <http://www.mertens-depaepe.be/publicaties.php>, p. 2.

(door hun onredelijkheid? strijd met het proportionaliteitsbeginsel?) van invloed zijn op het inschrijfgedrag op een aanbesteding voor de uitvoering van werken door potentiële inschrijvers uit andere lidstaten en als zodanig een belemmering vormen voor de liberalisering van de markt voor overheidsopdrachten (in casu het vrij verkeer van diensten).

**M.a.w.:** het feit dat bij de uitvoering van een (potentieel) te verkrijgen opdracht (onevenredige) sancties kunnen worden toegepast, is van invloed op het inschrijfgedrag van (potentiële) inschrijvers uit andere lidstaten; als door de bepalingen potentiële inschrijvers afzien van inschrijven op een overheidsopdracht in België dan is het belemmerende effect daarvan aangetoond.

Waarbij geldt dat (a) het aantonen van de onevenredigheid van de sancties en dat dit de oorzaak is voor potentiële aannemers om niet in te schrijven (belemmering van de interne markt) doorslaggevend zal dienen te zijn en dat (b) de argumenten om aan te tonen dat de sanctie “onevenredig” is, aan het “Europees” proportionaliteitsbeginsel ontleend dienen te worden (zie later over dit beginsel hoofdstuk 1.2).

**Dit is geen eenvoudige aangelegenheid.** Ook in geval een handelsbelemmerend effect zou komen vast te staan, dan nog beschikken lidstaten over de mogelijkheid om hun belemmerende maatregelen op grond van *dwingende redenen van algemeen belang* te rechtvaardigen zoals in het WVEU neergelegd (a) of op grond van de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU ontwikkelde leer van de *rule of reason* (b).

Naast het vaststellen van dit legitiem doel (i) kan de overheid dan aantonen dat de maatregelen noodzakelijk zijn (ii) om veiligheidsredenen of om andere redenen bijvoorbeeld met het doel een goede besteding van publieke middelen te waarborgen via een goede uitvoering van openbare werken, en dat de (iii) maatregelen het meest geschikte middel zijn om deze doelen na te streven. Dan kan de belemmering van de interne markt en – op basis van Europees recht - ook de sancties in kwestie gerechtvaardigd zijn.

In *figuur 1* hieronder is de vraag of de genoemde bepalingen uit het KB-Uitvoering onder de werkingssfeer van Unierecht vallen schematisch weergegeven. De groene gebieden tonen de bepalingen die wel onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen. De donkerrode gebieden vallen niet onder de werkingssfeer. De lichtrode gebieden geven een twijfelachtige situatie weer.

Figuur 1: Valt de bepaling onder de **Werkings sfeer van Unierecht?**

	Uitvoering van Europees recht?	Krachtens Unierecht toegestane afwijking?	Andere redenen:		
			Belemmering vrij verkeer van diensten?	Europese regel van toepassing?	Terrein valt onder werkingssfeer?
<b>Art. 44</b>	Bepaling is geen uitvoering van Europese regulering *)	Nee	Belemmerend effect van de bepaling op inschrijfgedrag van potentiële inschrijvers moeilijk aantoonbaar	Nee	Nee
<b>Art. 45</b>					
<b>Art. 47</b>					
<b>Art. 48</b>	Systeem van uitsluitingsgronden op Europees niveau gereguleerd door richtlijn 2004/18/EG	Nee	Niet meer nodig vast te stellen: bepaling uitvoering Europees recht		
<b>Art. 49</b>	Verordening I/2003 reguleert op basis van art. 101 en 102 VWEU de sancties bij mededingings-overtredingen	Nee	Niet meer nodig vast te stellen: bepaling uitvoering Europees recht		
<b>Art. 52</b>	Bepaling is geen uitvoering van Europese regulering *)	Nee	Belemmerend effect van de bepaling op inschrijfgedrag van potentiële inschrijvers moeilijk aantoonbaar	Nee	Nee
<b>Art. 85</b>					
<b>Art. 87</b>					

\*)Nationale uitvoerings-(contractuele) bepalingen overheidsopdrachten zijn niet gereguleerd op Europees niveau.

Ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is overeenkomstig artikel 51 slechts van toepassing als lidstaten Europees Unierecht ten uitvoer brengen.

Er is wel een ontwikkeling gaande om dit uitgangspunt ruim op te vatten zodat de werkingssfeer van het **Handvest** gelijk loopt met die van de algemene rechtsbeginselen als uitgelegd door het Hof van Justitie EU.

Om de fundamentele rechten van de Unie van toepassing te verklaren, geldt als **minimumeis** dat er een verband met overig Unierecht moet zijn.<sup>8</sup> Waarbij ook nog geldt dat niet elk verband met Unierecht voldoende is om deze rechten of het Handvest van toepassing te laten zijn.<sup>9</sup>

In 2013 in de zaak *Åkerberg Fransson* is het Hof van Justitie EU de eis dat een situatie gericht dient te zijn op het “ten uitvoer brengen van het recht van de Unie” om onder zijn werkingssfeer te worden gebracht, ruim(er) gaan opvatten.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Zie o.a.: HvJ 14 december 2011, zaak C-483/11 en C-484/11, (*Boncea*) ro. 29-34 en HvJ 7 juni 2012, zaak C-27/11, (*Vinkov*), ro.56-60.

<sup>9</sup> HvJ 11 november 2010, zaak C-20/10, *Jur.* 2010, p. I-00148, (*Vino I*) ro. 53 e.v. en zie: HvJ 22 juni 2011, zaak C-161/11, *Jur.* 2011, p. I-00091, (*Vino II*) ro. 38/39.

<sup>10</sup> HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, (*Åkerberg Fransson*).

Maar nog geen jaar later, in maart 2014, heeft het deze verruiming in de zaak *Siragusa* weer ingeperkt. Het Hof beargumenteerde dat deze werkingssfeer niet onbeperkt is: “er (dient) een zekere mate van een verband (te) bestaan dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere”<sup>11</sup>, om te bepalen of sprake is van het ten uitvoer brengen van Unierecht.

Om van zulk een verband te spreken – overweegt het Hof in *Siragusa* -, moet onder meer worden nagegaan of de nationale regeling een uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, wat de aard van deze regeling is en of zij niet andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht ziet, ook wanneer die regeling dit recht indirect kan beïnvloeden, en of er een Unierechtelijke regeling bestaat die specifiek is voor deze materie of deze kan beïnvloeden.<sup>12</sup>

In deze zaak gaat het Hof in op deze vereisten en concludeert dat de grondrechten van de Unie – via het Handvest of de Europese algemene beginselen- hier niet konden worden toegepast omdat de Unievoorschriften op het gebied van milieubescherming (die werden aangevoerd in het kader van een kwestie met betrekking tot landschapsbescherming) geen verplichtingen oplegden voor de in deze zaak aan de orde zijnde situatie (*Siragusa* r.o. 26). Er was daarom geen verband tussen Unierecht en die nationale bepaling. Bovendien stelt het Hof dat die nationale bepaling een andere doelstelling heeft dan de Unierechtelijke bepalingen op het gebied van milieu.

In *Siragusa* grijpt het Hof terug naar een overweging in een ouder arrest uit 1997 - het arrest *Annibaldi* - waarin het oordeelde dat de enkele omstandigheid dat een nationale wet *indirect* de werking van een gemeenschappelijke ordening (in casu van de landbouwmarkten) kan beïnvloeden geen voldoende nauw verband kan vormen.<sup>13</sup>

**TOETS:**

**Art. 48 en 49 wel onder de werkingssfeer van Europees recht!**

Op basis van deze jurisprudentie kunnen fundamentele rechten uit het Handvest (en de algemene beginselen) worden ingeroepen om art. 48 KB Uitvoering aan te vechten die uitsluiting van overheidsopdrachten en degradatie en / of verwijdering uit de lijst van erkende aannemers als sanctie reguleert. Hetzelfde gaat op in geval art. 49 KB Uitvoering in het geding is.

**Voor de rest van de gewraakte bepalingen is dit zeer twijfelachtig!**

Maar het is zeer de vraag of dit evenwel ook succesvol kan ten aanzien van de rest van de gewraakte bepalingen.

<sup>11</sup> HvJ EU 6 maart 2014, zaak C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, (*Cruciano Siragusa t. Regione Sicilia*), ro. 24; m.nt. H. van Eijken en M.J.M Verhoeven.

<sup>12</sup> *Cruciano Siragusa t. Regione Sicilia*, ro. 25.

<sup>13</sup> Zie voor deze eisen: *Cruciano Siragusa t. Regione Sicilia*, ro. 26-29 en zie: HvJ 18 december 1997, zaak C-309/96, *Jur.* 1997, p.I-7493, (*Annibaldi*) ro. 21-23.



De jurisprudentie van het Hof van Justitie EU die over de vraag gaat of en zo ja, wanneer fundamentele rechten uit het Handvest in een concrete situatie toegepast kunnen worden, wegens een aangetoond verband met het Unierecht, is sterk casuïstisch en niet eenduidig genoeg om dit met zekerheid vast te stellen. Voor de rest van de gewraakte bepalingen geldt immers dat deze:

(1) geen *directe* uitvoering betreffen van een Unierechtelijke bepaling;

(2) geen *directe* uitvoering betreffen van de richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG; zij beogen de fase van uitvoering van de opdracht en niet van de gunning (NB: in hoeverre lidstaten ten aanzien hiervan vrij blijven om nationaal beleid / regelgeving vast te stellen, zolang dit beleid en regelgeving niet in strijd is met overige Europees recht, wordt hierna besproken onder hoofdstuk 2);

(3) zelfs *indirect* met grote moeite in verband met het Unierecht kunnen worden gebracht:

(3.a) omdat de doelstelling van het KB Uitvoering anders is dan die van de richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG (voltooiing interne markt voor overheidsopdrachten via onvervalste mededinging): namelijk een goede uitvoering van de overheidsopdracht;

(3.b) om dit verband toch te trachten aan te tonen, zou er op overtuigende wijze beargumenteerd dienen te worden dat ook de uitvoeringsregels de doelstelling van de voltooiing van de interne markt raken via het vrij verkeer van diensten en via de richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG; immers ook de regels over de uitvoering dienen erop gericht te zijn de doelstellingen van de richtlijn optimaal te verwezenlijken en / of omdat deze regels in de huidige vorm de interne markt, inzonderheid het vrij verkeer van diensten negatief beïnvloeden;

**Let op! Nieuw recht vanaf april 2016:**

de nieuwe richtlijn overheidsopdrachten 2014/24/EU<sup>14</sup> is gebaseerd op nieuwe – ten opzichte van de huidige richtlijn – aanvullende doelstellingen. Naast de voltooiing van de interne markt van overheidsopdrachten en een goede besteding van publieke middelen, maakt deze richtlijn het mogelijk om ook secundaire beleidsdoelstellingen na te streven bij de plaatsing van overheidsopdrachten. Er is meer nadruk gelegd op kwaliteit van de uit te voeren opdracht en meer aandacht voor duurzaamheids- en sociale aspecten.

Door deze ruimere doelstellingen zou beargumenteerd kunnen worden dat de regels uit het KB Uitvoering wel – zij het indirect – verband houden met Europees Unierecht daar zij van invloed kunnen zijn op het streven naar een optimale prijs/kwaliteit-verhouding. Hierbij is het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol toebedeeld.

<sup>14</sup> 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, (*PbEU* 2014, L94/65).

(3.c) tegen dit laatste punt pleit het feit zoals ook in de inleiding reeds is vermeld dat het *communis opinio doctorum* is dat voor het Europees recht het bijzonder complex is invloed uit te oefenen op contractuele relaties en het doel van het KB Uitvoering is gericht op het reguleren van de betrekkingen tussen een contracterende aanbestedende overheid en een opdrachtnemer, de aannemer.

Dit wordt ook bevestigd in overweging 90 van eerdergenoemde richtlijn diensten 2006/123/EG: “Contractuele betrekkingen tussen de dienstverrichter en de afnemer (...) vallen niet onder deze richtlijn. De vaststelling van het toepasselijke recht inzake contractuele en niet-contractuele verbintenissen van de dienstverrichter wordt geregeld volgens het internationaal privaatrecht”.

De sancties waarin het KB voorziet zijn tot slot niet ongebruikelijk in nationale regelgeving van andere Europese lidstaten; het gaat dus niet om de vraag of ze *überhaupt* toelaatbaar zijn maar om de vraag *in welke mate ze dat zijn*; de toets aan de evenredigheid speelt hier een doorslaggevende rol, waarbij geldt dat voor zover het om bepalingen gaat waar het verband met Unierecht niet aangetoond kan worden, de evenredigheid aan de hand van een eventuele nationale variant van dit beginsel getoetst zal dienen te worden.

(4) omdat er geen andere Unierechtelijke regeling bestaat die deze materie kan beïnvloeden. Dit geldt niet voor de artikelen 48 en 49 KB Uitvoering, zoals hierboven uitgelegd.

In *Siragusa* verduidelijkt het Hof met welke doelstelling het Hof de **bescherming van grondrechten** mogelijk wil maken: deze bescherming heeft ten doel dat deze rechten niet worden geschonden op gebieden waarop de Unie optreedt, ongeacht of een dergelijke schending voortvloeit uit handelen van de Unie of tijdens de uitvoering van Unierecht door de lidstaten. Er moet namelijk worden vermeden dat een bescherming van de grondrechten die per nationaal recht van een lidstaat kan verschillen, afbreuk doet aan de eenheid, de voorrang, en de werking van het Unierecht (*Siragusa* ro. 31-32). Van een dergelijk afbreukrisico is geen sprake, indien de situatie niet door Unierecht wordt beheerst. In dat geval heeft het Hof geen reden zich met die bescherming in te laten.

Dit perkt helaas de inroepbaarheid van - bijvoorbeeld - het (Europees) evenredigheidsbeginsel op drastische wijze in. Ook dan moet namelijk sprake zijn van een nationale regeling die binnen de werkingssfeer van Unierecht valt of dat recht ten uitvoer brengt (*Siragusa* ro. 34).

Uit eerdere rechtspraak van het Hof bleek reeds dat de algemene beginselen niet onafhankelijk van een andere bepaling van EU recht van toepassing kunnen zijn. Er dient altijd een aanknopingspunt met een bepaling van Unierecht te zijn.

Als dat niet het geval is, dan is sprake van een zuiver nationale situatie waarin de algemene beginselen van Unierecht niet van toepassing zijn.

In *figuur 2* is schematisch weergegeven welke bepalingen uit het KB-Uitvoering onder de werkingssfeer van het Handvest vallen. Ook hier geldt dat de groene gebieden wel onder de werkingssfeer vallen, de donkerrode gebieden niet. Lichtrode gebieden geven een twijfelachtige situatie weer.

*Figuur 2:* Valt de bepaling onder de **Werkingsfeer van het Handvest?**; eis: ‘zekere mate van verband tussen de materies’\*)

	Uitvoering van Unierechtelijke bepaling?	Kan indirect (nauw) verband met Unierecht worden aangetoond?**)	Vereiste: zelfde doelstelling nastreven als Unierechtelijke bepaling
Art. 44	Nationale uitvoerings- (contractuele) bepalingen overheidsopdrachten niet gereguleerd op Europees niveau	Via interne markt-regels (vrij verkeer van diensten)? complex	Doelstelling KB Uitvoering is van andere aard dan die van richtlijn 2004/18/EG
Art. 45			
Art. 47			
Art. 48	Systeem van uitsluitingsgronden op Europees niveau gereguleerd door richtlijn 2004/18/EG	Nauw verband aangetoond vanwege regulering op Europees niveau	Regulering op Europees niveau; zelfde doelstelling is aangetoond
Art. 49	Verordening I/2003 reguleert op basis van art. 101 en 102 VWEU de sancties vanwege mededingings-overtredingen	Nauw verband vanwege regulering op Europees niveau	Regulering op Europees niveau; zelfde doelstelling is aangetoond
Art. 52	Nationale uitvoerings- (contractuele) bepalingen overheidsopdrachten niet gereguleerd op Europees niveau	Via interne markt-regels (vrij verkeer van diensten)? complex	Doelstelling KB Uitvoering is van andere aard dan die van richtlijn 2004/18/EG
Art. 85			
Art. 87			

\*)In de jurisprudentie van het HvJ EU is bepaald dat een bepaling onder de werkingssfeer van het Handvest kan worden gebracht als er een ‘zekere mate van verband’ tussen de nationale en Europese bepaling bestaat. Het Hof toetst dat door middel van de elementen uit bovenstaande figuur.

\*\*) Dit verband was onvoldoende nauw in het *Annibaldi*-arrest: de enkele omstandigheid dat een nationale wet indirect de werking van de gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten kan beïnvloeden is onvoldoende nauw.

#### TOETS:

Bij de beantwoording van de vraag of een situatie waarin bij de uitvoering van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken (in België) eenzijdig door de overheidsopdrachtgever sancties op de aannemer kunnen worden gelegd, **in strijd kan zijn met de fundamentele Europese (grond)rechten** dient kortom een onderscheid te worden gemaakt tussen die bepalingen die wel en die bepalingen die niet teruggrijpen op Europese regelgeving.

Indien dit niet het geval is, dan heeft dit consequenties voor de mate waarin een beroep kan worden gedaan op Europees georiënteerde beginselen, zoals het proportionaliteitsbeginsel, en ook ander recht. Of en in hoeverre het primaire Unierecht op de te bestuderen bepalingen uit het KB Uitvoering op andere wijze van invloed kan zijn, wordt hierna onder paragraaf 1.2 behandeld.

**Let op! Wel eisen voor het handelen van de nationale overheid:**

Wel worden überhaupt minstens de volgende eisen aan het handelen van de nationale overheid gesteld:

- (i) de wetgever blijft onder meer verantwoordelijk voor de ‘objectieve rechtmatigheid’ van de rechtsorde;
- (ii) het bestuursorgaan is daarnaast verantwoordelijk om in zijn handelen en nalaten het Unierecht niet te schenden, ook in een situatie waarin nationale regelgeving niet met het Unierecht in overeenstemming is;
- (iii) dit impliceert dat bestuursorganen zich niet exclusief kunnen oriënteren op het nationaal recht. Zij moeten, mede ook in het licht van het beginsel van Unietrouw zelfstandig nagaan of de nationale regelgeving wel met het Unierecht in overeenstemming is.

Dit zijn echter meer uitgangspunten dan daadwerkelijk afdwingbare verplichtingen voor de nationale overheid.

## 1.2 De grondrechten uit het Handvest en de algemene beginselen

### 1.2.1 Inleiding

Artikel 6 lid 3 VEU bepaalt: “*De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie*”.

De grondrechten van de Europese Unie komen voort uit de gemeenschappelijke nationale tradities. Deze algemene beginselen van Unierecht zijn dus gestoeld op de waarden die de lidstaten al voor de totstandkoming van het Handvest nastreefden.

Er bestaan tal van normen – geschreven en ongeschreven - die een bestuursorgaan in acht moet nemen bij de uitoefening van zijn taak, zowel op nationaal als op Europees niveau. De rechtsbeginselen en de (nationale) beginselen van behoorlijk bestuur vormen hierbij een belangrijke categorie.

Beginselen kenmerken zich doordat zij een zekere openheid hebben. Door de ruime formulering spelen zij een belangrijke rol bij de bestuurlijke besluitvorming en belangenafweging, bij de toepassing in een concreet geval en ook bij de rechter.

Bovendien kan de openheid van die normen in het nationale recht ruimte laten om de Europese fundamentele rechten of beginselen in dat recht toe te passen. Er is dus ook hier

sprake van Europese beïnvloeding en wel in tweeërlei opzicht: de in de lidstaten geldende rechtsbeginselen worden beïnvloed door Europees recht en het nationaal (bestuurs)recht staat open voor beïnvloeding door Europese beginselen.

De algemene beginselen van Unierecht spelen op deze wijze een belangrijke rol bij de ontwikkeling van de afzonderlijke nationale rechtsordes in één Europese rechtsorde.

Europese rechtsbeginselen verkrijgen daarnaast in toenemende mate de functie van toetsingsmaatstaf voor het optreden van lidstaten. Nationaal bestuursoptreden en wetgeving – ook in formele zin - worden, *voor zover mogelijk* (zie *supra*, onder werkingssfeer), mede aan de Europese rechtsbeginselen getoetst. Hieronder volgt een behandeling van de belangrijkste beginselen van Unierecht. Daarbij blijft van belang in het oog te houden dat de inroepbaarheid van het beginsel afhankelijk is van de werkingssfeer van het Unierecht.

#### *Het beginsel van Unietrouw*

Belangrijk in de context van de gestelde onderzoeksvragen is het beginsel dat een uitgangspunt vormt van de Europese beginselen: het beginsel van Unietrouw (o.a. art. 4 lid 3 VEU). Dit beginsel, ook wel het beginsel van loyale samenwerking genoemd, speelt vooral in op de verhouding tussen het nationaal en Europees recht.

Het beginsel omvat onder meer de eis dat lidstaten zich dienen te onthouden van het nemen van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.

**TOETS:** Om te bezien of dit beginsel een rol kan spelen bij de toets van de bepalingen uit het KB Uitvoering aan het Europees recht, dient te worden bezien in hoeverre deze bepalingen als in strijd met de doelstellingen van de Unie kunnen worden gezien omdat zij het vrij verkeer van diensten belemmeren, of omdat zij een spanning vormen met de fundamentele uitgangspunten en beginselen van de Unie.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat het beginsel geldt voor alle autoriteiten binnen een lidstaat die Europees recht toepassen.

#### *Het beginsel van effectieve rechtsbescherming*

Een volgend Europees beginsel dat van belang is voor onderhavige kwestie is het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hieruit volgt dat particulieren alle rechten die zij aan het Europees recht ontleen, ook daadwerkelijk bij de nationale rechter moeten kunnen afdwingen. Dit is waar art. 19 lid 1 VEU expliciet toe opdraagt: lidstaten moeten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming van Unierecht te realiseren.<sup>15</sup> Dit beginsel houdt daarmee in dat burgers een daadwerkelijke toegang hebben tot

---

<sup>15</sup> Zie o.a. HvJ 15 mei 1986, zaak C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206, (*Johnston* ). Dit beginsel ligt ten grondslag aan de nationale grondwettelijke tradities van de lidstaten en is neergelegd in art. 6 en 13 EVRM en art. 47 Handvest.



de rechter.<sup>16</sup> Ook vindt mogelijk een verschuiving van de bewijslast plaats. Bovendien vereist het beginsel een motivering bij het nemen van besluiten, zodat de verdediging daarop kan anticiperen. Ook hier geldt dat dit beginsel slechts inroepbaar is wanneer een verband met het Europese Unierecht vaststaat. Ten aanzien van de gewraakte bepalingen uit het KB Uitvoering is dat slechts bij de artikelen 48 en 49 het geval.

### **Let op! Bevoegde rechter op grond van het nationaal recht**

Om de sancties en andere besluiten van een aanbestedende overheid aan te vechten kan de Belgische aannemer naar de rechter.

In beginsel is het de burgerlijke rechter die uitspraak doet over alle burgerlijke rechten. Maar de wet kan de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen (art.144 Belgische Grondwet) en dit is onlangs ook gebeurd (art.11bis RvS-Wet).

Inzake de uitvoering van een aanbesteding voorziet het Belgisch systeem in regelgeving voor alle aanbestedende overheden als bestuursorganen, die administratiefrechtelijk gekleurd is, maar dus ook wordt toegepast op de andere privaatrechtelijke aanbestedende overheden. Aanvullend passen de civiele rechters, die exclusief bevoegd zijn met betrekking tot de uitvoering, het civiel recht toe.

Vanaf 1 juli 2014 heeft de Raad van State echter ook de bevoegdheid uitspraak te doen over de burgerrechtelijke gevolgen die voortvloeien uit zijn arresten die een *onwettigheid* vaststellen. Tot nu toe moest een dergelijke vordering tot schadevergoeding voor de burgerlijke rechtscolleges gebracht worden.

Indien een aannemer in een concreet geval naar de rechter stapt om een disproportionele sanctie in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht aan te vechten, of vindt dat de ingebrekestelling niet op een juiste grond heeft plaatsgevonden, of stelt dat de rechten van verdediging niet in acht worden genomen, dan is de burgerlijke rechter (exclusief) de bevoegde rechter om hierover te oordelen.

Indien een aantal bepalingen (uit het KB Uitvoering) worden gesteld niet in overeenstemming te zijn met hierna te bespreken beginselen, gaat het echter over een andere vraag. Dan is aan de orde of de administratieve handeling (het KB Uitvoering) wel *rechtmatig* is. Hier zou dan de Raad van State bevoegd zijn. Op grond van art. 14 RvS-Wet heeft de Raad van State (voor zover daarvan niet bij wet afgeweken is) bevoegdheid bij beroepen ingesteld tegen de reglementen van de administratieve overheden tot *nietigverklaring* wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht. Op dit ogenblik zijn de termijnen om deze bepalingen te bestrijden echter reeds lang verstreken (einde van de termijn is 60 dagen na bekendmaking van het KB in het Belgisch Staatsblad).

<sup>16</sup> Zie hiervoor o.a. HvJ 19 juni 1990, zaak C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*) en verder de waarborgen onder het EVRM.

Bij de rechter kan de toets aan algemene beginselen en grondrechten van de bepalingen uit het KB Uitvoering - die onderwerp van deze studie zijn – op de volgende fundamentele rechtsgronden worden gebaseerd:

(1) in geval de situatie *binnen de werkingssfeer van Unierecht* valt:

- De Europese algemene rechtsbeginselen;
- Het Handvest;
- Secundaire regelgeving (richtlijnen en verordeningen);
- Het EVRM;
- Aanvullende nationale beginselen en waarborgen.

(2) in geval de situatie *buiten de werkingssfeer van Unierecht* valt:

- Het EVRM
- De nationale beginselen en waarborgen, ook in procedurele zin.

**LET OP!** in het KB Uitvoering wordt bij de toepassing van sancties wel in waarborgen voorzien, zoals de verplichting tot het opstellen van een proces-verbaal in samenhang met het recht van verdediging.

De rechter zal in de toetsing dus vooral de effectiviteit van de waarborgen moeten beoordelen in het concrete geval om te kunnen concluderen dat sprake is van een schending van een beginsel of bepaling uit bovengenoemde rechtsbronnen.

#### *Het proportionaliteitsbeginsel*

Een zeer relevant beginsel op zowel Europees als nationaal niveau, vormt het proportionaliteitsbeginsel: een veelomvattend beginsel dat streeft naar de ‘ultieme redelijkheid’.

Evenredigheid zegt iets over de verhouding tussen verschillende belangen, doelstellingen en instrumenten.

Het beginsel vormt echter geen absolute maatstaf en heeft geen normatieve waarde vanuit zichzelf om de rechtmatigheid van maatregelen als zodanig te beoordelen. Wel kan het worden gezien als een basis onder alle algemene rechtsbeginselen en heeft het bovendien een plek gekregen in zowel het Europees Verdrag als het Handvest (art. 5 lid 4 VEU en art. 49 lid 3 Handvest). De oorsprong van dit beginsel ligt bij het publiekrecht en vormt allereerst een instrument dat de rechtsgeldigheid toetst van overheidshandelen en wetgeving.

**NB:** Daarom is het een relevant beginsel voor de toetsing van zowel de wijze waarop de gewraakte bepalingen uit het KB Uitvoering *in theorie* zijn gereguleerd als de wijze waarop deze - *de facto* - worden toegepast in de praktijk.

Dit beginsel is kortom een goed instrument om zowel het handelen van de overheid in de hoedanigheid van wetgever als ook in de hoedanigheid van bestuurder / aanbestedende overheid te toetsen.

Het beginsel stuurt bij in de relatie tussen de overheid en een burger en speelt zijn rol derhalve meestal in het nationale recht.

**Let wel!** Of het handelen conform dit beginsel plaatsvindt is afhankelijk van hoe de correctiemechanismen in het recht van de betreffende lidstaat zijn verankerd.

De vraag is kortom of en zo ja, in welke mate het verbod van misbruik van recht (a) het beginsel van goede trouw (b), en de redelijkheid en billijkheid (c) in België als waarborgen zijn te beschouwen die vooral corrigerend kunnen werken in een concreet geval.

Het beginsel wordt daarmee voornamelijk vormgegeven door de inhoud die lidstaten er aan verbinden en hoe zij deze in het systeem hebben neergelegd.

**VERMELDINGSWAARDIG:** In Nederland is onderkend dat de optimalisatie van de concurrentie in de markt voor overheidsopdrachten van fundamenteel belang is, maar wel complexer dan in andere sectoren omdat deze sector gekenmerkt wordt door het samenkomen van private én publieke belangen. Het Parlement heeft daarom gestreefd naar het creëren van een *level playing field* voor het bedrijfsleven enerzijds en de bewaking van belangen van de overheid anderzijds.

Om dit te waarborgen is veel nadruk gelegd op de werking van het proportionaliteitsbeginsel. In de Gids Proportionaliteit die vorig jaar - april 2013 – samen met de Aanbestedingswet 2012 is ingevoerd, zijn regels neergelegd, gericht op een evenredige verdeling van die beide belangen in het aanbestedingsproces.

Het lobbyen van het bedrijfsleven om invloed uit te oefenen bij dit reguleringsproces is van cruciaal belang geweest.

Het Hof van Justitie van de EU houdt rekening met het feit dat de lidstaten dit zelf hebben uitgewerkt in hun rechtsstelsels, zodat een nationaal systeem niet uit elkaar zou vallen bij het voorschrijven van de uitwerking van een dergelijk beginsel. Er is dus nauwe afstemming tussen de twee rechtsordes nodig.

Dit beginsel stelt **zware eisen** aan de uitoefening van overheidsbevoegdheden.

Voor de toepassing van de Europese variant van dit beginsel bestaat een driedelige toets: de overheid mag slechts verplichtingen aan de burger opleggen indien dit *strikt noodzakelijk is in het algemeen belang* (i) *met het oog op het bereiken van een 'legitiem doel'* (ii). De uitwerking van het beginsel geschiedt via de uiteindelijke proportionaliteitstoets (iii).

Dit laatste vindt plaats door doel-middeltoetsing, toetsing van belangenafweging of een beoordeling van de vraag of de zwaarte van een sanctie / straf in overeenstemming is met de ernst van het gepleegde feit.

Doel-middeltoetsing komt in het Unierecht veel voor bij de bepalingen inzake het vrij verkeer. De vraag die dan wordt gesteld is of het overheidsoptreden dat een beperking van het vrij verkeer van diensten (*in casu*) vormt, gerechtvaardigd is in het licht van door het Unierecht nagestreefde doelstellingen.

**TOETS:**

Bij sancties gaat het om de evenredigheid tussen de sanctie en de overtreding. In de rechtspraak is te zien dat het bedrag van een (geld)boete moet worden vastgesteld met inachtneming van de omstandigheden van de schending en de zwaarte van de inbreuk.<sup>17</sup>

Uit rechtspraak van de Belgische Raad van State volgt dat het evenredigheidsbeginsel een concrete toepassing is van het redelijkheidsbeginsel en vooral dan is geschonden, wanneer een besluit van de overheid resulteert in een kennelijke wanverhouding tussen het algemeen belang en het particulier belang.<sup>18</sup>

Naarmate de belangen meer tegengesteld zijn, wordt het belang van het evenredigheidsbeginsel ten opzichte van het redelijkheidsbeginsel groter.

Hoe ver de uitwerking van dit (Europese) beginsel in de praktijk gaat, hangt uiteindelijk af van hoever de taak van de rechter reikt bij het oordelen of een door de wetgever of uitvoerende overheid uitgevoerde belangenafweging evenredig is.

Het beginsel raakt de machtenscheiding en mag daar in beginsel geen inbreuk op maken.

**NB:** De toets aan dit beginsel is beperkter naarmate de discretionaire bevoegdheid van de wetgever ruimer wordt, zoals goed te zien is in de *Fedesa* zaak, waarin sprake was van een discretionaire bevoegdheid van de gemeenschapswetgever op het gebied van landbouwbeleid.<sup>19</sup> Het Hof ging hier daarom niet over tot een volledige of indringende toetsing (d.w.z. toetsing of dit de enige / best mogelijke maatregel is) van de richtlijn aan het evenredigheidsbeginsel.

Een item waaraan ingewikkelde politieke, economische of sociale keuzes voorafgaan, vraagt rechterlijke terughoudendheid en wordt alleen beoordeeld op de vraag of de maatregel ‘kennelijk ongeschikt is’.

<sup>17</sup> Zie bijvoorbeeld: HvJ 14 juli 1994, zaak T-77/92, ECLI:EU:T:1994:85 (*Parker Pen*): hier moest de zwaarte gewaardeerd worden in relatie tot de daaruit voortvloeiende beperking van de mededinging.

<sup>18</sup> R.v.St. 40 oktober 2000, nr.90369, *T.Gem.* 2002, p.43 (*De Proft*) en zie: R.v.St. 9 mei 2006, nr. 158.547, *C.D.P.K.* 2008, p.917 (*Airline Operators Committe Brussels*).

<sup>19</sup> HvJ 13 november 1990, Zaak C-331/88, *Jur.* 1990, p. I-4023 (*Fedesa*), ro. 14.

De vergelijking tussen het KB Uitvoering en de kwestie in *Fedesa* gaat hoe dan ook slechts gedeeltelijk op: ten eerste omdat het in *Fedesa* om de Europese, in onze situatie om de nationale overheid gaat; ten tweede omdat bij de bepalingen uit het KB Uitvoering die onderwerp van toets aan het Europees recht zijn, in ieder geval geen sprake is van een dergelijke ruime discretionaire bevoegdheid voor de aanbestedende overheid.

### *Zorgvuldigheidsbeginsel*

In tegenstelling tot de driedelige toets van een maatregel in het kader van het proportionaliteitsbeginsel (de noodzakelijkheid in het algemeen belang, met het oog op een legitiem doel en de uiteindelijke proportionaliteit ervan), gaat het Hof van Justitie EU, bij het - aan het proportionaliteitsbeginsel nauw verwante – zorgvuldigheidsbeginsel, ook wel na of de lidstaat bij het nemen van de litigieuze maatregel een grondig onderzoek naar bijvoorbeeld de geschiktheid en/of noodzakelijkheid van de maatregel heeft uitgevoerd.<sup>20</sup>

Er wordt dan in strijd met dit beginsel gehandeld als geen zorgvuldig onderzoek is verricht naar bijvoorbeeld minder belastende alternatieven. Het zorgvuldigheidsbeginsel vult het evenredigheidsbeginsel op deze wijze aan bij het zoeken naar evenwicht tussen de bestaande belangen.

### *Het schuldbeginnsel en de onschuldpresumptie*

Noemenswaardig is verder in verband met een van de gewraakte bepalingen uit het KB Uitvoering, het schuldbeginnsel en de onschuldpresumptie, tevens neergelegd in art. 48 Handvest. Het eerste betekent geen straf zonder schuld, waarbij soms het evenredigheidsbeginsel een rol speelt, het tweede omvat het vermoeden van onschuld. Het Hof van Justitie heeft weinig arresten gewezen waar deze beginselen aan de orde waren. In de zaak *Spector Photo Group* uit 2009 die zich in België afspeelde, volgde het Hof de rechtspraak van het EHRM.<sup>21</sup> De situatie uit dit arrest is wel in zoverre anders dan die van het KB Uitvoering, nu in *Spector Photo Group* sprake was van een richtlijn (betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie) die de lidstaten verplichtte om passende administratieve maatregelen te nemen bij voorwetenschap en marktmanipulatie. De richtlijn noemde daarbij zelf de bestanddelen, op basis waarvan de bedoeling van de persoon die de markttransactie verricht, wordt vermoed onder het verbod van handel met voorwetenschap te vallen. De sancties die in dit arrest op basis van de bestanddelen die het vermoeden bevestigden, konden worden opgelegd, werden aangemerkt als *strafsancties*, vanwege de aard van de inbreuken in kwestie en hun zwaarte (*Öztürk* arrest<sup>22</sup>). Aan de orde komt dan de vraag of deze situatie in overeenstemming is met het vermoeden van onschuld.

<sup>20</sup> HvJ 11 november 2005, zaak C-320/03 *Jur.* 2005, p. 9871, ECLI:EU:C:2005:684, (*Commissie t. Oostenrijk*).

<sup>21</sup> HvJ 23 december 2009, zaak C-45/08, *Jur.* 2009, p. I-12073 (*Spector Photo Group NV t. CBFA*), vanaf §39 en met name §43. De EHRM zaken betreffen: EHRM 7 oktober 1988, *Salabiaku, Series A*, no. 141-A; EHRM 25 september 1992, *Pham Hoang, Series A*, no.243. Zie ook EHRM 23 juli 2003, *Janosevic, EHRC* 2002, 88.

<sup>22</sup> EHRM 21 februari 1984, *Series A*, nr.73, § 53 (*Öztürk*) en zie ook: EHRM 8 juni 1976, *Series A*, nr.22 § 82 (*Engel e.a. v. Nederland*).



Het Hof stelt (*Spector Photo Group* ro. 43) dat volgens vaste rechtspraak van het EHRM elk rechtstelsel feitelijke of wettelijke vermoedens kent en het EVRM zich daar in beginsel niet tegen verzet. In het geval het gaat om strafzaken rust dan op de verdragsluitende staten wel de verplichting een bepaalde grens niet te overschrijden. Dan is namelijk artikel 6 lid 2 EVRM van toepassing. Op grond daarvan zijn lidstaten verplicht redelijke grenzen te stellen aan de vermoedens die zij willen opnemen, waarbij rekening moet worden gehouden met de ernst van de betrokken belangen en de rechten van verdediging moeten worden geëerbiedigd (inclusief het vermoeden van onschuld).

**Toets:** Het neerleggen van feitelijke of wettelijke vermoedens in een rechtssysteem met het doel bepaald gedrag te voorkomen is op basis van deze rechtspraak geoorloofd. Het sanctioneren daarvan moet ingeval sprake is van een strafrechtelijke situatie aan bepaalde grenzen voldoen.

Alleen indien sprake is van een strafrechtelijke situatie gelden daaraan bepaalde grenzen op grond van het vermoeden van onschuld. Artikel 6 lid 2 EVRM is dan van belang en vereist dat redelijke grenzen worden gesteld aan de vermoedens waarbij rekening wordt gehouden met de ernst van de betrokken belangen en tevens dat de rechten van de verdediging worden gewaarborgd en het vermoeden weerlegbaar is.

Wat betreft het vermoeden van bedrog of slecht werk van een aannemer (art. 85 KB Uitvoering) moet in het kader van toetsing aan het EVRM eerst worden vastgesteld of de sancties die van toepassing kunnen zijn als straffen in de zin van het EVRM kunnen worden beschouwd (voor dit onderscheid zie hoofdstuk 1.6.3).

Zo ja, dan nog kan een dergelijk vermoeden in de wet worden neergelegd, en worden gesanctioneerd, indien rekening wordt gehouden met de ernst van de betrokken belangen, de rechten van de verdediging worden gewaarborgd en de aannemer de gelegenheid heeft het vermoeden te weerleggen.

Indien sprake is van een administratieve sanctie, dan kan geen toetsing aan deze beginselen plaatsvinden via artikel 6 lid 2 EVRM.

Voor het overige vinden deze Europese beginselen en die neergelegd in het Handvest als reeds aangehaald slechts toepassing indien sprake is van het ten uitvoer brengen van Unierecht.

### *Vertrouwensbeginsel*

Het vertrouwensbeginsel verplicht de overheid de door haar bij een burger gewekte gerechtvaardigde verwachtingen zoveel mogelijk na te komen. Burgers kunnen op grond van het vertrouwensbeginsel in beginsel gerechtvaardigde verwachtingen ontlenen aan regelgeving, toezeggingen, inlichtingen en een nalaten. Verder mogen burgers ervan uitgaan

dat regels die aan bestuursorganen bevoegdheden toekennen, binnen de neergelegde grenzen worden uitgevoerd. Bovendien wordt bij het vertrouwensbeginsel ook rekening gehouden met het feit dat sprake is van een vertrouwenwekkende autoriteit (de overheid). Een grens aan dit beginsel vormt de voorwaarde dat het beginsel niet tot *contra legem* uitleg mag leiden. Opmerking verdient verder dat de werking van het Europees beginsel in rechtspraak van het Hof minder ver gaat dan die van sommige nationale rechtspraak. Dit vanwege de verschillen tussen lidstaten. In België wordt het beginsel wel erkend, maar weinig in rechtspraak toegepast.

**Toets:** Wanneer een inschrijver zich inschrijft voor een overheidsopdracht in België, moet deze erop kunnen vertrouwen dat de grenzen en waarborgen die zijn neergelegd in het KB Uitvoering ook daadwerkelijk worden nageleefd door de aanbestedende overheid.

Zo mag een aannemer ervan uitgaan dat het recht op verdediging dat is neergelegd in meerdere bepalingen (zie o.a. art. 44 KB Uitvoering) ook daadwerkelijk wordt geëerbiedigd.

Een aanbestedende overheid geniet in deze hoedanigheid het vertrouwen dat deze gericht is op het zo eerlijk en redelijk mogelijk behandelen van haar wederpartij, teneinde een voor beide aanvaardbaar resultaat te realiseren.

### *Rechtszekerheidsbeginsel*

Het vertrouwensbeginsel is nauw verbonden met het rechtszekerheidsbeginsel. Burgers moeten op grond van deze beginselen kunnen vertrouwen op de stabiliteit van het recht en de rechtsbetrekkingen. Het rechtszekerheidsbeginsel heeft ook een ruimere strekking.

Onder dit laatste valt namelijk ook de eis dat besluiten duidelijk en precies moeten zijn zodat particulieren hun rechten en verplichtingen kunnen kennen, ook wel het kenbaarheidsvereiste of formeel rechtszekerheidsbeginsel genoemd.

### *Recht van verdediging*

Een belangrijk beginsel is daarnaast ook het recht van verdediging. Dit is vooral door het Hof uitgewerkt in rechtspraak over sancties in het Europees mededingingsrecht. Het belangrijkste element van dit beginsel is het recht om te worden gehoord. Het Hof formuleert het zo: “wanneer besluiten de belangen van adressaten aanmerkelijk beïnvloeden, moeten deze laatsten in staat worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over hetgeen als grond voor het betreffende besluit tegen hen wordt ingebracht”.<sup>23</sup>

Dit recht is van belang zowel voor de administratieve autoriteit – *in casu* de aanbestedende overheid - als voor de betrokken aannemer (particulier of onderneming).<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Zie o.a.: HvJ 24 oktober 1996, zaak C-32/95 P, Jur. 1996, p -I 5375, (*Commissie t. Lisrestal*) en HvJ 15 juni 2006, zaak C-28/05, ECLI:EU:C:2006:408 (*Dokter*).

<sup>24</sup> HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, ECLI:EU:C:2008:746 (*Sopropé*).

Voor de aanbesteder met het oog op de mogelijkheid om alle relevante belangen bij de beoordeling mee te nemen.

Voor de aannemer beoogt het beginsel hen in staat te stellen een foutieve beslissing te laten herstellen of de beslissing nemende autoriteit – *in casu* de aanbesteder - op de hoogte te stellen van bepaalde omstandigheden waardoor een ander besluit gerechtvaardigd zou zijn.

**Toets:** De aannemer kan op grond van het KB Uitvoering zijn standpunten naar voren brengen (zie daarvoor in: art. 44 §2, 45 §3, 47 §1, 48 en 87).

Bij de toepassing van dit beginsel is echter ook van belang dat de standpunten van aannemers ook daadwerkelijk worden betrokken bij het uiteindelijke besluit om in gebreke te stellen of een bepaalde sanctie op te leggen. Als aannemers bij de toepassing van het KB Uitvoering wel hun verweermiddelen kunnen doen gelden, maar de aanbestedende overheid niet daadwerkelijk nagaat of deze een bepaald handelen of nalaten van de aannemer rechtvaardigt, kan de effectiviteit van deze waarborg in het gedrag komen. Het recht van de verdediging moet dus ook daadwerkelijk geëffectueerd kunnen worden.

Bovendien mag in de uitwerking van het verdedigingsbeginsel de aannemer in beginsel niet de toegang tot het dossier worden ontzegd en het recht op alle belastende of ontlastende stukken. Hierop geldt alleen de uitzondering indien sprake is van gevoelige informatie/zaakgeheimen.

Tot slot moeten de termijnen in het kader van de verdediging *redelijk* zijn. Een termijn van 15 dagen is kort, maar wordt met het oog op de voortgang van het werk als redelijk aangemerkt.

Dit recht van verdediging van particulieren staat in het teken van het eerder besproken beginsel van effectieve rechtsbescherming.

### *Transparantiebeginsel*

In aanvulling op de al behandelde beginselen verdient ook het transparantiebeginsel aandacht. De ontwikkeling van dit beginsel begint met een zaak op het gebied van het aanbestedingsrecht: de *Waalse bussen-zaak*.<sup>25</sup> In deze zaak en meermaals in het aanbestedingsrecht wordt een link gelegd met het gelijkheidsbeginsel. In het arrest *Succhi di Frutta*, dat als de belangrijkste uitspraak van het Hof voor eerlijke aanbestedingsprocedures wordt gezien, vormt het transparantiebeginsel het corollarium van het beginsel van gelijke behandeling. Het Hof overweegt: “*Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en*

<sup>25</sup> HvJ EU 25 april 1996, zaak C-87/94, *Jur.*1996, p. I-2043, (*Commissie tegen België*). Er zijn talloze zaken over dit beginsel in het aanbestedingsrecht, o.a: 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*).

*modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.”<sup>26</sup>*

Met betrekking tot deze twee beginselen wordt in de rechtspraak duidelijk gemaakt dat zij voortvloeien uit het VWEU en zelfs het algemeen gelijkheidsbeginsel<sup>27</sup>, en niet slechts uit de aanbestedingsrichtlijnen. Van deze beginselen staat immers vast dat zij ook een rol spelen in zaken die als zodanig buiten de werkingssfeer van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen, zoals aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden e.a.. Daarmee heeft het beginsel een ruime toepassings sfeer.

Het beginsel kan namelijk van toepassing zijn in alle situaties waarin het beginsel van gelijke behandeling wordt geschonden en de verdragsvrijheden in het geding zijn, zoals het vrij verkeer van diensten.

**OPMERKING:** Als hierboven beschreven (toetsingskader hoofdstuk 1.4) moet dan in het kader van het KB Uitvoering worden vastgesteld of sprake is van een potentiële belemmering van de interne markt. Op een aantal basisprincipes van die interne markt wordt hieronder nog nader ingegaan.

Bovendien staat het beginsel in nauwe relatie met het beginsel van behoorlijk bestuur of rechtszekerheid. In deze zin, met het oog op de kenbaarheid van het recht omvat het beginsel de voorwaarden dat het recht en de toepassing daarvan helder en duidelijk is.

Ook houdt het beginsel de grenzen en structuur in van het gebruik van een discretionaire bevoegdheid, voornamelijk met het oog op de voorzienbaarheid van het gebruik daarvan. Zo moeten de procedures helder zijn en gaat het daarbij tevens om de openbaarheid van bestuursdocumenten en het recht op inzage in het dossier.

### ***Fundamentele rechten***

Van belang zijn verder de fundamentele rechten die deel uit maken van de algemene beginselen van Unierecht.

Lidstaten mogen geen inbreuk maken op de fundamentele rechten van burgers en zij moeten onder omstandigheden waarborgen dat deze fundamentele rechten kunnen worden uitgeoefend ten opzichte van de staat en ten opzichte van andere burgers.

<sup>26</sup> HvJ EU, zaak C-496/99 P, *Jur.* 2004, p. I-3801, (*Succhi di Frutta*)§ 111.

<sup>27</sup> Onduidelijk is vaak in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU of het “algemeen gelijkheidsbeginsel” het beginsel van non discriminatie uit het WVEU is of het beginsel van gelijke behandeling in ruime en algemene zin. Zie bijvoorbeeld in *Parking Brixen* uit 2005.....

Het Hof van Justitie sluit zich in grondrechtenbeschermingskwesties veelal aan bij het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM (zie de behandeling van de grondrechten uit het EVRM in hoofdstuk 1.6).

Hoewel het Handvest inmiddels een belangrijke bron is van deze rechten, hebben de fundamentele rechten als algemene rechtsbeginselen een groter bereik, omdat deze in tegenstelling tot het Handvest zonder beperking kunnen worden toegepast.

In de relatie tussen burgers en publieke organen beschermen de fundamentele rechten individuen tegen te vergaande staatsbemoeienis.

Binnen de grenzen van de fundamentele rechten heeft de staat alleen bevoegdheid zich met individuen te bemoeien, indien dit een duidelijk kenbaar publiek belang dient, wat overigens wel het geval is bij de uitvoering van overheidsopdrachten voor werken.

### **1.3 Het belang van de interne markt uit het EU-Werkingsverdrag**

#### **1.3.1 De interne markt en het vrij verkeer van diensten**

Bij het schetsen van een Europees kader van de geldende beginselen mag het interne markt principe niet ontbreken.

Temeer nu in onderhavige kwestie ook de interne markt een belangrijk element is bij overheidsopdrachten voor werken die onder het vrij verkeer van diensten en het recht van vestiging kunnen vallen (artikel 49 e.v. en 56 e.v. WVEU).

In beginsel dienen nationale bepalingen verenigbaar te zijn met de interne markt en de daaruit voortvloeiende rechten. De interne markt - een rechtsorde zonder interne grenzen waarbinnen het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal moet worden verzekerd - wordt dan ook wel de hoeksteen van de Unie genoemd.

Bovendien dienen belemmeringen van de handel tussen de lidstaten geheel te worden weggenomen zodat alle nationale markten bijeen worden gebracht en alle voorwaarden zo goed mogelijk op elkaar worden afgestemd, zodat een daadwerkelijke interne markt ontstaat.<sup>28</sup> De vrijheden zijn cruciaal voor het functioneren van die interne markt. Aan de andere kant is ook het interne markt principe weer belangrijk voor de interpretatie van de fundamentele vrijheden.

Deze fundamentele vrijheden (*in casu* art. 49 e.v. en 56 e.v. WVEU) zijn voldoende duidelijk en precies en kunnen daarom ten opzichte van onverenigbare nationale bepalingen voor de nationale rechtbank worden afgedwongen, onder andere in procedures van individuen tegen de publieke overheden van lidstaten.

---

<sup>28</sup> HvJ 5 mei 1982, zaak 15/81, *Jur.* 1982, p. 1409, (*Gaston Schul Douane Expeditie BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*) ro. 33.



Als algemeen beginsel van EU-recht, kan dit interne markt principe daarmee dienen als toetssteen van de wettigheid van nationale wetgeving of als een onafhankelijke bron van individuele rechten en verplichtingen.

Belemmering van fundamentele vrijheden in grensoverschrijdende situaties met betrekking tot goederen, diensten, mensen of kapitaal, vallen onder het Europese recht.

### 1.3.2 De eis van interstatelijkheid

Ook in het kader van die interne markt is dus van belang vast te stellen of de werkingssfeer van een situatie binnen de Unie valt. Zoals bekend zijn de Europese aanbestedingsrichtlijnen pas boven een bepaalde drempel van toepassing. Doch ook onder die drempel gelden - volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU - de interne markt vrijheden en fundamentele rechten, wanneer er sprake is van een opdracht die een *duidelijk grensoverschrijdend belang* vertoont of anders geformuleerd, wanneer er sprake is van een interstatelijk element.

Zo heeft het Hof van Justitie EU bepaald in het arrest *SECAP* uit 2008 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*”.<sup>29</sup> Een dergelijke opdracht valt dus wel onder de werkingssfeer van het Europees recht. Het Hof bepaalde dat het transparantiebeginsel *in casu* onverkort van toepassing was.

### 1.3.3 Bewijslast grensoverschrijdend belang

Om de vraag te beantwoorden bij wie de bewijslast ligt dat van een dergelijk grensoverschrijdend belang sprake is, is de recente zaak *Belgacom* (C-221/12) van 14 november 2013 – die zich in België afspeelde - behulpzaam. Het Hof bepaalde in deze zaak – die overigens over de verlening van een concessie ging en dus als zodanig niet onder de materiële werkingssfeer van de EU richtlijnen overheidsopdrachten viel - dat het niet aan de eiser toekomt om aan te tonen dat van een dergelijk grensoverschrijdend belang sprake is. De rechter mag dus in afwezigheid van het bewijs dat daarvan sprake is door de eiser, niet van het vermoeden uitgaan dat een dergelijk belang ontbreekt.

Het is de aanbestedende dienst die vooraf moet vast stellen of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang van de opdracht. Daarvan is snel sprake volgens het HvJ EU.

Het Hof overwoog namelijk in *Belgacom*: “Voorts zij gepreciseerd dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Dit geldt in het bijzonder wanneer het geschil, zoals in het hoofdgeding, betrekking heeft op het gebrek aan transparantie dat ten aanzien van de betrokken overeenkomst heerste. In een dergelijk geval hebben de marktdeelnemers uit

---

<sup>29</sup> HvJ 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277, (*SECAP SpA t. Comune di Torino*).

andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten” (r.o. 31).

Ook van groot belang is overweging 32 van het Hof in deze zaak: “zodra vaststaat dat een bepaalde concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, geldt de transparantieplichting die rust op de instantie die de concessie verleent, bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver *ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie*” (cursivering EM).

**TOETS:**

Of een opdracht onder de werkingssfeer van het Europees recht gebracht kan worden op basis van een grensoverschrijdend belang is van belang in geval men zich tegen art. 48 of art. 49 KB Uitvoering wil verzetten en het *in casu* om opdrachten gaat met een economische waarde lager dan de Europese drempel die voor de toepassing van de richtlijn 2004/18/EG geldt.

**Let wel** dat ten aanzien van art. 48 KB Uitvoering het dan nog de vraag is of de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over de uitsluitingsgronden uit de richtlijnen onverkort van toepassing kan worden verklaard op die opdrachten die niet onder de directe werkingssfeer van de richtlijnen vallen maar wel onder die van de interne markt (opdrachten met duidelijk grensoverschrijdend belang). Uit een tweetal recente arresten van het HvJ EU blijkt dat de bepalingen uit de richtlijn (hier inzake de uitsluitingsgronden) wel kunnen worden toegepast op opdrachten *onder* de drempel met grensoverschrijdend belang. Het Hof kijkt in die zaken dan of de beperking van de interne markt gerechtvaardigd is. Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 1.4.1).

In ieder geval zal in geval van een opdracht met duidelijk grensoverschrijdend belang met name aan de vrijheden uit het WVEU, het Handvest, de algemene beginselen waarvan het proportionaliteitsbeginsel van bijzonder belang is, getoetst kunnen worden.

Als het grensoverschrijdende belang-kenmerk minder duidelijk is of helemaal niet aanwezig is dan past het Hof van Justitie EU geen Unierecht toe en behoort de kwestie tot de interne aangelegenheden van een lidstaat.

Ook hier, in het kader van de interne markt, blijkt de toepassing van Europees recht kortom niet geheel onbegrensd.

### **1.3.4 De interne markt versus de soevereiniteit van Lidstaten**

Het Europese Hof van Justitie heeft daarbij de moeilijke taak een lijn te trekken tussen het belang van het realiseren van de interne markt tegenover het respecteren van de soevereiniteit van lidstaten in interne situaties waarop het EU-recht niet van toepassing is.

Dit past te meer in de huidige tijd die gekenmerkt wordt door een versterking van het **subsidiariteitsbeginsel** bij de beslissing of het Europees dan wel het nationale niveau (lokaal of regionaal) het beste niveau is om wetgevend en besturend op te treden.

Het is mede daarom dat het Hof geen voorstander is om het belang van Unieburgers voor gehele economische vrijheid zodanig zwaar te laten wegen dat zij nationale regels die hun vrijheid belemmeren allemaal opzij zouden kunnen zetten.

Het Hof is door alle ontwikkelingen min of meer genoodzaakt waarde oordelen te geven over nationale praktijken die de interne markt raken. Aan de ene kant staan de lidstaten die in beginsel wensen dat de EU normen worden beschermd, aan de andere kant staan ook marktdeelnemers die hun eigen belangen willen nastreven en een voordeel aan deze Europese rechten willen ontlenuen.

Het is daarbij goed dat (overheids)entiteiten met het oog op de effecten die hun gedrag op marktdeelnemers van andere lidstaten, op bepaald gedrag worden gewezen.

Ook in onderhavige kwestie moeten bepaalde deelnemers van de interne markt, hier zelfs in de hoedanigheid van overheid, er bewust van worden gemaakt welke consequenties bepaalde regels en maatregelen kunnen hebben op de deelnemers van, maar ook op die interne markt zelf.

Daarbij geldt dat de Unie de bescherming van een zwakke partij bij een contract belangrijk acht en vindt dat deze met waarborgen dient te worden omgeven.

#### **1.4 De inroepbaarheid van het secundair recht: art. 48 KB Uitvoering in samenhang met art. 45 en art. 52 richtlijn 2004/18/EG bezien**

##### **1.4.1 Art. 48 KB Uitvoering in samenhang met art. 45 richtlijn 2004/18/EG bezien: algemeen**

In geval sancties tijdens de uitvoering van een contractuele verhouding kunnen worden toegepast die van invloed zijn op de positie van de in die opdracht betrokken aannemer – hoewel pas bij het verkrijgen van een volgende overheidsopdracht - dan dient te worden onderzocht of een dergelijk systeem in strijd is met het selectie - en “gesloten” uitsluitingssysteem uit richtlijn 2004/18/EG.

In het bijzonder geldt dit ten aanzien van art. 48 KB Uitvoering waar in de mogelijkheid is voorzien om een aannemer uit te sluiten, of zijn positie op de lijst van erkende aannemers te verlagen, schorsen of zelfs helemaal in te trekken, dit laatste met verwijzing naar de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

*Art. 48 KB Uitvoering “overige sancties” luidt:*

Onverminderd de in dit besluit bedoelde sancties, kan de in gebreke gebleven opdrachtnemer door de aanbestedende overheid voor bepaalde tijd van haar opdrachten worden uitgesloten. De betrokkene wordt vooraf gehoord om zich te verdedigen en de gemotiveerde beslissing wordt hem betekend.

De in het vorige lid vermelde sancties zijn van toepassing onverminderd die bepaald in artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

In artikel 48 wordt aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid gegeven om de opdrachtnemer, onverminderd de andere sancties uit het KB Uitvoering, bijkomende sancties op te leggen zoals de uitsluiting van deelname aan opdrachten van de aanbestedende overheid voor een bepaalde duur die door de aanbestedende overheid wordt bepaald.

Volgens het Verslag aan de Koning kunnen deze sancties - in geval van opdrachten voor werken - de toepassing van de sancties vermeld in artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken omvatten, namelijk: klasseverlaging, schorsing en de intrekking van de erkenning, alsook de uitsluiting van de overheidsopdrachten (hierover later meer in de volgende paragraaf).

De regels rondom de uitsluitingsgronden en erkenningslijsten zijn neergelegd in artikel 45 en 52 van richtlijn 2004/18/EG. De Europese wetgever heeft in het kader van overheidsopdrachten voor werken al sinds de jaren zeventig diverse harmonisatierichtlijnen vastgesteld, waaronder richtlijn 2004/18/EG. Deze richtlijn is een uitwerking van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging uit de artikelen 49 en 56 WVEU. Het vrij verkeer van diensten is tevens nader uitgewerkt in de richtlijn diensten 2006/123/EG. Deze richtlijn die zich op het weghalen van belemmeringen aan het vrij verkeer van diensten richt, is voor de bouwsector relevant, maar kan niet van invloed zijn op de *contractuele bepalingen* in kwestie.<sup>30</sup>

Om nu het verband tussen art. 48 KB Uitvoering en richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG aan te tonen, specifieker de artikelen 45 (uitsluitingscriteria) en 52 (erkenningslijsten), dient allereerst de vraag te worden gesteld of en zo ja, in hoeverre de Europese wetgever deze materie op Europees niveau reeds heeft gereguleerd en of deze regelgeving exhaustief is.

Om de ruimte van de Lidstaten om eigen regels te hanteren vast te stellen, moet gekeken worden naar het doel van beide regulering, de nationale en de Europese. Als hun doelstellingen van elkaar verschillen dan is er in beginsel ruimte voor de nationale overheid om eigen nationaal beleid en andere regelgeving vast te stellen. Deze vaststelling moet worden gedaan om te bezien of een onderwerp ‘an sich’ exhaustief gereguleerd is of niet (dit zal voor de uitvoeringsbepalingen worden behandeld onder hoofdstuk 2 van dit advies).

Voor art. 48 KB Uitvoering geldt echter dat het onderwerp, de uitsluitingsgronden en erkenningslijsten, wel Europees gereguleerd zijn.

Om de mate van juridische toelaatbaarheid van art. 48 KB Uitvoering te bepalen, dient dan te worden bezien welke vorm van harmonisatie (minimum- dan wel volledige) de Europese

---

<sup>30</sup> Zie eerder aangehaalde overweging 90 uit de considerans bij richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU L 376 /6*).

wetgever ten aanzien van de geregelde materie uit de artikelen 45 en 52 van de richtlijn 2004/18/EG beoogd heeft.<sup>31</sup>

In geval niet alle onderdelen worden geharmoniseerd, dan resteert op *andere* onderdelen (in beginsel)<sup>32</sup> ruimte voor de lidstaat.

*Voorbeeld:*

Een voorbeeld hiervan is de vrijheid die de richtlijnen laten ten aanzien van de status van het contract dat aan het einde van de aanbesteding tussen gekozen onderneming en aanbestedende dienst wordt gesloten. Lidstaten hebben de vrijheid om te kiezen of dit een privaatrechtelijke dan wel een publiekrechtelijke status heeft. Zo heeft in België het contract tot aanneming van werk een administratiefrechtelijke karakter in tegenstelling tot Nederland waar dit contract een civielrechtelijke status heeft.

Daarbij dient weer te worden aangetekend dat zelfs een regeling die minimum harmonisatie nastreeft, bepalingen of begrippen kan bevatten die op zich zelf een vorm van volledige harmonisatie beogen.

Maar zelfs wanneer de conclusie luidt dat volledige harmonisatie op een specifiek punt beoogd is, betekent dat nog niet dat de lidstaat België helemaal geen bevoegdheid meer heeft om op dat punt iets afwijkend te regelen. Diverse begrippen uit die richtlijnen mogen door de lidstaten zelf worden ingevuld, met inachtneming van het overige Europees recht en van de grenzen die de Europese rechter aan die invulling in zijn jurisprudentie heeft gegeven (hierover later meer).

Voor een vergelijking van art. 48 KB Uitvoering met art. 45 van de richtlijn 2004/18/EU is een nadere behandeling van het systeem van de uitsluitingsgronden in de richtlijn overheidsopdrachten nodig. Aansluitend zal de bepaling uit het KB Uitvoering met betrekking tot de uitsluiting worden getoetst. Vervolgens zal art. 48 KB Uitvoering worden vergeleken met en getoetst aan art. 52 van de richtlijn (erkenninglijsten).

#### **1.4.2 Het systeem van uitsluitingsgronden in de richtlijn 2004/18/EG en de toets aan art. 48 KB Uitvoering**

De Europese wetgever besliste al in de jaren zeventig om richtlijnen in te voeren met het doel het discriminerende en protectionistische gedrag van de nationale overheden tegen te gaan. Van oudsher werd door de nationale overheid getracht om de uitvoering van overheidsopdrachten aan eigen ondernemingen te gunnen met het doel om de eigen economie te stimuleren, werkloosheid tegen te gaan en strategische industrieën te beschermen.

De regels uit de richtlijnen waren gericht op het terugdringen van de grote beslruimte van overheidsaanbesteders in de fase voor de gunning. De fase waarin de potentiële inschrijvers uit andere lidstaten over gelijke kansen moesten beschikken om een opdracht te verwerven.

<sup>31</sup> De richtlijnen overheidsopdrachten bevatten kunnen naast volledige en minimum-, ook partiële of optionele harmonisatie nastreven.

<sup>32</sup> Mits niet in strijd met de overige bepalingen uit het Verdrag, zoals bijv. de bepalingen inzake het vrij verkeer, de mededinging en de staatssteun.

Om deze vormen van discriminatie tegen te gaan, moest o.a. in een systeem voor de selectie van inschrijvers worden voorzien op basis van objectieve en niet discriminerende limitatief opgesomde uitsluitingsgronden, neergelegd in artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG.

Uitsluitingsgronden zien op omstandigheden die de persoon van de aannemer betreffen en diens uitsluiting van deelneming aan een aanbestedingsprocedure kunnen rechtvaardigen.

Dit verklaart waarom deze uitsluitingsgronden eng dienen te worden geïnterpreteerd en toegepast.

Artikel 45 richtlijn 2004/18 somt uitputtend de situaties op waarin inschrijvers verplicht *moeten* worden uitgesloten (de zogenoemde verplichte gronden); en de situaties waarin deze inschrijvers *mogen* worden uitgesloten (facultatieve gronden).

In het eerste geval heeft de aanbestedende overheid geen ruimte om te bepalen dit wel of niet te doen; in het tweede geval is er juist sprake van discretionaire bevoegdheid bij de beslissing of wel of niet zal worden uitgesloten, waarbij geldt dat de Europese rechter voor deze gevallen grenzen heeft vastgesteld om te bepalen wanneer een dergelijke uitsluiting proportioneel is.

**Let goed op** dat het hier om een “**uitputtende**” opsomming van gronden gaat en dat een aannemer alleen op de gronden als hier uitputtend vermeld van een procedure uitgesloten mag worden.

Dit houdt in dat er geen mogelijkheden zijn voor de lidstaten om meer gronden vast te stellen.

#### *Verplichte uitsluitingsgronden*

De verplichte uitsluitingsgronden omvatten: het bij onherroepelijk vonnis veroordeeld zijn voor deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude en witwassen van geld. Wanneer deze situaties zich voordoen, dan is een aanbestedende overheid verplicht een aannemer van overheidsopdrachten uit te sluiten. Lidstaten kunnen bepalen dat vanwege dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgeweken van deze verplichting.

#### *Facultatieve uitsluitingsgronden*

De facultatieve gronden waarop een aanbestedende overheid een aannemer van deelneming aan een opdracht kan uitsluiten, betreffen iedere ondernemer:

(a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, wiens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens wie een surséance van betaling of een akkoord geldt of die in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen;

(b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling of akkoord dan wel een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen, aanhangig is gemaakt;

(c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met de beroepsgedragsregels;



- (d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;
- (e) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;
- (f) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;
- (g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

Zowel bij de verplichte als de facultatieve gronden mogen de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het Europees recht de voorwaarden bepalen voor de toepassing van deze gronden. .

Artikel 48 uit het KB Uitvoering regelt dat de in gebreke gebleven aannemer door de aanbestedende overheid voor bepaalde tijd van haar opdrachten kan worden uitgesloten. De uitsluitingsgronden zijn in de richtlijn 2004/18/EG neergelegd in artikel 45. De uitsluitingsgronden betreffen een limitatieve lijst. Dit houdt in dat er geen mogelijkheden zijn voor de lidstaten nadere regels en meer gronden vast te stellen. In deze zin kan dit stelsel als “gesloten” worden beschouwd.

Maar de Europese rechter heeft op het gesloten systeem een uitzondering toegelaten en deze in een aantal arresten verduidelijkt. In het arrest *Assitur* uit 2009 bepaalt het Hof allereerst uitdrukkelijk dat de opsomming van de uitsluitingsgronden limitatief is.<sup>33</sup> De aanpak van de Europese wetgever was er hierbij volgens het Hof op gericht, slechts die gronden op te nemen die verband houden met de *professionele kwaliteiten* van de betrokkenen.

Het Hof voegt daaraan echter toe dat deze limitatieve opsomming niet de bevoegdheid van de lidstaten uitsluit, naast deze uitsluitingsgronden andere *materieelrechtelijke* voorschriften te handhaven of uit te vaardigen, zolang onder meer kan worden gewaarborgd dat het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers en het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Tevens moet ook expliciet rekening gehouden worden met het evenredigheidsbeginsel. Deze beginselen vormen namelijk de grondslag van de Europese richtlijnen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.<sup>34</sup>

In deze zaak had de nationaal wettelijke maatregel tot doel elke mogelijke samenspanning tussen de inschrijvers in eenzelfde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht uit

<sup>33</sup> HvJ EU 19 mei 2009, nr. C-538/07, *Jur.* 2009, p. I-04219 (*Assitur*), rechtsoverweging 20.

<sup>34</sup> *Assitur*, rechtsoverweging 21 en zie verder ook: HvJ EG 16 december 2008, nr. C-213/07, *Jur.* 2008, p.I-9999 (*Michaniki*) rechtsoverwegingen 40-48 en zie ook HvJ EG 9 februari 2006, nrs. C-226/04 en C-228/04, *Jur.* 2006 p. I-1347 (*La Cascina e.a.*), rechtsoverweging 20 en 22, HvJ EG 16 oktober 2003, nr. C-421/01, *Jur.* 2003, p. I-11941, (*Traunfellner*), rechtsoverweging 29 en *Universale-Bau*, rechtsoverweging 91.

te sluiten en was dat doel juist erop gericht om de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen.

Daarom mochten hier naast de uitsluitingsgronden uit de richtlijn, andere gronden worden vastgesteld, die als doel hadden te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van transparantie in acht werden genomen, op voorwaarde dat dergelijke maatregelen, in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, niet verder zouden gaan dan noodzakelijk was om dat doel te bereiken.<sup>35</sup>

Het Hof wijst er dan op dat dit in lijn is met het doel van de Europese regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, die zijn vastgesteld in het kader van de verwezenlijking van de interne markt, waarin het vrije verkeer is gewaarborgd en een einde is gemaakt aan mededingingsbeperkingen.<sup>36</sup>

Aanvullende gronden kunnen dus in het belang zijn van het gemeenschapsrecht, bijvoorbeeld ten behoeve van de interne markt en de waarborging van daadwerkelijke mededinging.<sup>37</sup>

De nieuwe richtlijnen voeren expliciet een aan de situatie uit het arrest *Assitur* gelijkstreckende uitsluitingsgrond toe (zie art. 57 van de richtlijn 2014/24/EU).

Reeds in het arrest *Michaniki* in 2008 stelt het Hof dat het doel van de richtlijn, de coördinatie van de nationale procedures van overheidsopdrachten, te allen tijde in het oog moet worden gehouden. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie, die onder meer betekenen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst, vormen daarbij de grondslag en de hoofddoelstelling van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, waar aanbestedende diensten de eerbiediging van dienen te verzekeren.<sup>38</sup>

In de *La Cascina*-zaak uit 2006 werd bovendien bepaald dat de richtlijn geen uniforme toepassing van de uitsluitingsgronden ten doel heeft. Lidstaten beschikken namelijk over de bevoegdheid bepaalde uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen. Zij kunnen er in die gevallen bijvoorbeeld voor kiezen een zo ruim mogelijke deelneming aan de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten, te verwezenlijken. Daarnaast kunnen lidstaten in nationale regelingen per geval bepalen, er strengere of minder strenge toepassing aan te geven, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische,

<sup>35</sup> *Assitur*, rechtsoverweging 22 en 23.

<sup>36</sup> *Assitur*, rechtsoverweging 24 en 25 en zie ook HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-412/04, *Jur.* 2008, p. I-619, (*Commissie/Italië*), rechtsoverweging 2.

<sup>37</sup> *Assitur*, rechtsoverweging 26.

<sup>38</sup> *Michaniki*, rechtsoverweging 38 e.v. Zie ook: HvJ EG 19 juni 2003, nr. C-315/01, *Jur.* 2003 p. I-6351, (*GAT/ÖSAG*) rechtsoverweging 73, HvJ EG 17 september 2002, nr. C-513/99, *Jur.* 2002, p. I-7213 (*Concordia Bus Finland*), rechtsoverweging 81 en HvJ EG 3 maart 2005, nrs. C-21/03 en C-34/03, *Jur.* 2005, p. I-1559 (*Fabricom*) rechtsoverweging 26.

economische of sociale overwegingen. Op deze wijze kunnen lidstaten de uitsluitingsgronden versoepelen.<sup>39</sup>

Uiteindelijk blijkt het erom te gaan dat de Europese wetgever deze richtlijn heeft opgesteld om de procedures van overheidsopdrachten te coördineren. Er moet binnen Europa een systeem voor het gunnen van overheidsopdrachten bestaan dat voor eenieder gelijke regels en kansen biedt. Dit wordt ook wel ‘level playing field’ genoemd. Het gesloten systeem draagt bij aan het realiseren daarvan.

Het gesloten systeem is er echter niet op uit dat lidstaten worden belemmerd in het realiseren van de regels die dat doel dienen. Daarom kunnen soms wel, ter bevordering van het ‘level playing field’, aanvullende regels worden gesteld om zodoende juist de interne markt te beschermen, zoals ook reeds in 1988 (zie verder paragraaf 2.2) in zijn algemeenheid door het Hof in het *Beentjes*-arrest overwogen.

In de zaak *Forposta* uit december 2012 wordt dit uitgangspunt herhaald. Eerst wordt wel benadrukt dat, volgens vaste rechtspraak van het Hof, artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 een limitatieve opsomming geeft van de gronden waarmee de uitsluiting van een marktdeelnemer van deelneming aan een opdracht kan worden gerechtvaardigd. En verder dat de gerichtheid van op objectieve gegevens gebaseerde redenen die verband houden met de professionele kwaliteiten van de inschrijver, eraan in de weg staat dat de lidstaten de daarin opgenomen lijst aanvullen met andere uitsluitingsgronden die zijn gebaseerd op criteria inzake beroepsbekwaamheid.

Vervolgens wordt echter gesteld dat *“alleen wanneer de betrokken uitsluitingsgrond geen verband houdt met de professionele kwaliteiten van de marktdeelnemer, en derhalve niet voorkomt in deze limitatieve opsomming, kan worden overwogen deze grond toe te laten ten aanzien van de Unierechtelijke beginselen of andere regels inzake overheidsopdrachten.”*<sup>40</sup>

#### *1.4.2.1 Het stellen van uitsluitingsgronden onder de drempels (duidelijk grensoverschrijdend belang)*

Het KB Uitvoering is ook van toepassing op opdrachten die niet onder de richtlijn 2004/18/EG vallen, namelijk overheidsopdrachten die onder de drempelwaarden van de richtlijn vallen. De regels voor opdrachten die onder de drempelwaarden van de richtlijn vallen, moeten echter in veel gevallen ook worden getoetst aan de Europese (verdrags-)beginselen. Die zijn namelijk van toepassing indien sprake is van een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ van de overheidsopdracht (zie ook hoofdstuk 1.3). Dit geldt ook bij het vastleggen van uitsluitingsgronden in nationaal recht. Twee recente arresten van Hof van Justitie EU bevestigen dit.

<sup>39</sup> HvJ EG 9 februari 2006, nrs. C-226/04 en C-228/04, *Jur.* 2006, p. I-1347 (*La Cascina*) rechtsoverweging 23.

<sup>40</sup> *Forposta*, rechtsoverweging 39.

Allereerst in een zaak van 10 juli 2014, zaak C-358/12, (*consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici t. comune di Milano*).

Het ging hier om een nationale regeling die van toepassing was op aanbestedingen met waarde zowel boven als onder de drempelbedragen voor overheidsopdrachten. De waarde van de opdracht die in dit arrest aan de orde is, is lager dan het drempelbedrag.

De nationale bepaling regelt automatische uitsluiting (verplichte uitsluiting door aanbestedende diensten) vanaf een bepaald bedrag van niet-betaling van verschuldigde sociale zekerheidsbijdragen van een inschrijver.

De vraag wordt gesteld of deze nationale regeling in overeenstemming is met het **evenredigheidsbeginsel**.

Omdat de opdracht onder de drempelwaarde valt, maar wel een grensoverschrijdend belang heeft, stelt het Hof vast dat de beginselen uit de Europese verdragen van toepassing zijn (ro. 24).

Het Hof overweegt (ro. 28) dat Lidstaten in beginsel geen nationale bepalingen mogen opstellen die de vrijheid van vestiging en/of dienstverrichting door burgers van de EU belemmeren of minder aantrekkelijk maken.

De uitsluitingsgrond die *in casu* onder de drempel is vastgesteld, kan er volgens het Hof aan in de weg staan dat een zo groot mogelijk aantal inschrijvers aan de aanbestedingsprocedures deelneemt. In beginsel is daarmee sprake van een beperking van art. 49 en 56 WVEU, bij opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (ro.30).

Deze beperking kan echter worden gerechtvaardigd voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk om dat doel te bereiken, overweegt het Hof in rechtsoverweging 31.

Het Hof past dan (o.a.) richtlijn 2004/18/EG (ro. 35) toe, om aan te tonen dat hier sprake is van een dergelijke legitieme beperking bij een opdracht onder de drempels.

Ook uit een ander recent arrest van het Hof van Justitie van de EU blijkt dat het stellen van uitsluitingsgronden voor opdrachten onder de drempelwaarden van de Europese richtlijnen, maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang moeten worden getoetst aan de Europese verdragsbeginselen. Weer blijkt in dit arrest echter dat een beperking daarvan vanwege een uitsluitingsgrond (als geformuleerd in de richtlijn) snel toegestaan is.

In HvJ EU 18 december 2014, zaak C-470/13, (*Generali-Providencia Biztosító Zrt t. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*), overweegt het Hof:

Bij een overheidsopdracht die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 valt omdat de desbetreffende drempelwaarde van de richtlijn niet wordt overschreden, moeten toch de fundamentele regels en algemene beginselen van het Verdrag wel gelden voor zover de

opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, met name gelet op de omvang en de plaats van uitvoering ervan (ro.27).

Het gaat dan om de artikelen 49 en 56 VWEU: vrijheid van vestiging en vrijheid van diensten. Een beperking daarvan door de bepaling *in casu* kan alleen worden toegestaan, als die wordt gerechtvaardigd. Daartoe overweegt het Hof (ro. 34-37):

- dat het hier gaat om een bepaling uit art. 45 (2) richtlijn 2004/18 (ernstige beroepsfout);
- dat deze bepaling ziet op elk gedrag dat ziet op de professionele geloofwaardigheid (met verwijzing naar het arrest *Forposta*);
- dat ook een inbreuk op de mededingingsregels een uitsluitingsgrond is, die daaronder valt (met name als die inbreuk met een geldboete is bestraft);
- uit de considerans van richtlijn 2004/18, overweging 101, blijkt dat een schending van mededingingsregels kan worden bestempeld als een ernstige beroepsfout die de integriteit van de ondernemer kan aantasten;

en vervolgens:

als een dergelijke uitsluitingsgrond mogelijk is op grond van richtlijn 2004/18, is die grond des te meer gerechtvaardigd wanneer het gaat om overheidsopdrachten die *onder* de desbetreffende drempelwaarde van de richtlijn blijven (en dus niet zijn onderworpen aan de in de richtlijn verbonden bijzondere en rigoureuze procedures).

Deze arresten van het HvJ EU maken enerzijds duidelijk dat Lidstaten binnen de grenzen van de Verdragsbeginselen moeten blijven bij het vaststellen van uitsluitingsgronden voor overheidsopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (maar die *onder* de drempels van de richtlijn 2004/18 vallen). Anderzijds laten de arresten zien dat het Hof de uitsluitingsgronden snel gerechtvaardigd acht, juist *onder* de drempels.

Alleen wanneer de situatie ‘zuiver nationaal’ is en geen grensoverschrijdende effecten heeft, zijn de Europese regels en verdragsbeginselen niet van toepassing. Dan is namelijk geen sprake van een situatie die binnen de werkingssfeer van Unierecht valt.

#### *1.4.2.2 Toetsing aan de richtlijn 2004/18/EG van de regel inzake de uitsluiting van de in gebreke gebleven aannemer volgens art. 48 KB Uitvoering*

Afgezien van de hiervoor in paragraaf 1.4.2 bedoelde *uitzonderingen* geformuleerd in de jurisprudentie van het HvJ EU, dienen in beginsel alle uitsluitingsgronden die lidstaten hanteren voor het uitsluiten van aannemers van overheidsopdrachten evenwel te vallen onder de verplichte of facultatieve gronden.

Wat betreft de gronden die zijn neergelegd in richtlijn 2004/18/EG kan slechts de ‘ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep’ een grond vormen voor uitsluiting op basis van het in gebreke blijven bij een eerdere overheidsopdracht als bedoeld in artikel 48 KB Uitvoering.

Het begrip ‘ernstige fout in de uitoefening van het beroep’ is als zodanig nog niet in Europese wetgeving gedefinieerd, daarom blijven de lidstaten vrij dit begrip zelf in hun nationale wetgeving in te vullen, binnen de grenzen die inmiddels aan de toepassing daarvan door de Europese rechter zijn gesteld.

Zo kunnen bijvoorbeeld het niet naleven van bepaalde sociale- en milieuverplichtingen een ernstige fout in de uitoefening van het beroep opleveren.<sup>41</sup> Het kan daarbij gaan om bepalingen van gelijke behandeling, gezondheid of veiligheid. Nadrukkelijk geldt wel dat uitsluiten alleen kan in het geval dat lidstaten hiertoe nadere wetgeving hebben aangenomen.

**Let op:** de nieuwe richtlijnen bevatten meer uitsluitingsgronden dan voorheen en ook het niet-naleven van bepaalde sociale- en milieuverplichtingen is als nieuwe uitsluitingsgrond vastgesteld (zie art. 57 van de richtlijn 2014/24/EU).

In de zaak *Forposta* van december 2012 heeft het Hof van Justitie EU belangrijke grenzen gesteld aan de toepassing van de ernstige beroepsfout als uitsluitingsgrond.<sup>42</sup>

### **Verschil tussen “fout” en “ernstige” fout in de zaak Forposta**

Deze zaak ging om het Poolse bedrijf Forposta dat van een aanbestedingsprocedure werd uitgesloten op grond van een eerdere opzegging wegens wanprestatie in de afgelopen drie jaar, waarbij de schade minimaal vijf procent van de contractwaarde is.

Het Hof wordt gevraagd om de van toepassing zijnde uitsluitingsgrond uit te leggen en stelt dat de begrippen ‘ernstige’ ‘fout’ ‘bij de beroepsuitoefening’, mogen worden gepreciseerd en verduidelijkt naar nationaal recht binnen de grenzen van Unierecht.<sup>43</sup> Aanbestedende diensten mogen daarbij een fout bij de beroepsuitoefening vaststellen op elke grond die zij aannemelijk kunnen maken zonder dat een vonnis vereist is voor de vaststelling van de fout.

#### *Fout bij de beroepsuitoefening*

Op basis hiervan concludeert het Hof dat het begrip “fout bij de beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer. Het gaat dus niet alleen om schendingen van de tuchtrechtelijke normen in enge zin van de beroepsgroep van deze marktdeelnemer, die worden vastgesteld door het voor deze beroepsgroep ingestelde tuchtorgaan of een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing.<sup>44</sup> Daarom kan ook de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in beginsel worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening.

#### *Ernstige fout bij de beroepsuitoefening*

<sup>41</sup> Zie bijv.: Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren (*PbEG* 2001, C 333) paragraaf 1.3.1. Zie daarvoor ook: Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 33/2003.

<sup>42</sup> HvJ EU 13 december 2012, nr. C-465/11 (*Forposta vs. Poczta Polska*).

<sup>43</sup> *Forposta* § 25/26.

<sup>44</sup> *Forposta*, § 27/28.



Van fundamenteel belang voor de juridische toelaatbaarheid van art. 48 KB Uitvoering is de precisering die het Hof van Justitie in deze zaak plaatst. Het Hof overweegt namelijk dat het begrip “ernstige fout”: “gewoonlijk ziet op het gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan op zichzelf wel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer maar betekent niet automatisch een ernstige fout”.<sup>45</sup>

De term ‘toerekenbare tekortkoming’ werd in deze zaak dan ook te ruim geacht, om per definitie van een ernstige beroepsfout te mogen spreken, nu dit meer omvat dan gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst.<sup>46</sup>

Daarnaast moet de aanbestedende dienst de mogelijkheid worden gelaten de ernst van het beweerde onrechtmatig gedrag per geval te beoordelen. De nationale regeling mag niet zelf de maatstaf vormen voor de beoordeling, in die zin dat aanbestedende diensten dwingende voorwaarden krijgen opgelegd uit bepaalde omstandigheden automatisch bepaalde conclusies te moeten trekken.<sup>47</sup>

#### **TOETSING:**

Artikel 48 uit het KB Uitvoering heeft het in gebreke blijven van de opdrachtnemer tot een uitsluitingsgrond gedefinieerd.

Hoewel lidstaten ruimte hebben bij de nationale invulling van het begrip ‘ernstige fout in de beroepsuitoefening’, volgt uit het arrest *Forposta* dat:

(a) een fout in de beroepsuitoefening:

- in beginsel elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer en dus,
- dit de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen kan betreffen, maar dat

**(b) een ernstige fout:**

- **gewoonlijk gaat om gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst en dus,**
- **elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan niet automatisch een ernstige fout betekent.**

Op grond hiervan kan niet elk ‘in gebreke blijven’ van een aannemer van werken, wat net als de in de zaak *Forposta* aan de orde ‘toerekenbare tekortkoming’ erg ruim is, als een *ernstige* fout in de beroepsuitoefening worden aangemerkt.

Overigens wordt de aanbestedende overheid hier wel de mogelijkheid gelaten de ernst van het beweerde onrechtmatig gedrag per geval te beoordelen nu zij de sanctie *kan* opleggen.

<sup>45</sup> *Forposta*, § 29/30.

<sup>46</sup> *Forposta*, § 33.

<sup>47</sup> *Forposta*, § 34.

**De uitsluitingsgrond van art. 48 KB Uitvoering is op basis van de limitatieve lijst uitsluitingsgronden en op grond van de uitleg die het Hof aan de ernstige beroepsfout van artikel 45 heeft gegeven, derhalve in strijd met richtlijn 2004/18/EG.**

**Nieuwe uitsluitingsgronden in art. 57 van de richtlijn 2014/24/EU van 24 februari 2014**

In de in februari van dit jaar bekendgemaakte nieuwe richtlijn 2014/24/EU die uiterlijk in april 2016 in het nationale recht van de lidstaten dient te worden geïmplementeerd, zijn de uitsluitingsgronden enigszins gewijzigd en behoorlijk aangevuld met nieuwe gronden opgenomen in artikel 57.

Bij de verplichte gronden moeten ondernemingen nu ook uitgesloten worden op basis van een onherroepelijke veroordeling vanwege terroristische misdrijven en kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel.

Daarnaast wordt een ondernemer uitgesloten indien hij niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale premies, vastgesteld door een bindende onherroepelijke beslissing van een rechterlijk of administratief orgaan.

Verder kunnen lidstaten dit verplicht of facultatief doen gelden voor het niet voldoen aan verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale zekerheidsbijdragen. In lid 4 zijn ook de facultatieve uitsluitingsgronden met een aantal gronden aangevuld.

Zo kan de schending van verplichtingen op het gebied van milieu- sociaal en arbeidsrecht (art. 18 § 2 richtlijn) een facultatieve grond opleveren, alsmede overeenkomsten gericht op het vervalsen van de mededinging.

Tot uitsluiting kan voorts worden overgegaan indien sprake is van een belangenconflict of betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure wat heeft geleid tot een vervalsing van de mededinging, als dat niet op een minder ingrijpende wijze kan worden verholpen. Een andere nieuwe uitsluitingsgrond is het feit dat de ondernemer heeft getracht de besluitvorming van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden.

De nieuwe grond die op basis van de nieuwe richtlijn meer aandacht verdient is het bepaalde in artikel 57 lid 4 sub g, 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.

Deze grond dient uiterlijk op 17 april 2016 (of 18 april: de documenten van de Europese Commissie zijn niet sluitend hierover) in het nationale recht geïmplementeerd te zijn.

Het blijkt hier echter te gaan om aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen, gedragingen derhalve van hetzelfde kaliber als hetgeen het Hof heeft overwogen omtrent een *ernstige* fout.

### **Nieuwe richtlijn regelt lengte uitsluiting en mogelijkheid van herstel**

Verder is lid 7 van art. 57 van de richtlijn 2014/24/EU van belang waarin wordt gesteld dat de lidstaten met name de maximumduur van de uitsluiting bepalen als de ondernemer geen maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld in een onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenissen die in artikel 57 lid 4 (de facultatieve gronden) zijn opgenomen.

Bij deze bepalingen is voorts van belang dat lidstaten ingevolge de nieuwe richtlijn dienen 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 zijn betrouwbaarheid aantonen (lid 6).

In de hierboven genoemde grenzen aan uitsluiting en de mogelijkheden die een aannemer heeft om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, voorziet het KB Uitvoering nu (nog) niet, zodat de regeling op dit punt –indien ongewijzigd in stand gelaten- in strijd zal zijn met de nieuwe richtlijn. Dit zal daarom moeten worden aangepast.

#### **Toets van art. 48 KB Uitvoering aan de nieuwe richtlijn 2014/24/EU**

Ook in de toekomst als de nieuwe richtlijn geïmplementeerd zal zijn, heeft te gelden dat niet elk ‘in gebreke blijven’ van een opdrachtnemer als een uitsluitingsgrond in de nationale wetgeving mag worden opgenomen. Het moet daarbij in beginsel gaan om **kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst**.

Een grond die wel geoorloofd is, betreft uitsluiting op basis van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht die geleid heeft tot beëindiging van de opdracht, schadevergoeding of vergelijkbare sancties. Er zal wel in de jurisprudentie verduidelijkt dienen te worden in hoeverre vele maar niet ernstige tekortkomingen tot een uitsluiting in deze zin kunnen leiden.

Bovendien moet in acht worden genomen dat de duur van de uitsluiting, indien deze niet is vastgesteld in een onherroepelijk vonnis, **niet langer** mag zijn **dan drie jaar** vanaf de betreffende gebeurtenis uit de *facultatieve* grond.

### **1.4.3 Toetsing aan art. 52 richtlijn 2004/18/EG van de regels over het beheer van de officiële lijsten van erkende aannemers of hun certificering in verhouding tot art. 48 KB Uitvoering**

Artikel 52 richtlijn 2004/18/EG (zie ook: considerans overweging 45) bepaalt dat lidstaten officiële lijsten van erkende aannemers, leveranciers of dienstverleners kunnen vaststellen of

een systeem kunnen instellen van certificering door publiekrechtelijke of privaatrechtelijke certificeringsinstellingen.

De inschrijving op een officiële lijst of certificering op basis van artikel 52 van richtlijn 2004/18/EG “*schept een vermoeden van geschiktheid ten aanzien van de erkende of gecertificeerde ondernemingen, doch enkel met betrekking tot de voorwaarden waarop de inschrijving of certificering is gebaseerd. De aanbestedende diensten blijven bevoegd om ter zake van de financiële en economische draagkracht en technische kennis en bekwaamheid minimumvoorwaarden vast te stellen waaraan moet worden voldaan voor deelneming aan een bepaalde aanbesteding, en zo nodig om bewijs te verlangen dat verder gaat dan het door de inschrijving of certificering geschapen vermoeden.*”<sup>48</sup>

Het idee van dergelijke lijsten van erkende aannemers is dat enerzijds op snelle wijze door een aanbestedende overheid kan worden beoordeeld of sprake is van een ‘geschikte’ aannemer voor de uitvoering van de overheidsopdracht en anderzijds dat de aannemer dit op vrij eenvoudige wijze kan aantonen op het moment dat deze op een lijst staat.

De voorwaarden voor de inschrijving op die lijsten en de voorwaarden voor de afgifte van certificaten door de certificeringsinstellingen moeten door de lidstaten aangepast worden aan artikel 45, lid 1 en lid 2, onder a) tot en met d), en onder g), artikel 46, artikel 47, leden 1, 4 en 5, artikel 48, leden 1, 2, 5 en 6 of , artikel 49 en, in voorkomend geval, artikel 50 van richtlijn 2004/18/EG.

Dit betekent dat de erkenningslijsten, indien zij op een van die onderwerpen betrekking hebben, moeten voldoen aan de uitsluitingsgronden, de bevoegdheid van de beroepsuitoefening, economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, kwaliteitsnormen en normen inzake milieubeheer.

De inschrijving op een lijst mag daarnaast op basis van lid 5 van de richtlijn niet aan ondernemers uit andere lidstaten als voorwaarde van deelneming aan een overheidsopdracht worden opgelegd.

Het Belgische erkenningsstelsel is neergelegd in de Wet van 20 maart 1991 houdende regeling van aannemers van werken (hierna: wet 20 maart 1991), waarnaar art. 48 KB Uitvoering verwijst.

Iedereen die een overheidsopdracht voor aanneming van werken wil uitvoeren, heeft in beginsel een erkenning nodig, als de omvang van het werk een in een KB vastgesteld drempelbedrag overschrijdt (art. 3 Wet 20 maart 1991). Op grond van artikel 3 is echter wel de mogelijkheid neergelegd te bewijzen dat voldaan is aan de voorwaarden gesteld aan de erkenning, zodat toch aan de aanbestedingsprocedure kan worden deelgenomen.

---

<sup>48</sup> Zie conclusie AG Jääskinen van 28 februari 2013, in Zaak C-94/12 (*Swm Costruzioni 2 SpA Mannocchi Luigino DI t. Provincia di Fermo*) § 27. Zie ook: HvJ 9 juli 1987, C27/86–29/86, Jur.1987, p.3347, (*CEI e.a*) § 25-27.

Het systeem gaat uit van verschillende categorieën (die het soort werkzaamheden bepalen) en klassen (die de waarde van de opdracht weergeven). Bij een aanbesteding wordt de categorie en klasse waarin de opdracht valt, vermeld.

Heeft een opdrachtnemer voor de betreffende categorie en klasse een erkenning, dan is zijn technische- en beroepsbekwaamheid en de economische en financiële draagkracht aangetoond. De lijst van erkende aannemers is door iedereen in te zien in een databank van erkende aannemers en de erkenning is in principe vijf jaar geldig.

De Belgische lijst van erkenning van aannemers heeft per klasse en categorie betrekking op de technische- en beroepsbekwaamheid en de economische en financiële draagkracht van een aannemer.

*1.4.3.1 Art. 48 KB Uitvoering in combinatie met art. 19 wet 20 maart 1991 in verhouding tot art. 52 richtlijn 2004/18/EG*

Klasseverlaging, schorsing of intrekking van erkenning, alsmede een uitsluiting kan op basis van art. 48 KB Uitvoering (tweede alinea) worden toegepast op een in gebreke gebleven aannemer van werken op basis van de wettelijke voorwaarden van de wet van 20 maart 1991.

Tot klasseverlaging en schorsing en bij een aantal van de hieronder weergegeven feiten ook de intrekking van de erkenning, kan worden overgegaan, als de opdrachtgevers van werken bij de Commissie van erkenning een klacht hebben ingediend over een erkend aannemer, waarbij deze een van de volgende feiten ten laste wordt gelegd (1):

- (a) niet-naleving van de voorwaarden der gesloten overeenkomsten;
- (b) grove fout in de uitvoering van de werken;
- (c) afgifte van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen bij beoordeling van de gunning;
- (d) niet-naleving van het verbod op handelingen, overeenkomsten of afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen;
- (e) belangenvermenging aanbestedende overheid en inschrijver.

En indien blijkt dat de aannemer (2):

- (a) veroordeeld is voor deelname aan een criminele organisatie, omkoping, fraude, terroristisch misdrijf, witwassen van geld of andere beroepsmoraal of niet voldaan heeft aan sociale en fiscale verplichtingen.
- (b) valse verklaringen heeft afgelegd ter gelegenheid van het indienen van een aanvraag tot erkenning;
- (c) de in artikel 17 voorgeschreven meldingsplicht niet heeft nageleefd (de verklaringen, akten en uittreksels die ter uitvoering van artikel 12 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen moeten worden neergelegd of bekendgemaakt).

Niet elke in gebreke stelling, zoals de tekst van artikel 48 KB uitvoering zou doen kunnen suggereren, kan daarmee aanleiding vormen voor de klasseverlaging, schorsing of intrekking van de erkenning en de uitsluiting **op basis van artikel 19 wet 20 maart 1991**.

Extra waarborgen in die wet (art. 19 § 4) zijn verder dat de aannemer kennis heeft kunnen nemen van de hem ten laste gelegde feiten en in de mogelijkheid is gesteld om in zijn verweermiddelen gehoord te worden.

### ***Intrekking van de erkenning/uitsluiting (§ 3)***

Intrekking van de erkenning zal voor een aannemer 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. Indien een aannemer geen erkenning heeft, kan hij voor een afzonderlijke overheidsopdracht wel toegelaten worden, als deze bij inschrijving kan bewijzen dat zijn bedrijf aan de voorwaarden voor erkenning voldoet. Bij een intrekking van de erkenning, zal dit laatste zeer moeilijk worden.

Uitsluiten en daarmee ook de intrekking van een erkenning, is op basis van richtlijn 2004/18/EG alleen geoorloofd als dat onder de uitsluitingsgronden kan worden gebracht.

Belangrijk is dat de Gewestregering na advies van de Commissie voor erkenning alleen tot intrekking en uitsluiting kan overgaan in de gevallen van artikel 19 (1) b, d en e, en (2) a en b.

De toepasselijke gronden voor intrekking en uitsluiting onder artikel 19 wet 20 maart 1991 zijn daarmee zwaarder dan het enkele ‘in gebreke blijven’ van een aannemer hetwelk art. 48 KB doet suggereren. Intrekking en uitsluiting **op basis van de wet 20 maart 1991** is namelijk alleen op specifieke gronden mogelijk.

Op basis van artikel 45 van de richtlijn 2004/18/EG (de uitsluitingsgronden) kunnen de gronden (1) b, d en (2) a en b een rechtsgeldige grond voor intrekking van de erkenning of uitsluiting vormen. Zo kan bijvoorbeeld sub b ‘een grove fout in de uitvoering van werken’ wel onder de hierboven behandelde uitsluitingsgrond ‘ernstige beroepsfout’ vallen.

**Let wel op!** Alleen de grond 1(e), belangenvermenging aanbestedende overheid en inschrijver, valt in beginsel niet onder uitsluitingsgronden van richtlijn 2004/18/EG.

### **Geen automatische uitsluiting!**

Op grond van het arrest *Fabricom*<sup>49</sup> uit 2005, waar een dergelijke kwestie aan de orde was, lijkt een dergelijke uitsluiting wel in bepaalde gevallen mogelijk maar dit kan nooit automatisch plaatsvinden zonder toetsing in concreto en zonder dat de betrokken aannemer de kans heeft gehad de kwestie te verduidelijken.

Het Hof bepaalde namelijk dat indien door de belangenvermenging inschrijvers geen gelijke kansen meer hebben op een opdracht, doordat de inschrijver de voorwaarden van de

<sup>49</sup> HvJ 3 maart 2005 zaken C-21/03 en C-34/03, (*Fabricom*), r.o. 27-30.



betrokken overheidsopdracht in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden, sprake is van een situatie die de mededinging tussen inschrijvers kan vervalsen en daarmee voor uitsluiting in aanmerking komt.

Daarbij moet de inschrijver wel **nadrukkelijk de gelegenheid** worden geboden **aan te tonen** dat een dergelijke vervalsing niet optreedt.

In de nieuwe richtlijn is bovendien de grond (1) e wel opgenomen in de facultatieve lijst onder artikel 57 lid 4 sub e.

Wat artikel 48 KB betreft is het *in gebreke blijven* dat wordt gesanctioneerd met uitsluiting en intrekking van erkenning **op basis van artikel 19 wet 20 maart 1991** dus niet in strijd met de richtlijn 2004/18/EG. De gronden in die wet zijn namelijk zwaarder dan het enkele in gebreke blijven en kunnen onder de Europese uitsluitingsgronden worden gebracht.

### **Termijn voor uitsluiting / verwijdering: hoe lang en mogelijkheid tot herstel**

Wat betreft de maximumduur van uitsluiting is in de richtlijn 2004/18/EG niets geregeld. Dit dient echter wel op basis van de proportionaliteit uit het Europees en nationaal recht te worden beoordeeld. Andere nationale rechtsstatelijke beginselen kunnen voor dit punt ook relevant zijn.

Dit verandert overigens wel met de implementatie van de nieuwe richtlijn 2014/24/EU. Hierin is met betrekking tot de verplichte uitsluitingsgronden bepaald dat de uitsluiting maximaal vijf jaar mag gelden en voor de facultatieve gronden maximaal drie jaar.

Zo lang het gaat om verplichte uitsluitingsgronden is hiermee de wet van 20 maart 1991 niet in strijd nu in art.18 is bepaald dat na vijf jaar herziening van de erkenning plaatsvindt. Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden zal de termijn tot drie jaar teruggebracht dienen te worden.

### ***Schorsing van de erkenning (§ 1 en 2)***

Wanneer de aannemer, na daartoe te zijn aangemaand, binnen een termijn van zestig dagen, geen of onvolledig gevolg heeft gegeven aan het verzoek van de Commissie tot overlegging in het raam van de artikelen 18 en 19 van alle nuttig geachte inlichtingen en bescheiden, wordt zijn erkenning (door de Gewestregering) geschorst.

Schorsing heeft ten doel dat kan worden vastgesteld of een aannemer aan de eisen van de erkenning voldoet. In het kader daarvan moet de aannemer inlichtingen geven die daartoe nodig zijn.

### ***Klasseverlaging (§ 1)***

Het verkrijgen van een overheidsopdracht hangt in beginsel af van de erkenning die een aannemer van een klasse heeft. Degradatie van een erkenning leidt tot een kleinere kans op een overheidsopdracht, namelijk voor die specifieke klasse (de omvang van een bepaalde opdracht).

In richtlijn 2004/18/EG is onder art. 48 een regeling getroffen omtrent het labelen van de technische-/en beroepsbekwaamheid van een opdrachtnemer. Onder lid 2 a (i) wordt de mogelijkheid gecreëerd om de technische bekwaamheid van de ondernemer, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken aan te tonen aan de hand van een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht, inclusief lijst van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken *naar behoren zijn uitgevoerd*. Ook moet dan worden vermeld of de werken volgens *de regels der kunst* zijn uitgevoerd en tot een goed einde zijn gebracht.

In de wet 20 maart 1991 is het ruime begrip van artikel 48 het ‘in gebreke blijven’ ingekaderd. De sanctie van klasseverlaging kan namelijk overeenkomstig artikel 19 wet 20 maart 1991 alleen toegepast worden op basis van de genoemde gronden. In het licht van art. 48 KB Uitvoering kunnen de gronden ‘niet-naleving van de voorwaarden der gesloten overeenkomsten’ en ‘een grove fout in de uitvoering van de werken’ overeenkomen met het ‘in gebreke blijven’. Het gaat dus om deze gronden bij toepassing van de klasseverlaging als sanctie van ingebrekestelling.

De richtlijn biedt voor een dergelijk systeem ruimte. Indien de sanctie uit artikel 48 KB Uitvoering overeenkomstig artikel 48 richtlijn 2004/18/EG betrekking heeft op de technische bekwaamheid, namelijk het niet naar behoren uitvoeren van de belangrijkste werken, of het niet volgens de regels der kunst uitvoeren of niet tot een goed einde brengen van de opdracht, mag dit op grond van de richtlijn consequenties hebben voor de erkenning van een aannemer. Het systeem is daarmee dus niet in strijd. Ook wat betreft de terugkijktermijn is in de wet 20 maart 1991 de termijn van vijf jaar uit de richtlijn in acht genomen, wat betreft de herziening van de erkenning.

Tenslotte zal het hanteren van dergelijk erkenningssystemen in beginsel wel altijd moeten voldoen aan de randvoorwaarden van objectieve vaststelling, proportionaliteit, non-discriminatie en worden omgeven door waarborgen van rechtsbescherming.<sup>50</sup>

Overigens bepaalt ook de nieuwe richtlijn 2014/24/EU in artikel 64 lid 1 en 4 dat lidstaten officiële lijsten van erkende aannemers kunnen vaststellen, op basis waarvan een vermoeden wordt gevormd van geschiktheid met betrekking tot de eisen voor kwalitatieve selectie zoals vervat in de officiële lijst. De regels zijn vergelijkbaar met die van richtlijn 2004/18/EG.

## **1.5 De inroepbaarheid van de mededingingsrechtelijke bepalingen uit het Verdrag en Verordening 01/2013 in het kader van art. 49 KB Uitvoering**

---

<sup>50</sup> Als in de Nederlandse Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012, art. 2.93.

### 1.5.1 Algemeen

Het Europees mededingingsrecht dient in de lidstaten verplicht te worden toegepast en in overeenstemming met de Europese interpretatie van dat recht te zijn. De vaststelling van inbreuken op het mededingingsrecht, die geschiedt op basis van de artikelen 101 en 102 VWEU, en de maatregelen die daartegen kunnen worden genomen, kunnen worden getoetst aan het Europese recht.

De regels met betrekking tot de uitvoering van de mededingingsregels zijn neergelegd in verordening 1/2003<sup>51</sup>. Op basis van art. 35 van deze verordening moeten de nationale mededingingsautoriteiten worden aangewezen. Deze autoriteiten zijn dan bevoegd en verplicht de mededingingsbepalingen uit het VWEU toe te passen, zodat op afdoende wijze voldaan wordt aan de bepalingen van de verordening. Op grond van art. 5 van de verordening hebben **mededingingsautoriteiten** de bevoegdheid om in individuele gevallen ter toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU de volgende besluiten te nemen:

- de beëindiging van een inbreuk bevelen;
- voorlopige maatregelen opleggen
- toezeggingen aanvaarden;
- geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties opleggen.

Het is aan de lidstaten zelf te bepalen hoeveel mededingingsautoriteiten zij aanwijzen.

### 1.5.2 De sanctionering van een mededingingsvertekening door de aanbestedende overheid

In België is **alleen** de Belgische mededingingsautoriteit aangewezen (art. IV. 16 § 1 wet houdende invoeging van boek IV bescherming van de mededinging)<sup>52</sup> om dergelijke besluiten te nemen bij verboden mededingingsafspraken.

Op grond van artikel 10 van de Belgische wet defensie en veiligheid<sup>53</sup> is “elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, verboden.”

In deze wet is daarnaast neergelegd dat de **aanbestedende overheid** maatregelen treft indien dat plaatsvindt of plaats heeft gevonden.

In artikel 49 KB Uitvoering wordt naar deze bepaling verwezen en de opdracht aan de aanbestedende overheid gegeven om maatregelen te treffen, indien sprake is van deze mededingingsvervalsing.

<sup>51</sup> 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 (*PbEUL1/1*).

<sup>52</sup> Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV " Bescherming van de mededinging " en van boek V " De mededinging en de prijsevoluties " in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, Belgisch Staatsblad 26 april 2013.

<sup>53</sup> Wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, Belgisch Staatsblad 6 februari 2012.

Art. 49 KB Uitvoering luidt:

Art. 49. § 1. De aanbestedende overheid treft één of meer van de volgende maatregelen, indien ze op eender welk ogenblik vaststelt dat de opdrachtnemer de bepalingen van artikel 9 van de wet of van artikel 10 van de wet defensie en veiligheid, al naargelang, niet heeft geëerbiedigd :

1° de toepassing van een *straf* welke het drievoud is van het bedrag dat bij het opdrachtbedrag wordt gevoegd om aan derden een bepaalde winst of voordeel toe te kennen;

2° de toepassing van een ambtshalve maatregel;

3° de uitsluiting van de opdrachten als bedoeld in artikel 48;

4° indien het een aannemer van werken betreft, een voorstel tot sanctie bij toepassing van artikel 19 van de wet van 21 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

§ 2. De toepassing van de bij § 1, 1°, bedoelde *straf* sluit elke bijkomende schadevergoeding uit.

Het gaat hier om de toepasselijke maatregelen bij het ontdekken van afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen, aldus het Verslag aan de Koning.

**TOETS:**

Ervan uitgaande dat het treffen van de maatregelen uit art. 49 KB Uitvoering gelijkstaat met het handhaven van inbreuken op de mededingingsregels door de mededingingsautoriteiten als bedoeld in Vo. 1/2003, dan kan de aanbestedende dienst slechts indien het de hoedanigheid van een mededingingsautoriteit heeft, zulke maatregelen nemen; dit is mogelijk ook in geval in de Belgische wet bevoegdheid aan andere autoriteiten is gegeven om dergelijke (nadere) sancties op te leggen.

Voor zover kan worden vastgesteld, heeft de aanbestedende overheid geen mededingingsrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Dan zou art. 49 KB Uitvoering door te bepalen dat aanbestedende overheden de sanctionering van dergelijke inbreuken op EU-bepalingen op zich nemen, niet in overeenstemming zijn met het Europese mededingingsrecht.

**MAAR LET OP!**

Dit kan anders komen te liggen indien de sanctie zich op de uitvoering van de opdrachtvoorwaarden richt die door deze mededingingsvervalsing niet meer mogelijk is.

In een dergelijk geval treedt de aanbestedende overheid niet als een mededingingsrechtelijke handhavende autoriteit. Dan moeten de sancties verder worden beoordeeld overeenkomstig de eerder in dit onderzoek besproken analyses.

**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). De aanbestedende dienst beschikt 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.

De boetes die de mededingingsautoriteit oplegt, zijn bovendien aan te merken als strafrechtelijk en vallen daarmee onder de ‘*criminal charge*’ voorwaarde van art. 6 EVRM. Daarmee gelden ook stevige waarborgen uit het EVRM bij de toepassing van dergelijke sancties, bijvoorbeeld met betrekking tot hoor- en wederhoor en de rechtsbescherming. Indien kan worden vastgesteld dat de maatregelen die door de aanbestedende dienst kunnen worden getroffen kunnen beschouwd worden als sancties in de zin van art. 6 EVRM, moet rekening worden gehouden met de beginselen die daar voor de overheid uit volgen. Meer hierover bij de bespreking van art. 6 EVRM hierna.

## **1.6 De EVRM-waarborgen met het oog op een eerlijk en effectief proces bij de rechter en in de bestuurlijke voorfase**

### **1.6.1 Inleiding**

Op grond van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) kunnen de burgers uit EU-landen ook de eerbiediging van de daarin opgenomen mensen- en burgerrechten rechten afdwingen of een mogelijke beperking van een van de fundamentele rechten laten toetsen door het Europees Hof voor de Rechten van de mens (hierna: EHRM). Vereiste voor een beroep bij het EHRM is wel dat alle nationale rechtsmiddelen zijn benut. De burgers uit de aangesloten landen kunnen echter ook bij hun nationale rechter een beroep doen op dit verdrag omdat de nationale rechter zich dient te conformeren aan het EVRM en dit verdrag dan zal moeten toepassen.

**Opmerking:** De EU is geen partij bij het EVRM en gezien de recente ontwikkelingen komt daar voorlopig nog geen verandering in.<sup>54</sup>

Zowel natuurlijke als rechtspersonen kunnen zich op de waarborgen van artikel 6 EVRM beroepen. Indien een organisatie zich op het EVRM wil beroepen, moet wel voldaan zijn aan het slachtoffervereiste van art. 34 EVRM. Dit kan echter al indien sprake is van het behartigen

<sup>54</sup> Zie het advies 2/13 van het Hof van Justitie van de EU van 18 december 2014 over de toetreding van de EU tot het EVRM.

van economische belangen van haar leden. 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.

### 1.6.2 Het recht op een eerlijk proces

Op grond van lid 1 van art. 6 EVRM heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, bij het vaststellen van zijn burgerlijk rechten binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.

Uit dit artikel volgt dat de toegang tot de rechter moet worden gewaarborgd en dat dit recht effectief moet zijn.<sup>55</sup> Op de overheid rust op grond daarvan de verplichting om het rechtssysteem te voorzien van alle nodige instrumenten, zodat in beginsel alle garanties van art. 6 EVRM gewaarborgd zijn.

Bovendien omvat artikel 6 ook de omvang van de rechterlijke toetsing, ook wel 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 daarbij slechts onder bepaalde omstandigheden mogelijk.<sup>56</sup> Indien het nationaal bestuursrecht een dergelijke beperking op de rechterlijke controle neerlegt, moet daarvoor een overtuigende rechtvaardigingsgrond bestaan en moet de bestuurlijke feitenvaststelling in een met voldoende waarborgen omgeven administratieve voorprocedure zijn plaatsgevonden. Een beperking van de rechterlijke controle mag echter nooit zover gaan dat de rechter zijn oordeel slechts vormt op basis van wat het bestuur heeft geoordeeld. Dan is er namelijk feitelijk sprake van een inbreuk op de toegang tot de rechter.

Ook vloeit uit het ‘*fair trial*’ vereiste van lid 1 het beginsel van ‘*equality of arms*’ voort.

Een betrokken burger moet in een (bestuurs)rechtelijke procedure met gelijke wapens als de overheid kunnen procederen. In de rechtspraak gaat het daarbij vooral om het inzien van een dossier of een bepaald rapport waarop de rechterlijke beslissing wordt gebaseerd, maar waarvan de klagers niet op de hoogte zijn.<sup>57</sup> Uit die rechtspraak volgt dat 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.

#### **TOETS:**

Art. 6 lid 1 EVRM vereist dat de rechter op basis van de standpunten van beide partijen een oordeel vormt over de juistheid van (het tot stand komen) van een bestuurlijk feitenoordeel.

<sup>55</sup> EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462, m.nt. Alkema (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376, m.nt. Alkema (*Airey t. Ierland*).

<sup>56</sup> Dit was bijvoorbeeld mogelijk in: EHRM 22 november 1995, Series A, vol. 335A (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>57</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 19 juli 1995, Series A vol. 322 (*Kerojarvi t. Finland*) en EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278, m.nt. Sneijders (*Mantovanelli t. Frankrijk*).



Het recht op een eerlijk proces kan in onderhavige kwestie aan de orde komen met het oog op een eerlijke en onpartijdige beoordeling door *de rechter* van de gronden waarop de overheid een aannemer in gebreke stelt, in het kader van een overheidsopdracht.

In het geval sprake is van een ingebrekestelling en sancties door een aanbestedende overheid, dient de rechter de oorzaak van de sanctionering te kunnen onderzoeken.

Indien daarbij bijvoorbeeld sprake is van een fout van een architect, moet worden onderzocht in hoeverre gerechtvaardigd is dat de aannemer van werken voor de (gehele) schade opdraait.

Daarnaast heeft de aannemer in beginsel het recht alle stukken in te zien, waarop de rechter zijn oordeel vormt in het kader van het vereiste van *'equality of arms'*.

Ook stelt art. 6 lid 1 EVRM 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.

Met name deze laatste waarborgen kunnen een aanknopingspunt vormen om in de praktijk een eerlijke gang van zaken af te dwingen met betrekking tot het besluit tot ingebrekestelling en de sancties daarop. In de gewraakte bepalingen is wel voorzien in waarborgen, maar op basis daarvan moet ook een gedegen onderzoek plaatsvinden. Naarmate de rechter vervolgens terughoudender zal toetsen, des te striktere eisen moeten op basis van de genoemde waarborgen worden nageleefd.

Hieruit kan worden afgeleid dat op grond van het EVRM in beginsel zowel bij de rechter als in de bestuurlijke voorfase *een redelijke belangenafweging* dient plaats te vinden.<sup>58</sup>

### 1.6.3 Onderscheid strafrechtelijke- en administratieve sancties

Daarnaast komt in het kader van art. 6 EVRM het belang van het onderscheid tussen strafrechtelijke- en administratieve sancties aan de orde, gezien de *'criminal charge'* voorwaarde van art. 6 lid 2 en 3 EVRM. Om aan dit vereiste te voldoen dient volgens het Hof te worden vastgesteld of het nationale rechtssysteem een handeling als een strafrechtelijk vergrijp definieert, maar zwaarder weegt het tweede criterium namelijk: de aard van de overtreding in samenhang met de aard van de bijbehorende sanctie.

Het EHRM heeft namelijk geoordeeld dat 'gelet op de algemene aard van de overtreding en vooral de aard en zwaarte van de sanctie (leedtoevoeging dan wel afschrikwekkendheid ervan) sprake kan zijn van een *'criminal charge'*.<sup>59</sup> De oplegging van een bestuurlijke boete valt in beginsel onder het begrip strafvervolgning in de zin van het EVRM. In het eerder

<sup>58</sup> Als in: EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002, 88, m.nt. Widdershoven (*Janosevic t. Zweden*).

<sup>59</sup> EHRM 21 februari 1984 *NJ* 1988, 937 m.nt. E.A. Alkema, ECLI:NL:XX:1984:AC9954 (*Öztürk t. Duitsland*), zie met name paragraaf 52 en zie verder ook: EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223, ECLI:NL:XX:1976:AC0386 (*Engel*).

besproken arrest *Spector Photo Group*, heeft het Hof de redenering van het EHRM gevolgd, en de bestuurlijke boete als een strafrechtelijk sanctie aangemerkt.<sup>60</sup>

Van belang is echter dat bestuursrechtelijke sancties die zuiver *reparatoir* van karakter zijn en niet gericht zijn op afschrikking en leedtoevoeging niet onder de bescherming van art. 6 lid 2 en 3 EVRM vallen.<sup>61</sup> Dit wijst er namelijk op dat het niet gaat om een strafvervolging. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld de bestuursdwang, de last onder dwangsom en ook wel de intrekking van een vergunning.

Voor de sancties die wel voldoen aan de ‘*criminal charge*’ voorwaarde gelden dus alle waarborgen van art. 6 EVRM: het schuldbeginsel, de onschuldpresumptie, het zwijgrecht, het verzwaarde legaliteitsbeginsel en de bijzondere verdedigingsrechten van artikel 6 lid 3 EVRM.

**TOETS:**

Met betrekking tot de geldelijke sancties uit het KB Uitvoering, geldt dat deze in de meeste - zo niet alle gevallen - zijn terug te leiden naar een schadepost door het gestelde in gebreke blijven. Dit wijst op een sanctie met een zuiver *reparatoir* karakter.

Indien wel sprake zou zijn van een ‘*criminal charge*’ en de geldelijke sanctie wordt wel punitief geacht, dan moet alsnog worden geconcludeerd dat in de gewraakte bepalingen wel voldaan is aan de zwaardere waarborgen die op grond van art. 6 EVRM gelden. Er is telkens een recht van verdediging neergelegd bij de oplegging van een geldsanctie.

**Opmerking:** Het bestuur is wel *bevoegd* sancties op te leggen die onder het ‘*criminal charge*’ begrip vallen.

*Onschuldpresumptie*

Als reeds eerder besproken en in samenhang met wat is bepaald in art. 85 KB Uitvoering, valt ook de onschuldpresumptie onder art. 6 lid 3 EVRM.

Het Straatburgse Hof stelt dat dit recht niet zover gaat dat de tenuitvoerlegging van besluiten alleen mag plaatsvinden nadat de rechter onherroepelijk over de schuld van de overtreder heeft beslist. Als de onschuldpresumptie van toepassing is op een van de gewraakte bepalingen, dan mag aan de sanctie wel uitvoering worden gegeven voordat een rechter daarover een oordeel heeft uitgesproken. Hoewel aan de bewijsvoering voor punitieve sancties hogere eisen worden gesteld, mogen lidstaten tevens wettelijke of feitelijke rechtsvermoedens opnemen.

Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat het hanteren van dergelijke rechtsvermoedens niet in strijd is met de onschuldpresumptie, mits de rechten van verdediging in acht worden genomen.<sup>62</sup> Een betrokkene dient in dat geval de mogelijkheid te hebben tegenbewijs te kunnen leveren.

<sup>60</sup> Zaak C-45/08, *Spector Photo Group*, *Jur.* 2009, p.I-12073.

<sup>61</sup> EHRM 21 februari 1984 *NJ* 1988, 937 m.nt. E.A. Alkema, ECLI:NL:XX:1984:AC9954 (*Öztürk t. Duitsland*).

<sup>62</sup> EHRM 7 oktober 1988, *NJ* 1991/351 (*Salabiaku t. Frankrijk*) en EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002/88 (*Janosevic t. Zweden*).

**TOETS:**

Art.85 KB Uitvoering bevat een bepaling omtrent een vermoeden van bedrog of slecht werk. Op basis van dat vermoeden kan de aannemer worden verplicht tot sloping over te gaan van het uitgevoerde werk. Deze sanctie kan niet worden gezien als strafrechtelijk, indien het betrekking heeft op herstel van het vermoedde slechte werk. Dan geldt de onschuldpresumptie niet.

In geval sprake is van een strafrechtelijke sanctie, wellicht op basis van een vermoeden van bedrog, dan nog kan een dergelijk vermoeden *wel* opgenomen worden. In dat geval moet dit wel met extra waarborgen worden omgeven.

Wat echter een strijd met art. 6 EVRM oplevert (zowel voor de ‘*criminal charge*’ als de ‘gewone’ sancties) is 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.

**1.6.4 Overige EVRM waarborgen**

Bovendien is in art. 13 EVRM vastgelegd dat een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn opgenomen, zijn geschonden, recht heeft op een ‘daadwerkelijk rechtsmiddel’ voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van een ambtelijke functie.<sup>63</sup> Op grond van dit artikel moet er dus een effectieve rechtsbescherming gewaarborgd worden, indien bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM wordt geschonden.

Als laatste waarborg kan met het oog op de Belgische praktijk nog gedacht worden aan 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.

**Opmerking:** Indien als sanctie tot in bezit neming van eigendommen van een aannemer wordt overgegaan, geldt dus ook de bescherming van het EVRM. Dit recht op bescherming van eigendom kan echter wel worden beperkt in het kader van het algemeen belang op basis van art. 1 Eerste protocol EVRM.

<sup>63</sup> Zie bijvoorbeeld in: EHRM 13 december 2012, nr. 22689/07 (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*), par. 78.

## II. Welke ruimte laat het Unierecht voor het voeren van een nationaal recht / beleid ter zake? Kan de Belgische overheid zulke regelgeving opstellen? Kan dit bij KB?

### 2.1 Inleiding

Het recht van de lidstaten wordt in steeds grotere mate gekenmerkt door *Europeanisering*. Deze invloed is vooral geënt op de met de ratificatie van het Europees Verdrag gecreëerde zelfstandige rechtsorde. Het Europese rechtssysteem is op basis daarvan bindend voor de lidstaten en hun inwoners. Het daaruit voortvloeiende recht heeft daarbij een nieuwe dimensie gegeven aan de afzonderlijke nationale rechtssystemen en is bovendien een integraal deel geworden van deze rechtsordes, waarbij het Europese recht als hoofdbron van nationale wetgeving geldt.

Een van de kernelementen van deze geïntegreerde Europese rechtsorde is dat deze alle uithoeken van het nationale systeem kan raken, ook de gebieden waar de Unie geen exclusieve of gedeelde bevoegdheid tot handelen heeft.

#### *Institutionele autonomie van de lidstaten*

Toch gelden aan het bereik van het Unierecht wel bepaalde grenzen. Zo genieten lidstaten een zekere mate van ‘institutionele autonomie’. De Unie is zich wel bewust van het risico dat aan deze vrijheid verbonden is: lidstaten verankeren onvoldoende waarborgen in hun nationale (bestuurs)recht, bijvoorbeeld ten aanzien van de nakoming van hun Europeesrechtelijke verplichtingen.

Daarom wordt deze vrijheid begrensd door te verlangen dat elk overheidsoptreden dat eenzijdig verplichtingen aan burgers oplegt, op een wettelijke grondslag moet berusten.

De gewraakte bepalingen uit het KB Uitvoering lijken in overeenstemming te zijn met deze eis. Het delegeren van wetgevende taken van de formele wetgever aan de Koning – via het vaststellen van dit KB Uitvoering- lijkt geen afbreuk te doen aan de waarborgen die in het proces van formele wetgeving zijn neergelegd. Immers de formele wetgever heeft deze bevoegdheid expliciet toegekend in art. 39 wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006. Dit is toegestaan, mede gezien de artikelen 105 en 108 Belgische Grondwet en vanuit het oogpunt dat delegatie van verdeling van de wetgevende taken noodzakelijk is.

**OPMERKING:** Vraag is wel in hoeverre een dergelijke delegatie in andere zin in spanning komt met de regels van **good governance**. Immers, in het KB Uitvoering is het dezelfde overheid die tegelijk over de toepassing van de uitvoeringsbepalingen en de daarin voorziene sancties beslist.

Deze vraag beantwoorden is een kwestie van nationaal recht. Wel bevelen uitgangspunten van *good governance* zoals die in alle rechtssystemen van de lidstaten van de Unie van belang worden bevonden om besturende en beoordelende taken van de overheid van elkaar te

scheiden. De waarborg van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou anders in het gedrang kunnen komen.

## 2.2 De wijze waarop de ruimte voor nationaal recht en beleid dient te worden bepaald

Specifiek gaat het hier om de vraag of een lidstaat regels mag invoeren die bepalen dat de aanbestedende overheid eenzijdig sancties op de aannemer kan opleggen wanneer bepaalde omstandigheden zich voordoen tijdens de uitvoering van een opdracht voor werken.

Allereerst is het dan wederom de vraag of en zo ja, in hoeverre de Europese wetgever deze materie op Europees niveau reeds heeft gereguleerd en of deze regelgeving exhaustief is.

Overheidsopdrachten voor werken kunnen onder de vrijheden en het recht van vestiging vallen. Ook de richtlijn diensten 2006/123/EG speelt hierbij een cruciale rol. Deze richtlijn die zich op het weghalen van belemmeringen aan het vrij verkeer van diensten richt, is voor de bouwsector relevant, maar – zoals al eerder aangehaald - behelst dit soort situaties niet.<sup>64</sup>

Wel heeft de Europese wetgever in het kader van overheidsopdrachten voor werken al sinds de jaren zeventig diverse harmonisatierichtlijnen vastgesteld, waaronder richtlijn 2004/18/EG. Vraag is wel in hoeverre de in casu onderzochte regels uit het KB Uitvoering in verband kunnen worden gebracht met de Europese regels uit deze richtlijn overheidsopdrachten. Hier is van belang het doel van beide regulering, de nationale en de Europese, vast te stellen. Als hun doelstellingen van elkaar verschillen dan is er in beginsel ruimte voor de nationale overheid om eigen nationaal beleid en andere regelgeving vast te stellen.

Zo overwoog het Hof van Justitie al in 1988 in het kader van het *Beentjes* arrest als volgt:

‘(...) Er zij nog aan herinnerd, dat de Richtlijn Werken *geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling* behelst, doch dat de Lidstaten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedurele regels *inzake aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen*, mits zij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrije verrichten van diensten. (cursivering EM).’<sup>65</sup>

Uit deze overweging uit het *Beentjes*-arrest volgen twee belangrijke conclusies.

1) Ten eerste dat er voor lidstaten nog ruimte is om ‘*binnen* het kader van de interne markt regels’ eigen beleid te voeren mits dat niet in strijd komt met de richtlijnen en met overig primair Europees unierecht;

<sup>64</sup> Zie de eerder aangehaalde overweging 90 van de considerans van richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* L 376 /6).

<sup>65</sup> HvJEG 20 december 1988, Gebroeders Beentjes NV tegen Nederland, 31/87, Jur. 1988, p. 4635, ro. 20 (cursivering EM). Letterlijk herhaald in HvJEG 26 september 2000, Commissie tegen Franse Republiek, C-225/98, Jur. 2000, p. I-7445, ro. 50.

2) ten tweede - *a fortiori* - dat lidstaten niet alleen de ruimte hebben om eigen beleid te voeren *binnen* het kader van de gemeenschappelijke regels, maar zeker ook *daarbuiten*.

Het is dus van groot belang om nauwkeurig te bepalen wat een richtlijn heeft willen harmoniseren. Door te bepalen wat *binnen* de werkingssfeer van de richtlijn overheidsopdrachten valt, kan namelijk duidelijker worden wat *buiten* die werkingssfeer valt. Die vaststelling is doorslaggevend, want die brengt mee dat lidstaten op buiten dit doel gelegen beleidsterreinen (in beginsel) ruimte behouden om ander beleid te voeren.

De richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG streeft een economisch doel na: de voltooiing van de interne markt. Dit leiden we af uit de rechtsgrondslag die door de Europese wetgever is gekozen om de betreffende maatregel tot stand te brengen. Deze richtlijn is namelijk tot stand gebracht op grond van het oude art. 100A EG-Verdrag<sup>66</sup> dat in lid 1 bepaalt: ‘(...) De Raad stelt (...) maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen’.

Het Hof van Justitie heeft dit doel regelmatig in zijn jurisprudentie aangehaald: ‘de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn op communautair vlak gecoördineerd om *belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en goederen op te heffen* en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten *wensen aan te bieden*’ (cursivering EM).<sup>67</sup>

De richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG bevat regels die zich tot doel stellen een aanbestedingsprocedure tot en met de gunning te laten plaatsvindt met inachtneming van de bepalingen inzake het vrij verkeer (i) de algemene beginselen van non- discriminatie naar nationaliteit, transparantie, gelijke behandeling en proportionaliteit (ii) en op basis van het uitgangspunt van objectiviteit (iii).

Deze richtlijn die voor opdrachten zoals in casu relevant is, bevat geen bepalingen over de fase na de gunning en die de uitvoering van een opdracht voor de uitvoering van werken betreffen. En dit laatste is juist het doel dat het KB Uitvoering nastreeft.

Al op deze gronden kan men concluderen dat maatregelen van de lidstaten die - zoals het geval is bij het KB Uitvoering - gericht zijn op een *goede uitvoering* van een overheidsopdracht voor werken, buiten het doel van deze richtlijn vallen, omdat deze laatste uitsluitend op de voltooiing van de interne markt is gericht via bevordering van de interstatelijke concurrentie door het bieden van gelijke kansen aan opdrachtnemers waar dan ook in de Unie gevestigd, bij de *de gunning van een opdracht*.

---

<sup>66</sup> Deze bepaling komt grotendeels overeen met het huidige art. 114 VWEU.

<sup>67</sup> Zie met name de volgende arresten van het HvJEG van (resp.) 27 februari 2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00, n.n.g., ro. 41; 12 december 2002, Universale Bau e.a., C-470/99, n.n.g., ro. 51; 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jur. 2002, p. I-5535, ro. 43; 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, C-237/99, Jur. 2001, p. I-939, ro.41; 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jur. 2000, I-8035, ro 16.



Er lijkt kortom ruimte te zijn voor de nationale overheid om regels - zoals de onderzochte bepalingen uit het KB Uitvoering - vast te stellen.

Voor de artt. 48 en 49 KB Uitvoering is echter in de voorgaande paragrafen (hoofdstuk 1.4 en 1.5) al bepaald dat ten aanzien van die materie de ruimte van de Belgische wetgever en bestuurder aanzienlijk beperkt is.

### III. Welke rechtsbescherming voorziet het Unierecht voor de aannemer?

Deze vraag is reeds beantwoord in het kader van de beantwoording van vraag I en wordt hier alleen nog schematisch weergegeven.

Indien een sanctie op een aannemer wordt toegepast in een situatie die in verband kan worden gebracht met het Europees unierecht waardoor die situatie automatisch onder de werkingssfeer van dat recht valt, dan kunnen onderstaande gronden in diverse mate ingeroepen worden.

#### SITUATIES DIE BINNEN DE WERKINGSSFEER VAN UNIERECHT VALLEN:

##### 1. Europese algemene rechtsbeginselen

###### (a) Algemeen:

- Beginsel van Unietrouw: lidstaten behoren geen maatregelen te nemen die de doelstellingen van de Unie in gevaar brengen;
- Fundamentele rechten: o.a. bescherming burger tegen overheid;

###### (b) Specifiek:

- *Rechtszekerheidsbeginsel*: wetten/ besluiten dienen duidelijk en precies te zijn geformuleerd zodat opdrachtnemer rechten en verplichtingen kan kennen.
- *Evenredigheids-/proportionaliteitsbeginsel*: rechtsgeldigheid van overheidshandelen en wetgeving en dit dient met voldoende waarborgen te zijn omgeven.  
**Toets**: de sanctie dient strikt noodzakelijk te zijn om het algemeen belang te waarborgen, het doel is legitiem, de sanctie dient aan het doel evenredig te zijn (belangenafweging). Terughoudendheid naarmate de discretionaire bevoegdheid van de nationale overheid / lidstaat ruimer wordt.
- *Zorgvuldigheidsbeginsel*: dit beginsel verlangt een onderzoek of er minder belastende alternatieven voorhanden (kunnen) zijn.
- *Beginsel van effectieve rechtsbescherming*: dit beginsel verlangt een daadwerkelijke toegang tot rechter; motivering bij het nemen van besluiten: anticiperen verdediging.
- *Beginsel van verdediging*: recht om te worden gehoord, recht op inlichtingen en inzage dossier.
- *Vertrouwensbeginsel*: burgers mogen ervan uitgaan dat regels die bevoegdheden toekennen, binnen de neergelegde grenzen worden uitgevoerd; rol vertrouwenwekkende autoriteit.

- *Transparantiebeginsel*: recht en de toepassing daarvan helder en duidelijk, grenzen en structuur aan discretionaire bevoegdheid: voorzienbaarheid. Procedures dienen helder te zijn, er moet openbaarheid van de bestuursdocumenten zijn en recht op inzage van het dossier moet worden gewaarborgd.

## 2. Handvest

- (a) Art. 41 Hv: recht op behoorlijk bestuur: eerbiediging rechten verdediging, recht om te worden gehoord (voordat bestuursorgaan een nadelig besluit kan nemen), recht op toegang tot dossier en toereikende termijn verdediging, onpartijdig en billijke behandeling zaak binnen redelijke termijn. Toekomst: nieuwe beginselen in Unierecht via dit artikel.
- (b) Art. 47 Hv: beginsel van effectieve rechtsbescherming. omvat ook motiveringsplicht besluiten in bestuurlijke fase. Aansluiting EVRM, echter geen ‘criminal charge’ vereist.
- (c) Art. 48 Hv: Alleen bij vervolging: onschuldig totdat schuld in rechte is komen vast te staan, eerbiediging rechten verdediging.
- (d) Art. 49 Hv: evenredigheidsbeginsel inzake straffen.

## 3. Secundair recht; onder meer:

- (a) De richtlijn overheidsopdrachten (2004/18/EG)
- (b) De dienstenrichtlijn 2006/123/EG

## 4. EVRM

- (a) Art. 6 lid 1 EVRM: eerlijk proces:

- Rechterlijke fase: eerlijke en openbare behandeling zaak, redelijke termijn, onafhankelijk en onpartijdig gerecht, effectieve toegang tot de rechter, full jurisdiction: op basis alle feiten en standpunten beide partijen eigen en eerlijk oordeel vormen, ‘equality of arms’, inzien dossier, geen ongeoorloofde functievermenging, voldoende waarborgen, rechterlijke motiveringsplicht.
- Bestuurlijke voorfase: redelijke termijn besluit, betrokkene gehoord, voldoende onderzoek en motivering, redelijk belangenafweging, naarmate terughoudender toetsing rechter: striktere eisen waarborgen voorprocedure.

- (b) Art. 6 lid 2 en 3: ‘criminal charge’-voorwaarde (geen zuiver reparatoire bestuursrechtelijke sancties)

- onschuldpresumptie: wel wettelijke of feitelijke rechtsvermoedens mogelijk in wet, mits rechten van verdediging. Verder: schuldbeginsel, zwijgrecht, verzwaarde legaliteitsbeginsel, bijzondere verdedigingsrechten.

(c) Artikel 13 EVRM: recht op ‘daadwerkelijk rechtsmiddel’ bij schending recht EVRM.

## **5. Nationale beginselen en waarborgen (aanvullend aan Unierecht)**

### **SITUATIES DIE BUITEN DE WERKINGSSFEER VAN UNIERECHT VALLEN:**

1. Art. 6 lid 1 en art. 13 EVRM (als *supra* vermeld).

2. Nationale beginselen en waarborgen

Hieronder, in *figuur 3*, zijn de rechtsgronden per bepaling uit het KB-Uitvoering schematisch weergegeven. De groene gebieden bevatten de rechtsgronden waaraan de bepaling op het betreffende rechtsniveau kan worden getoetst. De rode gebieden duiden erop dat er aan het betreffende rechtsniveau geen rechtsgronden kunnen worden ontleend waarop kan worden getoetst. De oranje kleur is weergegeven voor rechtsgronden waaraan het KB Uitvoering naast de Europese beginselen eventueel nog kan worden getoetst. Dit is een toets die dan met name in het nationaal recht dient plaats te vinden en waarbij een succesvol beroep dus voornamelijk afhangt van de wijze waarop de nationale rechter met deze waarborgen omgaat.

Figuur 3: Welke **rechtsgronden** zijn er om de bepalingen aan Europees recht te toetsen?

	Primair Europees Recht		Secundair Europees recht	EVRM
	Europese (fundamentele) rechten en beginselen *)	Handvest van de Grondrechten EU		
<b>Art. 44</b>	Niet toepasselijk: bepaling valt buiten werkingssfeer Unierecht**)	Niet toepasselijk: buiten werkingssfeer Unierecht	Niet gereguleerd door richtlijn 2004/18/EG	Art. 6(1) en 13 EVRM: geen effectieve waarborg in <i>casu</i> / recht op eerlijk proces
<b>Art. 45</b>				
<b>Art. 47</b>				
<b>Art. 48</b>	Binnen werkingssfeer Unierecht. Vooral richtlijn 2004/18/EG is van belang. Daarnaast ook algemene Europese beginselen (o.a. proportionaliteit)	Binnen werkingssfeer Unierecht. Handvest van toepassing (art. 41, 47, 48, 49 mogelijk van aanvullend belang)	Uitsluitingsgronden gereguleerd in Europese richtlijn 2004/18/EG: bepaling moet aan die gronden voldoen	
<b>Art. 49</b>	Van toepassing. Vooral Verordening I/2003 van belang. Daarnaast andere Europese beginselen mogelijk			
<b>Art. 52</b>	Niet toepasselijk: bepaling valt buiten werkingssfeer Unierecht	Niet toepasselijk: buiten werkingssfeer Unierecht	Niet gereguleerd door richtlijn 2004/18/EG	
<b>Art. 85</b>				
<b>Art. 87</b>				

\*) Europese beginselen die van belang kunnen zijn: het beginsel van Unietrouw, de fundamentele rechtsbeginselen, rechtszekerheidsbeginsel, evenredigheids-/proportionaliteitsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, beginsel van effectieve rechtsbescherming, recht van verdediging, vertrouwensbeginsel, transparantiebeginsel, schuldbeginsel, onschuldpresumptie.

\*\*) Nationale uitvoerings-(contractuele) bepalingen overheidsopdrachten niet gereguleerd op Europees niveau.

**IV. Is de macht (de soevereine bevoegdheid, de discretionaire bevoegdheid) van een aanbestedende dienst begrensd? Zijn er minimale voorwaarden / criteria die vervuld moeten zijn als een aanbestedende dienst gebruik wil maken van de ruime macht die de aanbestedende dienst worden toegekend via de geciteerde artikels uit het KB van 14 januari 2013?**

#### **4.1 De Europese begrenzing**

De achtergrond van dit onderzoek is het nagaan of het Belgisch systeem zoals neergelegd in het KB Uitvoering in overeenstemming is met het Europees recht. De onderzoeksvraag onder IV wordt dan ook met name in die zin opgevat. Geherformuleerd luidt de vraag dan: “wordt de macht (de soevereine bevoegdheid, de discretionaire bevoegdheid) van een aanbestedende dienst *door het Europees recht* begrensd? Stelt *het Europees recht* minimale voorwaarden / criteria die vervuld moeten zijn als een aanbestedende dienst gebruik wil maken van de ruime macht die de aanbestedende diensten worden toegekend via de geciteerde artikels uit het KB van 14 januari 2013?”

Ook hier dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de gewraakte bepalingen die wel en de bepalingen die juist niet onder de werkingssfeer van het Europees recht vallen.

Tot zover hebben we opgemerkt dat dit directe verband met het Europees recht slechts ten aanzien van (onderdelen) van art. 48 en 49 KB Uitvoering kan worden aangetoond.

Voor de andere bepalingen hangt het af van de mate waarin men er in slaagt om aan te tonen dat van de deze gewraakte bepalingen een belemmerend effect voor het vrij verkeer van diensten kan optreden. Dit zal niet eenvoudig zijn.

In dit kader geldt dat er minstens de volgende eisen aan het handelen van de nationale overheid (kunnen) worden gesteld:

- (i) de wetgever blijft onder meer verantwoordelijk voor de ‘objectieve rechtmatigheid’ van de rechtsorde;
- (ii) het bestuursorgaan is daarnaast verantwoordelijk om in zijn handelen en nalaten het Unierecht niet te schenden, ook in een situatie waarin nationale regelgeving niet met het Unierecht in overeenstemming is;
- (iii) dit impliceert dat bestuursorganen zich niet exclusief kunnen oriënteren op het nationaal recht. Zij moeten, mede ook in het licht van het beginsel van Unietrouw zelfstandig nagaan of de nationale regelgeving wel met het Unierecht in overeenstemming is.

Bovendien kan het eerder besproken art. 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) relevant zijn en de leer waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen administratieve en strafsancties. Dit eerste omdat deze bepaling van het EVRM strenge eisen stelt aan zowel de toepassing van administratieve- als van strafsancties. Daarnaast bevat het artikel verplichtingen met betrekking tot het recht op een eerlijk proces. Het tweede – het



onderscheid tussen administratieve en strafsancities - omdat voor de toepassing van strafrechtelijke sancties nog strengere eisen gelden.

Uitgangspunt van het EVRM is uiteindelijk niet de verdragsconformiteit van het stelsel van rechtsbescherming in de lidstaat maar de concrete uitkomst en rechtsbescherming in een individuele zaak. De vraag is of effectieve rechtsbescherming in een concreet geval wordt gerealiseerd. Wat de inrichting van het staats- en bestuursrecht betreft wordt dit aan de lidstaten overgelaten.<sup>68</sup> Nog steeds wordt het voornamelijk de taak van de nationale Grondwet geacht om in te springen in onrechtmatigheden, ook rondom nationale wetgeving.

Toch moet op grond hiervan de Europese rechtspraak niet te beperkt worden opgevat met betrekking tot de grondrechtenbescherming in het bestuursrecht. Naast het streven naar een eerlijke procedure met het oog op transparantie, integriteit en onpartijdigheid, vereist het EVRM (en het EU-Handvest) dat de effectiviteit van grondrechtenbescherming veel verder wordt gewaarborgd dan het garanderen van procedurele randvoorwaarden.

Op grond daarvan ligt een verbod op het bestuur om ontoelaatbare inbreuken te doen op grondrechten en vrijheden van burgers en moet het er tegelijkertijd naar streven om die zoveel mogelijk te voorkomen.

Bovendien verdient opmerking dat het EHRM zich laat inspireren door de bepalingen uit het Handvest van de grondrechten van de EU.

Ook in de Belgische literatuur heeft men zich afgevraagd in hoeverre de sanctie die op grond van het KB Uitvoering kunnen worden opgelegd als strafsancities kunnen worden beschouwd. Dit onderscheid is zoals reeds besproken van belang gezien de rechtsgevolgen die het heeft: artikel 6 EVRM en artikel 14 BUPO zijn van toepassing, alsmede de Grondwet en de algemene beginselen van het nationale strafrecht.

Als criteria wordt dan door Mast e.a. aangehaald dat een sanctie als strafrechtelijk moet worden aangemerkt wanneer deze tot doel heeft fundamentele maatschappelijke waarden te beschermen.<sup>69</sup>

Administratief is de sanctie dan als deze niet zulke waarden op het oog heeft, waarbij een indicatie is dat de normen verplichtingen opleggen aan een beperkte kring van personen die zich ten aanzien van de administratie in een bijzondere situatie bevinden. Verder wordt ook vaak de aard van de straf en de strafmaat van belang geacht voor het bepalen van het onderscheid tussen een strafrechtelijke en administratieve sanctie, dit overeenkomstig het arrest Öztürk.

<sup>68</sup> Zie bijvoorbeeld: EHRM 9 januari 2013, no. 21722/11 (*Olexander Volkov t. Oekraïne*) en EHRM 6 mei 2003, nrs. 39343/98, 39651/98, 43147/98 en 46664/99 (*Kleyn e.a. t. Nederland*), par. 193. Conformiteit van een bepaald rechtstelsel met het Verdrag is dus lastig te bepalen op grond van het EVRM en uitspraken van het EHRM.

<sup>69</sup> Mast e.a. 2012, p.10/11.

Slechts indien een sanctie met het oog op de bescherming van de maatschappij de overtreder een noodzakelijk geachte straf oplegt die zijn vrijheid beperkt of hem materieel raakt, wordt hier gesproken van een strafrechtelijke sanctie.

In België zijn bovendien een aantal zaken rondom de administratieve sancties aan de orde geweest. Het Belgische Hof van Cassatie is lang van oordeel geweest dat administratieve sancties geen strafrechtelijk karakter kunnen hebben.<sup>70</sup>

Onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de mens neemt het Hof vanaf 5 februari 1999 een wijziging in deze stellingname aan.<sup>71</sup>

De administratieve geldboete kan vanaf dan volgens het Hof van Cassatie onder bepaalde omstandigheden worden beschouwd als straf in de zin van art. 6 EVRM en 14 BUPO. Ook het Belgisch Grondwettelijk Hof volgt dit uitgangspunt.<sup>72</sup> Uit deze Belgische rechtspraak blijkt dat **administratieve geldboeten de kwalificatie straf** verkrijgen, indien zij:

- (i) niet slechts een bepaalde groep met een particulier statuut betreft;
- (ii) een bepaald gedrag voorschrijft en op de niet-naleving ervan een sanctie stelt;
- (iii) niet alleen maar vergoeding van schade betreft, maar in essentie toe strekt te straffen om herhaling van gelijkaardige handelingen te voorkomen;
- (iv) op een norm stoelt met een algemeen karakter, waarvan het oogmerk tegelijkertijd preventief en repressief is;
- (v) zeer zwaar is gelet op het bedrag ervan.<sup>73</sup>

Een aantal van deze criteria gelden ook voor andere administratieve sancties. Inmiddels heeft het Hof van Justitie van de EU in 2009 in een Belgische zaak een nog verstrekkender oordeel ingenomen over bestuurlijke (bestraffende) sancties.

Het Hof volgt daarin de redenering van het EHRM en merkt de bestuurlijke boete als een strafrechtelijk sanctie aan.<sup>74</sup> Het Hof oordeelt:

“Gelet op de aard van de inbreuken in kwestie en de zwaarte van de sancties die kunnen worden opgelegd, kunnen dergelijke sancties voor de toepassing van het EVRM niettemin worden aangemerkt als strafsanctie.”<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Cass. 15 januari 1991, *Pas.*1991, 1, 444; *Arr.Cass.* 1990-91, 504; Cass. 27 september 1991, *Pas.* 1992, 1, 83; *Arr.Cass.*1991-92, 99; Cass. 11 oktober 1996, *Pas.* 1996, 1, 978; *Arr.Cass.* 1996, 916, in: Joëlle Rozie, Voordeelsontneming, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005, p. 176.

<sup>71</sup> Cass. 5 februari 1999, *Pas.*1999, 1, 163; *Arr.Cass.* 1999, 155.

<sup>72</sup> Zie bijvoorbeeld: Arbitragehof, nr. 22/99 van 24 februari 1999, R.W., 1998-1999, p.1346-1349, paragraaf A.1.2 en met noot C. Vermeersch en zie ook: Arbitragehof nr.32/99 van 17 maart 1999, zie o.m paragraaf B.8. Beide betreffen administratieve geldboetes in het kader van Fiscaal Recht.

<sup>73</sup>Cass. 25 mei 1999 *Arr. Cass.* 1999, nr. 307; Cass. 6 mei 2002, *NjW*, 2002, p.61-62.

<sup>74</sup> Als in EHRM 21 februari 1984, *Öztürk, Series A*, no. 73. Deze uitspraak markeert ook een omslagpunt van het Europese Hof van Justitie: in 2002 oordeelde het Hof nog dat een sanctie die feitelijk neerkwam op een bestuurlijke boete niet ‘van strafrechtelijke aard’ was, zodat het schuldbeginnsel niet van toepassing werd verklaard, zaak C-210/00, *Käserie Champignon Hofmeister*, *Jur.* 2002, p.I-6453.

<sup>75</sup> Zaak C-45/08, *Spector Photo Group*, *Jur.* 2009, p.I-12073.

Interessant is dat Mast e.a. in hun beschrijving van het Belgisch administratief recht, ook de artikelen 19 en 20 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, die bepalen onder welke voorwaarden administratieve sancties kunnen worden getroffen tegen erkende aannemers, als variant van een administratieve sanctie noemt, welke kunnen worden opgelegd aan de niet-ambtenaren die aan een openbare dienst hun medewerking verlenen.<sup>76</sup> Deze bepaling wordt namelijk aangehaald in artikel 48 van het KB 14 januari 2013. Hij ziet dit dus echter wel als een administratieve sanctie.

#### **4.2.Het nationale recht: de begrenzing in het Belgische systeem**

De Europese richtlijnen bevatten als besproken zeer weinig regels omtrent de uitvoering van overheidsopdrachten. Op basis van het voorgaande moet bovendien worden geconcludeerd dat voor lidstaten ruimte bestaat eigen beleid en regelgeving toe te passen.

Daarmee komen we op het terrein van de lidstaat en de waarborgen van het nationale rechtssysteem ten opzichte van een regelgevende overheid.

België heeft echter al sinds lange tijd een behoorlijk concreet en gereguleerd ‘publiek contractenrecht’, met beperkte afwijkingsmogelijkheden. In het kader van de uitvoeringsbepalingen van overheidsopdracht heeft de Belgische wetgever in de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 de opdracht gegeven tot dit koninklijk besluit. In artikel 39 van deze wet in formele zin is namelijk opgenomen: “De Koning bepaalt de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten”.

Deze delegerende bevoegdheid vloeit voort uit de Grondwet. Artikel 105 van de Grondwet stelt: “de Koning heeft alleen bevoegdheid die hem krachtens de Wet of Grondwet is toegekend.” Wat betreft de definitie van een koninklijk besluit regelt artikel 106 GW dat “elke handeling van de Koning die door een minister is medeondertekend” tot dergelijke besluiten worden gerekend.

De handtekening van de minister is belangrijk: deze heeft de ministeriële verantwoordelijkheid en ondertekening van een minister is nodig om de handeling van de koning daadwerkelijk rechtskracht te toe te kennen. In de praktijk worden de koninklijke besluiten eerst door de verantwoordelijke minister(s) ondertekend alvorens zij de Koning ter ondertekening worden voorgelegd. Het door de Koning ondertekend besluit wordt door het Kabinet van de Koning gedagtekend en naar de minister teruggezonden. Deze zorgt voor de uitvoering en in de eerste plaats voor de bekendmaking en de betekening van het besluit in de door de wet bepaalde gevallen en volgens de door haar vastgestelde modaliteiten.

---

<sup>76</sup> Mast e.a. 2012, p.12.

Reglementaire (koninklijke) besluiten zijn in het algemeen noodzakelijk vanwege het feit dat de wetgever niet alles kan regelen en zich vaak beperkt tot het vaststellen van de uitgangspunten van het recht. De in de formele wet neergelegde beginselen kunnen echter pas toepassing vinden via de in de reglementaire besluiten vastgelegde objectieve maatstaven en uitvoeringsmodaliteiten. Van belang is dat uiteindelijk de wet leidend is, omdat daar het democratisch gezag ligt om regels op te stellen.

Het koninklijk besluit kan daarbij alleen gezag hebben op grond van de wet die de bevoegdheid toekent om zulk een besluit op te stellen. Het KB dient dus altijd op de wet te zijn gestoeld en daarmee in overeenstemming te zijn. De Koning heeft kortgezegd alleen de bevoegdheid besluiten te nemen indien hij handelt in het kader van zijn grondwettelijke opdracht of ter uitvoering van een wet.

Inmiddels is wel algemeen geaccepteerd dat deze oorspronkelijk verordende bevoegdheid van alleen de Koning, is verschoven naar de ministers of in bepaalde gevallen andere overheidslichamen. Daarbij geldt dat gezien de artikelen 37 en 108 GW dan minstens een uitdrukkelijk toewijzing van bevoegdheid door of krachtens de wet heeft plaatsgevonden. Inbreuken op koninklijke besluiten worden vervolgens gesanctioneerd met straffen die door de uit te voeren wet zijn bepaald.

Bij onderhavig koninklijk besluit is wel de Raad van State betrokken als adviserend orgaan bij de totstandkoming van het KB. Er kan hierin een controle mechanisme op het koninklijk besluit worden gezien. Echter vaak blijft de rol van de Raad van State beperkt en kan feitelijk niet gesproken worden van een grote waarborg bij deze ruime macht van de Koning.

Bijzonder aan het Belgische rechtssysteem is dat op het gebied van aanbestedingsrecht niet alleen de gunning maar ook de uitvoering van de opdracht en de contractuele bepalingen in wetgeving zijn neergelegd. Er wordt van bovenaf daarmee een contract ‘opgelegd’, die de aanbestedende diensten in beginsel dienen te volgen.

#### **4.2.1 Bevoegdheidsmarge administratieve overheid**

De bevoegdheid en bijzondere rechtspositie van de uitvoerende macht vindt haar basis in het behartigen van het algemeen belang, dat de motivatie vormt voor haar optreden. Kenmerk van het administratief recht is daarbij de ongelijkheid tussen de overheid en de burger, als de eerste het algemeen belang moet behartigen en de ander over het algemeen zijn eigen belang verdedigt. Deze ongelijkheid openbaart zich zowel in de verordenende bevoegdheid, in het administratief contractenrecht, als in het algemeen bij het nemen van uitvoerende beslissingen. Daarnaast heeft een administratief orgaan een bijzonder voorrecht, het ‘*privilege du préalable*’, wat inhoudt dat haar beslissing wordt geacht in overeenstemming te zijn met het recht. Handelingen van de overheid zijn daarom onmiddellijk bindend en kunnen pas achteraf door de rechter worden tenietgedaan.

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.

Als waarborg van de grote bevoegdheid en vrijheid van de overheid zijn dus wel enige grenzen in de wet gecreëerd. Zo moeten bij de uitvoering van bevoegdheden ook vaak strikte procedurevoorschriften in acht worden genomen. In het kader van het handhaven van de uitvoerende functie heeft de administratieve overheid bijvoorbeeld bij wet op tal van gebieden de bevoegdheid verkregen administratieve sancties toe te passen.

Zelfs kan in een bepaald geval het algemeen belang vorderen dat er ambtshalve maatregelen worden genomen ter uitvoering van een beslissing.

In de loop van de tijd is het sanctieapparaat van de administratieve overheid steeds verder uitgebreid en is meer en meer geaccepteerd geworden dat zij in het kader van haar functie sancties op kan leggen.

In België kan de administratieve overheid krachtens een wet, decreet, ordonnantie geoorloofd zijn binnen bepaalde grenzen eigenmachtig de rechtsorde te herstellen en eerbiediging van een publiekrechtelijk voorschrift af te dwingen.

In het geval van de uitvoeringregels is daarbij van belang dat een aannemer wordt geacht een bepaald aannemersrisico in te calculeren in de prijs van de offerte, zodat daardoor bepaalde onvoorziene omstandigheden worden ondervangen. Het draait hier om het beginsel van vaste prijs of het forfait. Dit houdt in dat de inschrijver zich verbindt aan de opdracht, zoals omschreven in het contract om deze uit te voeren voor een vooraf bepaalde 'vast' prijs.

Een onjuiste inschatting van de opdracht of van problemen tijdens de uitvoering worden in België in beginsel tot dat normale ondernemingsrisico gerekend.

**Let wel:** in Nederland zijn er geluiden in de literatuur te signaleren die om een betere verdeling van deze risico's vragen.

In België heerst de opvatting dat de opstellers van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (AAV) die nu in het koninklijk besluit grotendeels zijn overgenomen, wel degelijk geprobeerd hebben een evenwicht te creëren tussen de rechten en plichten van de aanbestedende overheid en de uitvoerende aannemer. Daarbij wordt erkend dat dit een moeilijk streven is (en dus in het nadeel van de aannemer kan uitpakken), mede gezien de toepasselijkheid van de beginselen uit het administratief recht.

Zo is het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst van belang, dat inhoudt dat de overheid in het algemeen belang de openbare dienst steeds moet kunnen aanpassen aan de situatie en de eisen van algemeen belang die in een concreet geval van toepassing zijn. Het beginsel kan dan vereisen dat de aanbestedende overheid een overeenkomst eenzijdig kan wijzigen.

Een ander relevant beginsel wordt het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst geacht. Op grond daarvan mag de overheid niet worden onderbroken in haar taak van algemeen belang. Dit beginsel kan tot gevolg hebben dat de aannemer zijn werken steeds

moet voortzetten en de opdracht niet eenzijdig kan verbreken of schorsen, tenzij een uitzonderlijk geval voordoet.

#### **4.2.2 Beginselen en waarborgen van het Belgisch bestuursrecht**

Om eventuele gebreken en leemtes van de wet op te vullen, zouden de algemene rechtsbeginselen in het Belgisch administratief recht een belangrijke rol moeten spelen.

Daarbij is van belang in ogenschouw te nemen dat met het terugtreden van de wetgevende macht ten behoeve van de uitvoerende macht de beoordelingsvrijheid van het bestuur steeds ruimer wordt.

Met het oog op deze toenemende marge en bevoegdheden van bestuursoptreden is het temeer wenselijk dat de rechtsbescherming van burgers tegen die bijzondere voorrechten van het bestuur nog verder wordt gewaarborgd en vergroot.

De beginselen staan de rechter ten dienste indien een wet niet voldoende bescherming biedt of onvolledig of onduidelijk is. Bovendien kan de rechter op basis van de beginselen toetsen of het bestuur de verkregen discretionaire bevoegdheid binnen de grenzen heeft toegepast. Voor het bestuur zelf zijn de beginselen, richtinggevende normen waartoe zij zich moeten inspannen om een behoorlijk besluitvorming te realiseren. Van deze beginselen kan zodoende ook een preventieve werking uitgaan, als dit ervoor zorgt dat op deze wijze geen rechterlijk oordeel over een te vergaand bestuursoptreden hoeft plaats te vinden.

In hoeverre voldoende beginselen en waarborgen in het Belgische rechtssysteem zijn neergelegd, valt buiten het bereik van dit advies en zal daarom niet verder worden besproken.



Naast de eigen publicaties en resultaten van onderzoeken op het terrein van aanbestedingsrecht (zie <http://www.uu.nl/rebo/medewerkers/ERManunza;www.linkedin.com/pub/elisabetta-r-manunza/33/2a7/b26>) zijn de volgende publicaties van belang geweest voor dit onderzoek:

#### *Boeken*

##### **Bleeker & Manunza**

Rob Bleeker en Elisabetta Manunza, De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht, pag. 741-809, in: Hartkamp & Sieburgh, *The influence of EU Law on National Private Law*, Bijzonder Deel II, Deventer: Kluwer 2014,.

##### **Berg, Van den, Bregman & Chao-Duivis 2010**

M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis, *Bouwrecht in kort bestek*, 's Gravenhage: Stichting instituut voor Bouwrecht(IBR) 2010.

##### **Eijken, Van 2014**

Hanneke van Eijken, *European Citizenship and the Constitutionalisation of the European Union*, proefschrift Universiteit Utrecht 2014.

##### **Eijsbouts 2006**

W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, F.O.W. Vogelaar, *Europees Recht; Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2006.

##### **Hartkamp & Sieburgh 2014**

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh e.a., *The influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014.

##### **Jans, Prechal & Widdershoven 2011**

J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

##### **Manunza 2010**

E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', pag. 49-123, in: J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht (pp. 153).

##### **Mast e.a. 2102.**

A. Mast e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer 2012.

##### **Peers & Prechal 2014**

Steve Peers and Sacha Prechal, Article 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles, pp.1455-1521, in: Steve Peers e.a., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014.

#### **Widdershoven 2014**

Rob Widdershoven, Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: stand van zaken en toekomstperspectief, in: Schueler & Widdershoven, *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, VAR Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag: *BJU* 2014.

#### *Artikelen/rapporten*

#### **Barkhuysen e.a 2014**

Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechten beperkend overheidsingrijpen: studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

#### **Barkhuysen & Bos 2014**

T. Barkhuysen & A.W. Bos, De betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *JBplus* 2014, pp. 90-116.

#### **Barkhuysen & Van Emmerik 2006**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM, *TMA* 2006 (4), pp. 130-142.

#### **Bouwman 2015**

G. Bouwman, “Geen rechtsbescherming bedrijven bij projecten”, *Cobouw* (82) 1 mei 2015, p.11.

#### **Debièvre 2013**

J. Debièvre, De uitvoering van overheidsopdrachten in België. Het nieuwe regelgevende kader verkend, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* oktober 2013, nr.5, pp.158-169.

#### **D’Hooghe & Kiekens 2014**

D. D’Hooghe en N. Kiekens, Overheidsopdrachten in België: stand van zaken, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* april 2014, nr.2, pp. 97-107.

#### **Hartkamp 2014**

A.S. Hartkamp, De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht, *WPNR* 18 oktober 2014 (7035), pp.961-966.

#### **Poelermans**

Bettina Poelermans, Uitvoering van overheidsopdrachten van werken: kennismaking met de algemene uitvoeringsregels en de algemene aannemingsvoorwaarden, verkregen via: <http://www.mertens-depaepe.be/publicaties.php>.