

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.003 van 1 maart 2024
in de zaak A. 237.889/XII-9294**

In zake : de NV AANNEMINGSBEDRIJF NORRÉ – BEHAEGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151 B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de GEMEENTE BEVEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 december 2022, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Beveren van 3 oktober 2022, waarbij de nv Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel voor een periode van drie jaar wordt uitgesloten van deelname aan opdrachten.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld overeenkomstig artikel 93, eerste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Overeenkomstig artikel 26, § 2, van het voornoemde besluit van de Regent, heeft de voorzitter van de XIIe kamer bij beschikking van 21 november 2023 aan de partijen voorgesteld dat de zaak niet op een openbare terechtzitting wordt behandeld, tenzij één van de partijen hierom verzoekt.

Geen van de partijen heeft om een terechtzitting gevraagd.

Overeenkomstig bovenvermelde beschikking, werd het debat gesloten en werd de zaak in beraad genomen op 23 januari 2024.

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

III. Feiten

3.1. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Beveren beslist op 24 september 2018 om de overheidsopdracht ‘Renovatie van de Gaverlandwijk’ te gunnen aan de verzoekende partij.

3.2. Tijdens de uitvoering van de opdracht worden verscheidene processen-verbaal van ingebrekestelling opgesteld.

Op 27 september 2021 weigert het college van burgemeester en schepenen de vraag tot voorlopige oplevering van de opdracht. Op 19 april 2022 legt het college van burgemeester en schepenen de verzoekende partij boetes en

refacties op. Dezelfde dag wordt de definitieve oplevering van de opdracht goedgekeurd.

3.3. Op 9 mei 2022, na vastgesteld te hebben dat 34 processen-verbaal van ingebrekestelling werden opgesteld, is het college van burgemeester en schepenen van oordeel dat er sprake is van een voortdurende tekortkoming. Het maakt zijn voornemen bekend om, met toepassing van artikel 48 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: koninklijk besluit uitvoering), de verzoekende partij voor een periode van drie jaar uit te sluiten van toekomstige overheidsopdrachten van de gemeente.

De verzoekende partij bezorgt met een op 15 juli 2022 ter post aangetekende brief haar verweer. Haar zaakvoerder, bijgestaan door een raadsman, wordt op 31 augustus 2022 gehoord.

3.4. Op 3 oktober 2022 bevestigt het college van burgemeester en schepenen zijn voornemen.

In een gemotiveerde beslissing gaat het in op elk van de vastgestelde tekortkomingen en op het verweer dat de verzoekende partij daartegen heeft ingebracht. Daarbij merkt het college onder meer op dat de verzoekende partij ondertussen “*self cleaning measures*” heeft genomen. Hierover oordeelt het evenwel als volgt:

“[Dit feit] kan desgevallend bij een latere plaatsingsprocedure beoordeeld worden, op basis van [de artikelen 69 en 70] van de Overheidsopdrachtenwet, maar doet uiteraard niet ter zake om de voortdurende tekortkomingen met het oog op een uitsluiting te beoordelen in het kader van artikel 48 van het KB Uitvoering.”

Volgens het dispositief besluit het college om de verzoekende partij “gedurende een periode van drie jaar te rekenen vanaf de oplevering van de werken ‘renovatie Gaverlandwijk’ op 19 april 2022, uit te sluiten van deelname

aan opdrachten van gemeente/OCMW Beveren wegens het blijkt gegeven te hebben van een voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van bovenvermelde opdracht”.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij werpt een exceptie van ontbreken van rechtsmacht op:

“Het uitsluiten van een in gebreke blijvende opdrachtnemer vormt één van de actiemiddelen van de aanbesteder (afdeling 7 van het [koninklijk besluit uitvoering]) die opgelegd kan worden in het kader van de uitvoering van een opdracht.

Het opleggen van de sanctie zoals voorzien in artikel 48 [koninklijk besluit uitvoering] kadert aldus in de ‘contractuele’ context. [...].

Gelet op deze vaststelling moet de theorie van de afsplitsbare akte (*acte détachable*) hierbij in acht worden genomen.

Het opleggen van een dergelijke beslissing kan aldus niet gekaderd worden in de (eenzijdige) imperiumbevoegdheid, maar vormt louter het uitoefenen van een bevoegdheid die het [koninklijk besluit uitvoering] aan een aanbesteder heeft toegekend in het kader van de contractuele context.”

Na uitvoerig geciteerd te hebben uit arrest nr. 245.962 van de Raad van State van 30 oktober 2019, besluit de verwerende partij:

“Nu vaststaat dat de bestreden beslissing betrekking heeft op de uitvoeringsfase van overheidsopdrachten, binnen de contractuele context, zal Uw Raad tot het oordeel moeten komen dat het verzoekschrift onontvankelijk *ratione materiae* is”.

5. De verzoekende partij antwoordt als volgt:

“[De verzoekende partij] meent dat uw Raad wel bevoegd is omdat het hier gaat over een discretionaire bevoegdheid.

Immers, er moet te dezen een noodzakelijke toets gebeuren aan art. 70 [van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016)].

De verzoekende partij meent ook te kunnen verwijzen naar het arrest 255.438 van uw Raad [van 9 januari 2023], waarin uw Raad zich ook bevoegd heeft verklaard omtrent een vordering tegen een beslissing ex art. 48 [koninklijk besluit uitvoering] precies bij gebrek aan noodzakelijk oorzakelijk verband tussen de overeenkomst en de sanctie. De verzoekende partij verwijst expliciet naar het op blz. 11/16 uiteengezette waar uw Raad uitlegt waarom in het geval van een vordering tegen een sanctie ex art. 48 [koninklijk besluit uitvoering] uw Raad wel bevoegd is. Het is te dezen niet anders nu de beoordeling omtrent de zelfreinigende maatregelen niet correct is gebeurd. Meer zelfs er is geen correcte toets gebeurd, laat staan dat er op een correcte wijze is gemotiveerd en afgetoetst waarom de maatregelen niet afdoende zouden zijn geweest.”

Beoordeling

6. Zoals blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing, is de beslissing om de verzoekende partij gedurende drie jaar uit te sluiten van deelname aan de opdrachten van de gemeente Beveren en het OCMW van Beveren genomen met toepassing van artikel 48 van het koninklijk besluit uitvoering. Die bepaling luidt als volgt:

“Onverminderd de in artikel 70 van de wet [overheidsopdrachten 2016] bedoelde mogelijkheid om corrigerende maatregelen te laten gelden en de in dit besluit bedoelde sancties, kan de in gebreke gebleven opdrachtnemer door de aanbesteder voor een periode van drie jaar van deelname aan haar opdrachten worden uitgesloten, meer bepaald wanneer hij blijkt heeft gegeven van een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de toepassing van een wezenlijk voorschrift in de loop van de uitvoering van de opdracht, dan wel wanneer de opdrachtnemer de bepalingen van artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet of van artikel 10 van de wet defensie en veiligheid, al naargelang, niet heeft geëerbiedigd.

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

In de schorsingsbeslissing moet verwezen worden naar het onderhavig artikel.

De periode van uitsluiting bedraagt drie jaar. Voor de berekening van de termijn van drie jaar is artikel 69, tweede lid, van de wet van toepassing.

De in onderhavige bepaling vermelde sanctie is van toepassing onverminderd de in artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken bedoelde sancties.

De in onderhavige bepaling vermelde sanctie moet aanzien worden als een ‘vergelijkbare sanctie’ in de zin van artikel 69, tweede lid, 7°, van de wet.”

7. De bestreden beslissing is genomen naar aanleiding van verscheidene processen-verbaal van ingebrekestelling. Uit de motieven en het dispositief van de beslissing blijkt dat ze steunt op een “voortdurende tekortkoming” bij de uitvoering van de aan de verzoekende partij gegunde opdracht.

Zoals de Raad van State onder meer in het door de verwerende partij aangehaalde arrest nr. 245.962 van 30 oktober 2019 heeft overwogen, is de uitsluiting van een opdrachtnemer één van de maatregelen die een aanbestedende overheid kan nemen wanneer ten laste van de opdrachtnemer tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht vastgesteld worden. In het licht van artikel 48 van het koninklijk besluit uitvoering, enerzijds, en de feiten van de zaak, anderzijds, blijkt de bestreden beslissing aldus te kaderen binnen de uitvoering van een overeenkomst gesloten tussen de verwerende partij en de verzoekende partij, en blijkt de betwisting die de verzoekende partij opwerpt met het indienen van het voorliggende beroep, betrekking te hebben op die uitvoering.

De omstandigheid dat de verwerende partij beschikt over een zekere discretionaire bevoegdheid bij de toepassing van artikel 48 van het koninklijk besluit uitvoering, wijzigt niets aan het gegeven dat het voorliggende geschil betrekking heeft op de uitvoering van een overeenkomst.

8. Geschillen omtrent de interpretatie, de uitvoering en de beëindiging of ontbinding van een overeenkomst dienen door de justitiële rechter te worden beslecht.

Indien de Raad van State zou aannemen dat hij rechtsmacht heeft om kennis te nemen van het beroep tegen de bestreden beslissing op grond dat deze een eenzijdige administratieve rechtshandeling zou zijn, zou hij zich de bevoegdheid aanmatigen om uitspraak te doen over een geschil inzake de rechten en plichten die voortvloeien uit de uitvoering van een overeenkomst en aldus

artikel 144 van de Grondwet schenden. Hieruit volgt dat de bestreden beslissing, wat de rechtsmacht van de Raad van State betreft, niet kan worden afgesplitst van die overeenkomst.

9. De verzoekende partij voert aan dat in het voorliggende geval een toets aan artikel 70 van de wet overheidsopdrachten 2016 moet gebeuren. Volgens die bepaling mag een inschrijver die van deelname aan een lopende plaatsingsprocedure is uitgesloten (zie de artikelen 67 en 69 van de wet), “bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond”. En voorts: “Als de aanbestedende overheid dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken kandidaat of inschrijver niet uitgesloten van de plaatsingsprocedure.”

Hoewel die opmerking de aard van het aan de Raad van State voorgelegde geschil niet wijzigt, acht de Raad van State het nuttig hierbij het volgende op te merken.

Weliswaar bepaalt artikel 48 van het koninklijk besluit uitvoering dat de daarin bedoelde maatregel opgelegd kan worden “onverminderd de in artikel 70 van de wet bedoelde mogelijkheid om corrigerende maatregelen te laten gelden”. Zoals blijkt uit het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 juni 2017, waarbij het voornoemde artikel 48 vervangen werd, betekent de verwijzing naar artikel 70 van de wet echter dat een opdrachtnemer die uitgesloten is van toekomstige opdrachten, “de kans moet hebben om in het kader van een toekomstige plaatsingsprocedure te bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond” (*BS* p. 68336). De “mogelijkheid om corrigerende maatregelen te laten gelden” geldt dus voor toekomstige plaatsingsprocedures, niet in het kader van de uitvoering van de opdracht waarin de bestreden beslissing is genomen.

10. De verzoekende partij meent voorts uit arrest nr. 255.438 van 9 januari 2023 te mogen afleiden dat de Raad van State zich in het verleden wel bevoegd verklaard heeft om kennis te nemen van beroepen gericht tegen beslissingen genomen met toepassing van artikel 48 van het koninklijk besluit uitvoering.

In de zaak die tot dat arrest aanleiding heeft gegeven, ging het evenwel om een vordering tot schorsing gericht tegen een beslissing waarbij een ondernemer voor een periode van drie jaar werd “teruggetrokken” uit het systeem van kwalificaties dat de betrokken overheid voor de gunning van bepaalde overheidsopdrachten had ingevoerd. In zijn arrest wijst de Raad op het verschil tussen een dergelijke maatregel en een maatregel als bedoeld in artikel 48 van het koninklijk besluit uitvoering. Terwijl de Raad zich bevoegd verklaart om kennis te nemen van de bij hem aanhangig gemaakte vordering, bevestigt hij overigens zijn onbevoegdheid voor geschillen met betrekking tot beslissingen genomen met toepassing van artikel 48 van het koninklijk besluit uitvoering.

Het voornoemde arrest geeft dus geen blijk van een afwijking van het standpunt dat de Raad eerder heeft ingenomen, onder meer in het hiervoor aangehaalde arrest nr. 245.962 van 30 oktober 2019, wel integendeel.

11. Gelet op het voorgaande, besluit de Raad van State dat het door de verzoekende partij opgeworpen geschil niet onder zijn rechtsmacht valt.

De exceptie is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van

24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op een maart tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens