

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.322/1
VAN 29 OKTOBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 19 oktober 2009 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, verlengd tot 5 november 2009, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", heeft het volgende advies gegeven:

Overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter gemotiveerd

"par l'obligation d'assurer la transposition pour le 20 décembre 2009 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics".

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het invoegen van een nieuw boek III in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Met die invoeging wordt een dubbel oogmerk nagestreefd.

In de eerste plaats wordt ermee de omzetting in het interne recht beoogd van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (ontworpen titel II van boek III van de wet van 24 december 1993). Deze richtlijn dient te zijn omgezet tegen uiterlijk 20 december 2009 ⁽¹⁾ en beoogt in essentie de beroepsprocedures ingeval van plaatsing van overheidsopdrachten efficiënter te laten verlopen.

⁽¹⁾ Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2007/66/EG.

Daarnaast strekt het ontwerp ertoe om het toepassingsgebied van sommige van de procedurevoorschriften die ter omzetting van de voornoemde richtlijn 2007/66/EG in de wet van 24 december 1993 worden ingeschreven, uit te breiden tot de opdrachten die niet zijn onderworpen aan de Europese richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (ontworpen titel III van boek III van de wet van 24 december 1993) ⁽²⁾.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. De richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van 31 maart 2004 zijn in de Belgische rechtsorde omgezet door, enerzijds, de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en, anderzijds, wat de rechtsbescherming betreft, door de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze beide wetten zijn nog niet in werking getreden.

Het om advies voorgelegde ontwerp van wet strekt tot het omzetten van richtlijn 2007/66/EG door middel van het invoegen van een aantal bepalingen in de wet van 24 december 1993, die nog steeds van kracht is. De laatstgenoemde richtlijn verwijst voor haar toepassing evenwel naar de overheidsopdrachten bedoeld in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Vraag is derhalve of de omzetting van richtlijn 2007/66/EG op volledige en correcte wijze kan gebeuren door middel van een wijziging van de wet van 24 december 1993, terwijl de omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG niet door die wet, doch wel door de voornoemde, nog niet in werking getreden wetten van 15 en 16 juni 2006, is gebeurd.

⁽²⁾ Bedoeld worden richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en 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.

Naar het zeggen van de gemachtigde is het de bedoeling dat tevens een ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 juni 2006 zou worden ingediend en dat tegelijk de wet van 16 juni 2006 zou worden opgeheven.

Voorts verduidelijkt de gemachtigde wat volgt:

"Overwegende dat:

- door de verschillende aanpassingen van de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten, waarbij inzonderheid wordt verwezen naar het laatste aanpassingsbesluit van 29-09-2009 (BS, 2-10-2009), is voorzien in de omzetting van de dwingende bepalingen van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG;
- daarmee het toepassingsgebied ten opzichte van de richtlijn 2007/66/EG strikt genomen is afgedekt;
- eerstdaags een wetsontwerp zal worden ingediend dat zal strekken tot de invoeging van analoge bepalingen in de nieuwe wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 (zij het afgestemd op het ruimer toepassingsveld van deze wet, d.w.z. rekening houdende met de in de richtlijnen 2004/17 en 18 bedoelde - facultatieve - bepalingen omtrent het dynamisch aankoopstelsel, de raamovereenkomst in de klassieke sectoren, ...) en waarin verder zal worden voorzien in de opheffing van de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, is de omzetting van de richtlijn 2007/66/E.G. o.i. wel degelijk verzekerd".

2. Diverse bepalingen van het ontwerp vertonen discordanties tussen de Nederlandse en de Franse tekst. Een aantal van de meest in het oog springende discordanties worden vermeld bij de artikelsgewijze opmerkingen. Het staat evenwel aan de stellers om de tekst van het ontwerp vanuit die optiek aan een bijkomend en systematisch onderzoek te onderwerpen.

Tevens moet erop worden toegezien dat in zowel de Nederlandse als de Franse tekst van het ontwerp een uniforme terminologie wordt gehanteerd. Dat is nu niet steeds het geval. Zo wordt bijvoorbeeld het in de Franse tekst voorkomende begrip "autorité adjudicatrice" in de Nederlandse tekst weergegeven door zowel "aanbestedende overheid" als "aanbestedende instantie"⁽³⁾. In de ontworpen artikelen 73, § 1, tweede lid, 2/ en 3/, en 76, derde lid, is in de Franse tekst telkens sprake van een "avertissement". In

⁽³⁾ In het ontworpen artikel 66, 4/, wordt het begrip "aanbestedende instantie" (autorité adjudicatrice) gedefinieerd.

de overeenstemmende bepalingen in de Nederlandse tekst wordt nu eens de term "berichten", dan weer de term "verwittigen" gebruikt. Het spreekt voor zich dat de Nederlandse tekst op deze punten even eenvormig moet zijn als de Franse tekst.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

Behoudens in het geval van een coördinatie of een codificatie mag het voorwerp van een wijzigingsbepaling niet louter bestaan uit een vernummering van artikelen of indelingen van het bepalend gedeelte ⁽⁴⁾. In artikel 2 van het ontwerp wordt nochtans voor dergelijke vernummering door middel van een wijzigingsbepaling geopteerd. Rekening houdend met de belangrijke nadelen die aan dergelijke handelwijze zijn verbonden en teneinde de rechtsonzekerheid niet nog groter te maken, wordt de stellers van het ontwerp ten stelligste aangeraden zich erover te beraden of dergelijke vernummering strikt noodzakelijk is.

Artikel 3

Ontworpen artikel 66

1. Bij de definitie van het begrip "betrokken inschrijver" (ontworpen artikel 66, 8/) rijst de vraag of, ingeval beroep moet worden ingesteld bij de gewone rechter, het volstaat dat hierover werd beslist in eerste aanleg, dan wel dat het moet gaan om een definitieve uitspraak ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 125, met vermelding van de diverse nadelen die zijn verbonden aan een vernummering door middel van een wijzigingsbepaling. De handleiding kan worden geraadpleegd op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

⁽⁵⁾ Vergelijk met het ontworpen artikel 76, tweede lid, waarin de zinsnede "voordat de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan" voorkomt.

2. Volgens de memorie van toelichting houdt de omschrijving van het begrip "toewijzing van de opdracht" (ontworpen artikel 66, 10/) een verruiming in van het "in het administratief recht gekende begrip (van de afsplitsbare rechtshandeling)". Het is niet duidelijk wat de beoogde verruiming precies inhoudt. Voor een goed begrip zou in de memorie van toelichting daarom moeten worden aangegeven hoe de voornoemde figuur momenteel toepassing vindt en welke "verruimde" toepassing daarvan als gevolg van het ontworpen artikel 66, 10/, zal worden gemaakt ⁽⁶⁾.

Ontworpen artikel 68

Rekening houdend met de bedoeling die blijkt uit de memorie van toelichting ten grondslag ligt aan het ontworpen artikel 68, derde lid, dient in de Nederlandse tekst van die bepaling de zinsnede "het goed te keuren offertebedrag evenwel hoger is dan 20% van dit door de Koning vastgestelde bedrag" te worden vervangen door de zinsnede "het goed te keuren offertebedrag evenwel meer dan 20% hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag".

In hetzelfde lid lijkt bovendien te moeten worden geëxpliciteerd of het goed te keuren offertebedrag inclusief of exclusief BTW is.

Ontworpen artikel 69

De Nederlandse en de Franse tekst van het ontworpen artikel 69, derde lid, vertonen diverse discordanties. Zo stemt bijvoorbeeld de term "toewijzingsbeslissing", in de Nederlandse tekst, niet overeen met de woorden "décision motivée", in de Franse tekst, en wordt de zinsnede "en cas d'impossibilité avérée", in de Franse tekst, niet weergegeven in de Nederlandse tekst. De beide taalversies van het betrokken lid dienen beter op elkaar te worden afgestemd.

⁽⁶⁾ Dergelijke verduidelijking is des te meer aangewezen, gelet op het gebruik dat in het ontwerp wordt gemaakt van de begrippen "toewijzing" en "gunning" van de opdracht (zie de opmerking dienaangaande bij het ontworpen artikel 74).

Ontworpen artikel 73

1. Luidens het ontworpen artikel 73, § 1, tweede lid, 2/, dient de kennisgeving door de aanbestedende instantie onder meer de "aanbeveling" te vermelden om die instantie binnen de daartoe voorgeschreven termijn ervan te berichten indien de belanghebbende een vordering tot schorsing indient. In het ontworpen artikel 76, derde lid, wordt vermeld dat de indiener van de vordering wordt "uitgenodigd" om de aanbestedende instantie te berichten over het indienen van de vordering. In het ontworpen artikel 91, tweede lid, wordt bepaald dat, wanneer de verhaalinstantie een vordering tot schorsing van de uitvoering van de toewijzingsbeslissing ontvangt, zij dit onmiddellijk meedeelt aan de aanbestedende instantie, voor zover de vordering de identificatie van deze instantie toelaat.

De aldus ontworpen regeling wijkt af van de bestaande regeling inzake de wachttermijn volgens welke de afgewezen inschrijver ertoe verplicht is om binnen die termijn de aanbestedende instantie in kennis te stellen van de vordering tot schorsing ⁽⁷⁾.

Vraag is of de zo-even vermelde afwijking van de bestaande regeling van de wachttermijn voldoende coherent is.

Ingeval bijvoorbeeld een inschrijver een vordering tot schorsing indient de laatste dag van de wachttermijn, bedoeld in het ontworpen artikel 76, zoals op een vrijdag, en hij dit niet meedeelt aan de aanbestedende instantie, en de Raad van State het beroep pas op maandag ontvangt en meedeelt aan de voornoemde instantie, bestaat het risico dat deze laatste in de tussenperiode de opdracht gunt, uitgaande van de veronderstelling dat geen beroep werd ingediend.

Zulks zou blijkbaar niet beletten dat de gewone rechter overeenkomstig het ontworpen artikel 82 sanctionerend optreedt door middel van een onverbindendverklaring,

⁽⁷⁾ De besprekingen in de Commissie voor de Overheidsopdrachten doen ervan blijken dat de ontworpen regeling wil vermijden dat de kennisgeving aan de aanbestedende overheid zou neerkomen op een bijkomende voorwaarde in vergelijking met de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, die richtlijn 2007/66/EG beoogt te wijzigen. Zie wat dat betreft artikel 1, lid 4, van richtlijn 89/665/EEG, zoals vervangen bij artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG, en overweging 11 van deze laatste richtlijn.

mits aan de voorwaarden van het ontworpen artikel 82, eerste lid, 2/, is voldaan. Strikt genomen werd in het hiervoor geschetste geval immers gegund terwijl nog tijdens de wachttermijn een vordering tot schorsing werd ingediend, hetgeen de enige waarborg uitmaakt om te beletten dat de aanbestedende instantie de opdracht gunt vooraleer hierover door de verhaalinstantie is beslist ⁽⁸⁾.

Vraag is of bij het uitwerken van de ontworpen regeling rekening is gehouden met de geschetste hypothese en of het in het licht daarvan geen aanbeveling zou verdienen om de wachttermijn, bedoeld in het ontworpen artikel 76, te laten lopen tot de kennisgeving van het indienen van het beroep door de verhaalinstantie. In dat geval dient ook de redactie van het ontworpen artikel 73, § 2, tweede lid, in overeenkomstige zin te worden aangepast.

2. Duidelijkheidshalve en naar analogie met de Nederlandse tekst vermelde men in de Franse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel 73, § 2, tweede lid, dat alle "voor die opdracht ingediende" offertes worden bedoeld.

Ontworpen artikel 74

Het ontworpen artikel 74 refereert aan het ogenblik "na het nemen van de beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht". In de Franse tekst wordt verwezen naar "la décision de renoncer à l'attribution d'un marché".

De gemachtigde verduidelijkte in verband met de draagwijdte van het woord "gunnen" in het ontworpen artikel 74 wat volgt:

"Het gaat hier om de notie «gunnen» in zijn ruimere betekenis van «plaatsen». In voorkomend geval kan het gaan om de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht, maar het kan ook gebeuren dat al in een eerder stadium wordt beslist om de procedure stop te zetten (vooraleer er sprake is van een toewijzing). De beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht omvat m.a.w. de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht".

⁽⁸⁾ Zie het ontworpen artikel 76 en de in de memorie van toelichting verstrekte commentaar bij het ontworpen artikel 73.

Gelet op deze verduidelijking rijst de vraag of het begrip "attribution d'un marché", in de Franse tekst van het ontworpen artikel 74, niet beter wordt vervangen door - zoals in de Nederlandse tekst het geval is - een meer algemeen begrip zoals "conclusion", dat trouwens wordt gedefinieerd in het ontworpen artikel 66, 11/. "Attribution du marché" wordt in het ontworpen artikel 66, 10/, immers omschreven als "la décision prise par l'autorité adjudicatrice désignant le soumissionnaire retenu", hetgeen veeleer wijst in de richting van een specifieke beslissing en niet op een beslissing tot "gunning" zoals die blijkbaar wordt beoogd in het ontworpen artikel 74.

In de Nederlandse tekst van het ontwerp worden de begrippen "toewijzing" en "gunning" van de opdracht, die nochtans op een verschillende wijze worden omschreven in het ontworpen artikel 66, 10/ en 11/, in nog andere bepalingen door elkaar gebruikt (zie het ontworpen artikel 88, 4/, i), a)), terwijl de Franse tekst het telkens heeft over "attribution du marché". In de Nederlandse tekst van de ontworpen artikelen 88, 4/, ii), en 98, § 1 ⁽⁹⁾, wordt dan weer de term "toegewezen" of "toewijzing" gebruikt, terwijl de Franse tekst het heeft over "la conclusion du marché", hetgeen evenmin spoort met de omschrijving van de betrokken begrippen in het ontworpen artikel 66, 10/ en 11/. De tekst van het ontwerp zou wat dat betreft op een meer consequente wijze moeten worden geredigeerd in de beide landstalen.

Ontworpen artikel 75

Aan het einde van het ontworpen artikel 75, derde lid, is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst. De zinsnede "over de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid en evaluatie van de offertes", in de Nederlandse tekst, stemt immers niet overeen met de zinsnede "au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres", in de Franse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

⁽⁹⁾ Zie evenwel de opmerking die hierna wordt gemaakt bij het ontworpen artikel 98.

Ontworpen artikel 76

In het ontworpen artikel 88, 2/, wordt vermeld dat de termijn om een vordering tot schorsing in te dienen geen vijftien, maar tien dagen bedraagt in het geval bedoeld in het ontworpen artikel 83, waarin eveneens wordt gerefereerd aan het niet gunnen binnen een termijn van tien dagen na de bekendmaking van de aankondiging dat men de opdracht wil gunnen.

Op de vraag hoe het ontworpen artikel 88, 2/, zich verhoudt tot het bepaalde in het ontworpen artikel 76, antwoordde de gemachtigde:

"De bepaling van de tweede zin van artikel 88, 2/, betreffende termijn voor het indienen van een vordering tot schorsing in het kader van een wachttermijn, impliceert dat bij toepassing van artikel 83, dat voorziet in de mogelijkheid om te ontsnappen aan de onverbindendverklaring, een wachttermijn moet worden gerespecteerd, die in dat geval meer bepaald 10 dagen bedraagt.

Bij nader inzien lijkt het ons inderdaad aangewezen om de toepassing van de wachttermijn, en dus de verhouding met artikel 76, te verduidelijken door in artikel 83 een bepaling op te nemen die verwijst naar de schorsingsregeling van artikel 80".

Ontworpen artikel 77

In het ontworpen artikel 77, 3/, wordt melding gemaakt van een "raamovereenkomst". In artikel 2ter, eerste alinea, c), van richtlijn 92/13/EEG is evenwel sprake van een "dynamisch aankoopstelsel". Vraag is hoe de beide bepalingen zich tot elkaar verhouden.

Ontworpen artikel 80

1. Uit het ontworpen artikel 80 blijkt niet voldoende duidelijk volgens welke procedure voorlopige maatregelen dienen te worden gevraagd. Dient zulks in het verzoekschrift tot nietigverklaring te gebeuren of kunnen voorlopige maatregelen ook in een afzonderlijk verzoekschrift worden gevraagd? Ter wille van de rechtszekerheid zou de ontworpen bepaling op dat punt best worden geëxpliciteerd.

.../...

2. Het ontworpen artikel 80, tweede lid, luidt:

"Deze vordering wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, al naargelang".

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet zich in verband met het vereiste van het doorlopen van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid genoopt om *mutatis mutandis* de opmerkingen te herhalen die hij reeds in het verleden heeft geformuleerd.

In advies 37.099/1/2/3/4 van 6 en 7 mei 2004 ⁽¹⁰⁾ merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op:

"In het ontworpen artikel 21bis, § 2, tweede lid, wordt, wat het bij de Raad van State in te stellen beroep betreft, bepaald dat dergelijk beroep «uitsluitend ... via een uiterst dringende rechtspleging» mag gebeuren. Bedoeld wordt dat terzake niet de gewone procedure tot schorsing voor de Raad van State kan worden opgestart, maar wel de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid.

De stellers van het ontwerp gaan op die wijze, wat de betrokken besluiten tot gunning van overheidsopdrachten betreft, voorbij aan het gegeven dat, volgens de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid, een uitzonderlijk en ongewoon karakter heeft in vergelijking met de gewone schorsingsprocedure. Aan dat uitzonderlijke en ongewone karakter liggen diverse redenen ten grondslag.

In de eerste plaats is dergelijke procedure van aard om het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State te verstoren. Zo zullen bijvoorbeeld de magistraten in voorkomend geval het administratief dossier en de nota van de verwerende partij, evenals de eventuele verzoekschriften in tussenkomst, slechts onmiddellijk vóór of op de terechtzitting ontvangen en dienen de betrokken stukken veelal met spoed te worden verzameld en opgesteld met alle risico's vandien op het vlak van volledigheid en juiste voorstelling van zaken, hetgeen een determinerende invloed kan hebben in dossiers betreffende een technisch-complexe aangelegenheid als die inzake de gunning van overheidsopdrachten. Meer in het algemeen dient de Raad van State zich in geval van een procedure in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid uit te spreken na een zeer summier onderzoek dat bezwaarlijk dezelfde diepgang kan vertonen als mag worden verwacht bij andere procedures.

Het uitzonderlijke en ongewone karakter van de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid valt ook te verklaren omdat in dat

⁽¹⁰⁾ Advies 37.099/1/2/3/4 van 6 en 7 mei 2004 over een voorontwerp van programmawet (*Parl. St.*, Kamer, DOC 51 1139/001, 325-327, nr. 5).

geval de rechten van verdediging van de verwerende en de eventueel tussenkomende partijen tot een minimum worden herleid. Het spreekt voor zich dat de inperking van de rechten van verdediging waarmee de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid onmiskenbaar gepaard gaat, zich des te sterker laat gevoelen naarmate de complexiteit van de te behandelen dossiers toeneemt, zoals met name in het contentieux van de gunning van overheidsopdrachten het geval is.

Tot slot valt het uitzonderlijke en ongewone karakter van de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid ongetwijfeld mede te verklaren door de gevolgen die dergelijke procedure voor de organisatie van de Raad van State meebrengt. Zo is er de noodzaak om de diensten op een zodanige wijze te organiseren dat er permanent en terstond een dringende uitspraak kan worden geveld. Het aantal van dergelijke dringende uitspraken heeft bovendien invloed op de zorg die de Raad van State kan besteden aan de andere geschillen, waarvan de beslechting dreigt te worden vertraagd ⁽¹¹⁾.

(...)

Uit wat voorafgaat volgt dat de verplichte beperking tot het instellen van een vordering tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid diverse nadelige gevolgen heeft voor zowel de rechtsbescherming als de goede werking van de Raad van State. De betrokken maatregel biedt daarenboven geen garantie dat in alle gevallen tot een snelle rechterlijke uitspraak wordt gekomen.

Hiermee rekening houdende doen de stellers van het ontwerp er goed aan om andere mogelijkheden te overwegen om tot een snelle uitspraak van de Raad van State te komen, zij het met inachtneming van het belang van zowel de betrokken partijen, als de Raad van State zelf, om toch over een minimumtermijn te beschikken om zich een voldoende oordeel te vormen omtrent de veelal technisch-complexe dossiers inzake de gunning van overheidsopdrachten. Er kan bijvoorbeeld aan worden gedacht om ook een gewone procedure tot schorsing mogelijk te maken, zij het dat eventueel kan worden bepaald dat de desbetreffende vordering binnen een minimumtermijn moet worden ingesteld (bijvoorbeeld binnen vijftien dagen na de betekening van het gunningsbesluit) en de Raad van State verplicht een uitspraak moet doen binnen een kortere termijn dan nu in de praktijk het geval is. Een andere mogelijkheid bestaat erin om in een specifieke, ten aanzien van de betrokken aangelegenheid geldende, versnelde procedure voor de Raad van State te voorzien, welke desalniettemin een minimumtermijn laat voor een behoorlijk onderzoek van de desbetreffende dossiers".

⁽¹¹⁾ Voetnoot 30 uit het geciteerde advies: In het geval bedoeld in artikel 17, § 1, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is er bovendien het gegeven van de dubbele fasering, waarmee de vereiste bevestiging van de voorlopig uitgesproken schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid gepaard gaat.

Ontworpen artikel 81

Het ontworpen artikel 81, tweede lid, ⁽¹²⁾ is volgens de memorie van toelichting "een verplichte bepaling die artikel 2, § 7, van (...) richtlijn 92/13/EEG omzet". Het betrokken lid roept een aantal vragen op, zoals de vraag of aan het ontworpen artikel 81, tweede lid, de bedoeling ten grondslag ligt om af te wijken van de ruimere mogelijkheden tot schadevergoeding die worden vermeld in het ontworpen artikel 81, eerste lid, en de vraag of uit de samenhang tussen de beide leden van het ontworpen artikel 81 moet worden afgeleid dat voor de toepassing van het eerste lid het invoeren van een "reële kans" op toewijzing van de opdracht niet volstaat.

De gemachtigde verduidelijkt in dat verband:

"Het is inderdaad niet de bedoeling om voor de speciale sectoren af te wijken van de schadevergoedingsmogelijkheden van het eerste lid. Dit is o.i. niet het geval, aangezien zowel voor de klassieke als voor de speciale sectoren wordt verwezen naar de inbreuken vermeld in artikel 79.

De bepaling van het tweede lid strekt er enkel toe, overeenkomstig artikel 2, § 7, van de richtlijn, in de speciale sectoren op het vlak van de bewijsvoering iets meer soepelheid te bieden specifiek voor het vorderen van schadevergoeding voor de kosten voor het opstellen van de offerte of van de deelname aan de procedure. Naast het aantonen van een inbreuk tegen het Gemeenschapsrecht of de wet en haar uitvoeringsbesluiten, kan immers worden volstaan met het bewijs van de reële kans om de opdracht te bekomen, terwijl in de regeling van het eerste lid het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de precieze schade en de beweerde inbreuk is vereist".

Ontworpen artikel 84

1. Naar het zeggen van de gemachtigde dient een onverbindendverklaring steeds gepaard te gaan met één van de gevolgen die worden vermeld in het ontworpen artikel 84, eerste lid, 1/ en 2/. Deze bedoeling zou duidelijker moeten worden tot uitdrukking gebracht in de tekst van het ontwerp.

⁽¹²⁾ In de memorie van toelichting wordt verkeerdelijk melding gemaakt van het "voorlaatste lid" van het ontworpen artikel 81.

2. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 84, tweede lid, wordt melding gemaakt van "een straf (...) als bedoeld in artikel 87". In de Franse tekst wordt melding gemaakt van "une pénalité financière visée à l'article 87". Beide begrippen stemmen niet met elkaar overeen. Er wordt derhalve beter geopteerd voor een meer eenvormige terminologie. In dat geval dienen ook andere bepalingen van het ontwerp te worden aangepast, waaronder het ontworpen artikel 87.

Ontworpen artikel 88

1. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 88 vervange men in de Nederlandse tekst het woord "kennisgeving" door het woord "betekening" ⁽¹³⁾.

2. Ter wille van de leesbaarheid moet in de Franse tekst van het ontworpen artikel 88, 4/, i), a), worden geschreven "au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications".

Ontworpen artikel 89

Rekening houdend met de door de gemachtigde verstrekte uitleg dient aan het einde van het ontworpen artikel 89 te worden geschreven "... mag in geen geval 5% van het toegewezen opdrachtbedrag, exclusief BTW, overschrijden".

Ontworpen artikel 93

Het ontworpen artikel 93 bepaalt dat de artikelen 69 tot 75 toepasselijk zijn op de opdrachten bedoeld in de ontworpen titel III. In dat verband rijst de vraag op welke wijze toepassing zal moeten worden gemaakt van het ontworpen artikel 73, dat herhaaldelijk verwijst naar artikel 76, ingeval artikel 76 door de aanbestedende instantie

⁽¹³⁾ Vgl. met artikel 4, derde 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.

niet toepasselijk wordt gemaakt (zie het ontworpen artikel 94). Eindigt dan bijvoorbeeld ook de schorsing van de gestanddoeningstermijn wanneer binnen de in het ontworpen artikel 76, tweede lid, bedoelde termijn geen vordering tot schorsing werd ingediend?

Volgens de gemachtigde zou het ontworpen artikel 93 inderdaad moeten worden aangepast in het licht van de voorgaande vraagstelling, en dienen meer bepaald "de verwijzingen naar artikel 73, § 1, tweede en derde lid, en § 2, (te worden geneutraliseerd) teneinde op die manier de toepassing van artikel 76 te neutraliseren".

Ontworpen artikel 96

De Raad van State kan de toewijzingsbeslissing schorsen eenmaal de overeenkomst is ontstaan⁽¹⁴⁾. De vraag rijst of dit kan gebeuren op basis van de schending van de wachttermijn, terwijl er geen onverbindendverklaring mogelijk is ?

De gemachtigde verstrekke in dat verband de volgende toelichting:

"Voor de opdrachten bedoeld in titel III zou van de bepalingen van hoofdstuk 4 van titel II betreffende de wachttermijn enkel mogen worden voorzien in de toepasselijkheid van artikel 76, eerste lid. Aldus dringt zich een wijziging op van zowel artikel 94 als van artikel 96:

«Artikel 94 - De aanbestedende instantie kan artikel 76, eerste lid, op de opdrachten bedoeld in deze titel toepasselijk maken»;

"«Artikel 96 - Wanneer de aanbestedende instantie artikel 76, eerste lid, vrijwillig toepasselijk maakt ...»".

Ontworpen artikel 98

Het ontworpen artikel 98 beoogt de omzetting van artikel 3 van richtlijn 89/665/EEG en artikel 8 van richtlijn 92/13/EEG. Deze artikelen hebben evenwel betrekking op door de Europese Commissie in te stellen procedures ten aanzien van de lidstaten en behoeven derhalve geen omzetting in het interne recht. Enkel het bepaalde in

⁽¹⁴⁾ Zie wat dat betreft de commentaar in de memorie van toelichting bij het ontworpen artikel 78.

het ontworpen artikel 98, § 6, dat betrekking heeft op de coördinerende rol die voor de Eerste Minister is weggelegd bij het doorsturen van het antwoord aan de Europese Commissie, houdt een zinvolle omzetting in van de voornoemde bepalingen van de betrokken richtlijnen. Het ontworpen artikel 98 wordt derhalve beter beperkt tot het bepaalde in paragraaf 6 ervan.

Artikel 4

De bij artikel 4 van het ontwerp in te voegen ⁽¹⁵⁾ bepaling is artikel 99 van de wet van 24 december 1993. De inleidende zin van artikel 4 van het ontwerp moet dienovereenkomstig worden gecorrigeerd.

Artikelen 5 tot 7

In een opheffingsbepaling moeten alle teksten worden vermeld die nog van kracht zijnde wijzigingen bevatten van de op te heffen bepaling. Dat betekent dat bijvoorbeeld artikel 5 van het ontwerp dient te luiden:

"Artikel 21*bis* van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 9 juli 2004 en gewijzigd bij de wet van 8 juni 2008 en bij het koninklijk besluit van 29 september 2009, wordt opgeheven".

De redactie van de artikelen 6 en 7 van het ontwerp dient op gelijkaardige wijze te worden aangepast.

Artikel 8

Artikel 8, eerste lid, van het ontwerp draagt de Koning op om de datum van inwerkingtreding van de ontworpen wet te bepalen. Daarbij wordt geen melding gemaakt van een uiterste datum van inwerkingtreding. Er dient evenwel mee rekening te worden

⁽¹⁵⁾ En niet "in te dienen" bepaling, zoals in de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 4 van het ontwerp verkeerdelijk wordt vermeld.

gehouden dat richtlijn 2007/66/EG luidens haar artikel 3, lid 1, uiterlijk op 20 december 2009 in het interne recht dient te zijn omgezet.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.322/1
DU 22 OCTOBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 19 octobre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, prorogé jusqu'au 5 novembre 2009, sur un avant-projet de loi "introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", a donné l'avis suivant:

Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée

"par l'obligation d'assurer la transposition pour le 20 décembre 2009 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics".

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis tend à insérer un nouveau livre III dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Cette insertion poursuit un double objectif.

En premier lieu, elle vise à transposer en droit interne la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (titre II en projet du livre III de la loi du 24 décembre 1993). Cette directive doit être transposée au plus tard le 20 décembre 2009 ⁽¹⁾ et vise essentiellement à rendre plus efficaces les procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

En outre, le projet a pour objet d'étendre aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux directives européennes relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics (titre III en projet du livre III de la loi du 24 décembre

⁽¹⁾ Article 3, paragraphe 1, de la directive 2007/66/CE.

1993) le champ d'application de certaines règles de procédure, inscrites dans la loi du 24 décembre 1993 en vue de la transposition de la directive 2007/66/CE précitée ⁽²⁾.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 ont été transposées dans l'ordre juridique belge, d'une part, par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, d'autre part, en ce qui concerne la protection juridique, par la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Ces deux lois ne sont pas encore entrées en vigueur.

Le projet de loi soumis pour avis tend à transposer la directive 2007/66/CE en insérant un certain nombre de dispositions dans la loi du 24 décembre 1993, qui est toujours en vigueur. Cette dernière directive se réfère toutefois, quant à son application, aux marchés publics visés dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. La question se pose donc de savoir si la directive 2007/66/CE peut être transposée intégralement et correctement en modifiant de la loi du 24 décembre 1993, alors que les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE n'ont pas été transposées par cette loi, mais par les lois précitées des 15 et 16 juin 2006 qui ne sont pas encore entrées en vigueur.

Selon le délégué, il est envisagé d'introduire également un projet de loi modifiant la loi du 15 juin 2006 et d'abroger en même temps la loi du 16 juin 2006.

Le délégué a encore précisé ce qui suit:

"Overwegende dat:

⁽²⁾ Sont visées la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

- door de verschillende aanpassingen van de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten, waarbij inzonderheid wordt verwezen naar het laatste aanpassingsbesluit van 29-09-2009 (BS, 2-10-2009), is voorzien in de omzetting van de dwingende bepalingen van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG;
- daarmee het toepassingsgebied ten opzichte van de richtlijn 2007/66/EG strikt genomen is afgedekt;
- eerstdaags een wetsontwerp zal worden ingediend dat zal strekken tot de invoering van analoge bepalingen in de nieuwe wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 (zij het afgestemd op het ruimer toepassingsveld van deze wet, d.w.z. rekening houdende met de in de richtlijnen 2004/17 en 18 bedoelde - facultatieve - bepalingen omtrent het dynamisch aankoopstelsel, de raamovereenkomst in de klassieke sectoren, ...) en waarin verder zal worden voorzien in de opheffing van de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, is de omzetting van de richtlijn 2007/66/E.G. o.i. wel degelijk verzekerd".

2. Plusieurs dispositions du projet présentent des discordances entre les textes français et néerlandais. Certaines des discordances les plus évidentes seront mentionnées dans les observations relatives aux articles. Il appartient toutefois aux auteurs de soumettre le texte du projet à un examen complémentaire et systématique sous cet angle.

Par ailleurs, il faudra veiller, tant dans le texte français que dans le texte néerlandais du projet, à utiliser une terminologie uniforme. Cela n'est pas toujours le cas en l'espèce. Ainsi, par exemple, la notion d'"autorité adjudicatrice" figurant dans le texte français est rendue dans le texte néerlandais tant par les mots "aanbestedende overheid" que par les mots "aanbestedende instantie" ⁽³⁾. Dans les articles 73, § 1^{er}, alinéa 2, 2/ et 3/, et 76, alinéa 3, en projet, le texte français emploie chaque fois le terme "avertissement". Les dispositions correspondantes du texte néerlandais utilisent tantôt le terme "berichten", tantôt le terme "verwittigen". Il va de soi que sur ces points, le texte néerlandais doit être aussi uniforme que le texte français.

⁽³⁾ L'article 66, 4/, en projet, définit la notion d'"aanbestedende instantie" (autorité adjudicatrice).

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

Sauf en cas de coordination ou de codification, une disposition modificative ne peut avoir pour seul objet de renuméroter des articles ou des divisions du dispositif ⁽⁴⁾. Toutefois, à l'article 2 du projet, il est opté pour une telle renumérotation au moyen d'une disposition modificative. Compte tenu des inconvénients majeurs liés à un tel procédé et afin de ne pas accroître davantage l'insécurité juridique, il est vivement conseillé aux auteurs du projet de se demander si pareille renumérotation est vraiment nécessaire.

Article 3

Article 66 en projet

1. La définition de la notion de "soumissionnaire concerné" (article 66, 8/, en projet) soulève la question de savoir si, dans l'hypothèse où le recours doit être formé devant le juge ordinaire, il suffit qu'il ait statué à ce sujet en première instance ou s'il doit s'agir d'une décision définitive ⁽⁵⁾.

2. Selon l'exposé des motifs, la définition de la notion d'"attribution du marché" (article 66, 10/, en projet) implique une généralisation de la "notion (de l'acte détachable)" qui prévaut en droit administratif". On aperçoit mal quel est le contenu précis de la généralisation envisagée. C'est pourquoi, par souci d'une bonne compréhension du texte, l'exposé des motifs devrait indiquer les modalités d'application actuelles de la

⁽⁴⁾ *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, n° 125, mentionnant plusieurs inconvénients liés à une renumérotation effectuée par voie de disposition modificative. Le guide peut être consulté sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

⁽⁵⁾ Comparez avec l'article 76, alinéa 2, en projet, qui comporte le membre de phrase "avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue".

notion précitée et l'application "généralisée" qui en sera faite à la suite de l'article 66, 10/, en projet ⁽⁶⁾.

Article 68 en projet

Compte tenu de l'intention qui, selon l'exposé des motifs, fonde l'article 68, alinéa 3, en projet, on remplacera, dans le texte néerlandais de cette disposition, le segment de phrase "het goed te keuren offertebedrag evenwel hoger is dan 20% van dit door de Koning vastgestelde bedrag" par le segment de phrase "het goed te keuren offertebedrag evenwel meer dan 20% hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag".

Le même alinéa doit en outre préciser si le montant de l'offre à approuver s'entend TVA comprise ou non.

Article 69 en projet

Les textes français et néerlandais de l'article 69, alinéa 3, en projet, présentent plusieurs discordances. Ainsi, les mots "décision motivée", dans le texte français, ne correspondent pas au terme "toewijzingsbeslissing" dans le texte néerlandais et le segment de phrase "en cas d'impossibilité avérée" dans le texte français n'a pas d'équivalent dans le texte néerlandais. Les deux versions linguistiques de l'alinéa concerné doivent mieux concorder.

Article 73 en projet

1. Selon l'article 73, § 1^{er}, alinéa 2, 2/, en projet, la communication par l'autorité adjudicatrice comprend notamment la "recommandation" de l'avertir dans le délai prescrit à cet effet dans le cas où l'intéressé introduit un recours en suspension.

⁽⁶⁾ Pareille précision est d'autant plus indiquée vu l'emploi que fait le projet des notions d'"attribution" et de "conclusion" du marché (voir l'observation formulée à cet égard sous l'article 74 en projet).

L'article 76, alinéa 3, en projet, mentionne que l'auteur de cette demande est "invité" à avertir l'autorité adjudicatrice de l'introduction de la demande. L'article 91, alinéa 2, en projet, dispose que lorsque l'instance de recours reçoit une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution, elle en informe immédiatement l'autorité adjudicatrice, pour autant que cette demande permette l'identification de cette autorité.

Le régime en projet s'écarte de celui qui existe en matière de délai d'attente et en vertu duquel le soumissionnaire évincé a l'obligation d'informer l'autorité adjudicatrice de la demande de suspension dans ce délai ⁽⁷⁾.

La question se pose de savoir si cette dérogation au régime existant en ce qui concerne le délai d'attente est suffisamment cohérente.

Par exemple, lorsqu'un soumissionnaire introduit une demande de suspension le dernier jour du délai d'attente visé à l'article 76 en projet, comme un vendredi, sans en faire la communication à l'autorité adjudicatrice et que le Conseil d'État ne reçoit le recours que le lundi et le communique à l'autorité précitée, le risque existe que cette dernière conclue le marché entre-temps, partant de la supposition qu'aucun recours n'a été introduit.

Cela n'empêcherait sans doute pas que le juge ordinaire exerce son pouvoir de censure par la voie d'une déclaration d'absence d'effets conformément à l'article 82, en projet, si les conditions de l'article 82, alinéa 1^{er}, 2/, en projet, étaient réunies. En effet, dans l'hypothèse envisagée ci-dessus, la conclusion est intervenue, à strictement parler, alors qu'une demande de suspension a encore été introduite durant le délai d'attente, ce qui constitue l'unique garantie pour empêcher l'autorité adjudicatrice de conclure le marché avant que l'instance de recours ait pris une décision à cet égard ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Les discussions en Commission des Marchés publics révèlent que le régime en projet entend éviter que la communication à l'autorité adjudicatrice constitue une condition supplémentaire par rapport aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, que la directive 2007/66/CEE entend modifier. Voir à cet égard l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la directive 89/665/CEE, que remplace l'article 1^{er} de la directive 2007/66/CE, et le considérant 11 de cette dernière directive.

⁽⁸⁾ Voir l'article 76 en projet et le commentaire que donne l'exposé des motifs de l'article 73 en projet.

2. Par souci de clarté et par analogie avec le texte néerlandais, on mentionnera, dans le texte français de la phrase introductive de l'article 73, § 2, alinéa 2, en projet, que l'ensemble des offres "déposées pour ce marché" sont visées.

Article 74 en projet

Le texte français de l'article 74 en projet évoque "la décision de renoncer à l'attribution d'un marché". Le texte néerlandais se réfère au moment suivant "het nemen van de beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht".

À propos de la portée du mot "gunnen" à l'article 74 en projet, le délégué a précisé ce qui suit:

"Het gaat hier om de notie «gunnen» in zijn ruimere betekenis van «plaatsen». In voorkomend geval kan het gaan om de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht, maar het kan ook gebeuren dat al in een eerder stadium wordt beslist om de procedure stop te zetten (vooraleer er sprake is van een toewijzing). De beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht omvat m.a.w. de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht".

Compte tenu de cette précision, la question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable de remplacer la notion d'"attribution d'un marché" dans le texte français de l'article 74 en projet par un terme plus général comme celui de "conclusion" - à l'instar du texte néerlandais - que l'article 66, 11/, en projet, définit par ailleurs. En effet, l'article 66, 10/, en projet, définit l'"attribution du marché" comme "la décision prise par l'autorité adjudicatrice désignant le soumissionnaire retenu", ce qui évoque plutôt une décision spécifique et non une décision de "conclusion" comme l'entend sans doute l'article 74 en projet.

Dans d'autres dispositions (voir l'article 88, 4/, i), a), en projet), le texte français fait invariablement état de l'"attribution du marché" alors que le texte néerlandais du projet emploie indistinctement les notions de "toewijzing" et "gunning" auxquelles l'article 66, 10/ et 11/, en projet, donne pourtant des définitions différentes. Le texte français des articles 88, 4/, ii), et 98, § 1^{er} ⁽⁹⁾, en projet, évoque par ailleurs "la conclusion

⁽⁹⁾ Voir toutefois l'observation faite ci-après concernant l'article 98 en projet.

du marché" alors que le texte néerlandais emploie les termes "toegewezen" ou "toewijzing", ce qui n'est pas davantage conforme à la définition que donne des notions concernées l'article 66, 10/ et 11/ en projet. Le texte du projet devrait à cet égard être rédigé d'une manière plus cohérente dans les deux langues nationales.

Article 75 en projet

À la fin de l'article 75, alinéa 3, en projet, on constate une discordance entre les textes français et néerlandais. En effet, le segments de phrase "au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres" dans le texte français et "over de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid en evaluatie van de offertes" dans le texte néerlandais, ne concordent pas. Il convient d'y remédier.

Article 76 en projet

L'article 88, 2/, en projet, dispose que le délai pour introduire un recours en suspension n'est pas de quinze jours mais de dix jours en cas d'application de l'article 83 en projet, lequel fait également référence à la situation où le marché n'est pas conclu dans un délai de dix jours à compter de la publication de l'avis indiquant la volonté de conclure le marché.

À la question de savoir comment l'article 88, 2/, en projet, se conçoit par rapport à l'article 76, le délégué a répondu:

"De bepaling van de tweede zin van artikel 88, 2/, betreffende termijn voor het indienen van een vordering tot schorsing in het kader van een wachttermijn, impliceert dat bij toepassing van artikel 83, dat voorziet in de mogelijkheid om te ontsnappen aan de onverbindendverklaring, een wachttermijn moet worden gerespecteerd, die in dat geval meer bepaald 10 dagen bedraagt.

Bij nader inzien lijkt het ons inderdaad aangewezen om de toepassing van de wachttermijn, en dus de verhouding met artikel 76, te verduidelijken door in artikel 83 een bepaling op te nemen die verwijst naar de schorsingsregeling van artikel 80".

Article 77 en projet

L'article 77, 3/, en projet mentionne un "accord-cadre". À l'article 2^{ter}, paragraphe 1, c), de la directive 92/13/CEE, il est cependant question d'un "système d'acquisition dynamique". La question est de savoir comment ces deux dispositions se positionnent l'une par rapport à l'autre.

Article 80 en projet

1. L'article 80 en projet n'indique pas suffisamment clairement la procédure régissant la demande de mesures provisoires. Convient-il de les demander dans la requête en annulation ou peuvent-elles l'être aussi dans une requête distincte? Dans un souci de sécurité juridique, la disposition en projet gagnerait à être précisée sur ce point.

2. L'article 80, alinéa 2, en projet, s'énonce comme suit:

"Ce recours est introduit selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, selon le cas".

Le Conseil d'État, section de législation, se voit contraint, en ce qui concerne l'exigence de suivre une procédure d'extrême urgence, de rappeler *mutatis mutandis* les observations qu'il a déjà formulées par le passé.

Dans son avis 37.099/1/2/3/4 des 6 et 7 mai 2004 ⁽¹⁰⁾, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit:

"En ce qui concerne le recours à introduire devant le Conseil d'État, l'article 21^{bis}, § 2, alinéa 2, en projet, prévoit que ce recours peut être intenté "exclusivement par une procédure d'extrême urgence". Cela signifie que ce n'est pas la procédure de suspension ordinaire devant le Conseil d'État qui peut être intentée, mais bien la procédure de suspension au titre de l'extrême urgence.

Les auteurs du projet perdent ainsi de vue, en ce qui concerne les décisions d'adjudication des marchés publics concernées, que dans l'économie des lois

⁽¹⁰⁾ Avis 37.099/1/2/3/4 des 6 et 7 mai 2004 sur un avant-projet de loi-programme (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 51 1139/001, 325-327, n/ 5).

coordonnées sur le Conseil d'État la procédure de suspension d'extrême urgence revêt un caractère exceptionnel et inhabituel par rapport à la procédure de suspension ordinaire. À l'origine de ce caractère exceptionnel et inhabituel se trouvent des raisons diverses.

Tout d'abord, une telle procédure est susceptible de perturber le fonctionnement normal de la procédure devant le Conseil d'État. Ainsi par exemple, les magistrats ne recevront éventuellement le dossier administratif et la note de la partie défenderesse, ainsi que les éventuelles requêtes en intervention, que juste avant l'audience ou à l'audience même, les pièces concernées devant généralement être rassemblées et rédigées en urgence, avec tous les risques que cela comporte sur le plan de la complétude et de la présentation exacte des faits, ce qui peut avoir un effet déterminant dans des dossiers concernant une matière technique complexe comme celle de l'adjudication des marchés publics. Plus généralement, le Conseil d'État est amené, dans une procédure d'extrême urgence, à statuer après avoir procédé à un examen très sommaire, qui peut difficilement être aussi fouillé que ce que d'autres procédures laissent escompter.

Le caractère exceptionnel et inhabituel de la procédure de suspension d'extrême urgence s'explique également par la circonstance que dans ce cas, les droits de la défense de la partie défenderesse et des éventuelles parties intervenantes sont réduits à leur plus simple expression. Il va sans dire que la limitation des droits de la défense qui découle indéniablement de la procédure de suspension d'extrême urgence, se manifeste d'autant plus fortement à mesure que les dossiers à instruire deviennent plus complexes, comme c'est notamment le cas dans le contentieux de la passation des marchés publics.

Enfin, le caractère exceptionnel et inhabituel de la procédure de suspension d'extrême urgence s'explique aussi certainement par les effets d'une telle procédure sur l'organisation du Conseil d'État. Il est ainsi nécessaire d'organiser les services de manière à pouvoir rendre en permanence un jugement urgent sur-le-champ. Le nombre de tels jugements urgents affecte en outre l'attention que le Conseil d'État peut consacrer à d'autres litiges, dont la solution risque d'être retardée ⁽¹¹⁾.

(...)

Il s'ensuit que l'obligation d'introduire exclusivement une demande de suspension d'extrême urgence a des conséquences préjudiciables diverses, tant pour la protection juridique que pour le bon fonctionnement du Conseil d'État. De surcroît, cette mesure ne garantit nullement qu'un jugement rapide sera rendu dans tous les cas.

Partant de cette constatation, les auteurs du projet seraient bien avisés de réfléchir à d'autres pistes, pour obtenir une décision rapide de la part du Conseil d'État, tout en respectant l'intérêt tant des parties intéressées que du Conseil d'État proprement dit, qui ménageraient malgré tout un délai minimum permettant de se forger une opinion suffisante sur les dossiers techniques souvent complexes en

⁽¹¹⁾ *Note 30 de l'avis cité*: Dans le cas visé à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il faut en outre tenir compte des deux phases qu'implique la confirmation requise de la suspension provisoire en cas d'extrême urgence.

matière d'adjudication de marchés publics. Ils pourraient par exemple envisager de permettre également une procédure de suspension ordinaire en prévoyant éventuellement que la demande en question devrait être introduite dans un délai minimum (par exemple, dans les quinze jours de la notification de la décision d'adjudication du marché) et que le Conseil d'État serait tenu de statuer dans un délai plus court que ce n'est le cas pour l'instant dans la pratique. Une autre possibilité consisterait à prévoir, pour la matière en question, une procédure spécifique accélérée devant le Conseil d'État, qui laisserait néanmoins un délai minimum pour examiner convenablement les dossiers concernés".

Article 81 en projet

Selon l'exposé des motifs, l'article 81, alinéa 2, en projet ⁽¹²⁾ est "une disposition transposant l'article 2, § 7, de la directive 92/13/CEE". L'alinéa concerné suscite un certain nombre de questions, telles que celles de savoir si l'intention de l'article 81, alinéa 2, en projet, est de déroger aux possibilités plus étendues en matière d'octroi de dommages et intérêts, mentionnées à l'article 81, alinéa 1^{er}, en projet, et s'il faut déduire de la connexité entre les deux alinéas de l'article 81 en projet que pour l'application de l'alinéa 1^{er}, il ne suffit pas d'invoquer une "chance réelle" de remporter le marché.

Le délégué précise à cet égard:

"Het is inderdaad niet de bedoeling om voor de speciale sectoren af te wijken van de schadevergoedingsmogelijkheden van het eerste lid. Dit is o.i. niet het geval, aangezien zowel voor de klassieke als voor de speciale sectoren wordt verwezen naar de inbreuken vermeld in artikel 79.

De bepaling van het tweede lid strekt er enkel toe, overeenkomstig artikel 2, § 7, van de richtlijn, in de speciale sectoren op het vlak van de bewijsvoering iets meer soepelheid te bieden specifiek voor het vorderen van schadevergoeding voor de kosten voor het opstellen van de offerte of van de deelname aan de procedure. Naast het aantonen van een inbreuk tegen het Gemeenschapsrecht of de wet en haar uitvoeringsbesluiten, kan immers worden volstaan met het bewijs van de reële kans om de opdracht te bekomen, terwijl in de regeling van het eerste lid het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de precieze schade en de beweerde inbreuk is vereist".

⁽¹²⁾ Dans l'exposé des motifs, il est fait erronément mention de "l'avant-dernier alinéa" de l'article 81 en projet.

Article 84 en projet

1. Selon le délégué, une déclaration d'absence d'effets doit toujours s'accompagner d'une des conséquences mentionnées à l'article 84, alinéa 1^{er}, 1/ et 2/, en projet. Cette intention devrait être exprimée de manière plus claire dans le texte du projet.

2. Dans le texte néerlandais de l'article 84, alinéa 2, en projet, il est fait état d'une "straf (...) als bedoeld in artikel 87". Dans le texte français, il est question d'"une pénalité financière visée à l'article 87". Les deux notions ne concordent pas. Mieux vaut dès lors choisir une terminologie plus uniforme. Dans ce cas, il faudra également adapter d'autres dispositions du projet, dont l'article 87 en projet.

Article 88 en projet

1. Dans la phrase introductive de l'article 88 en projet, on remplacera dans le texte néerlandais le mot "kennisgeving" par le mot "betekening" ⁽¹³⁾.

2. Dans un souci de lisibilité, il faut écrire dans le texte français de l'article 88, 4/, i), a), en projet "au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications".

Article 89 en projet

Eu égard à l'explication fournie par le délégué, il faut écrire à la fin de l'article 89 en projet "... ne peut en aucun cas dépasser 5% du montant du marché attribué, hors TVA".

⁽¹³⁾ Cf. article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Article 93 en projet

L'article 93 en projet dispose que les articles 69 à 75 sont applicables aux marchés visés au titre III en projet. À cet égard, la question se pose de savoir comment il devra être fait application de l'article 73 en projet, lequel se réfère à plusieurs reprises à l'article 76, si ce dernier article n'est pas rendu applicable par l'autorité adjudicatrice (voir l'article 94 en projet). La suspension du délai d'engagement prend-elle par exemple aussi fin lorsqu'aucune demande de suspension n'a été introduite dans le délai visé à l'article 76, alinéa 2, en projet?

Selon le délégué, il faudrait en effet adapter l'article 93 en projet en tenant compte de la question posée ci-dessus et plus particulièrement "omettre" les références à l'article 73, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, et § 2 afin de neutraliser ainsi l'application de l'article 76.

Article 96 en projet

Le Conseil d'État peut suspendre la décision d'attribution dès que la convention est née ⁽¹⁴⁾. La question se pose de savoir si cette suspension peut être ordonnée sur la base de la violation du délai d'attente, alors qu'aucune déclaration d'absence d'effets n'est possible.

Le délégué a fourni à cet égard le commentaire suivant:

"Voor de opdrachten bedoeld in titel III zou van de bepalingen van hoofdstuk 4 van titel II betreffende de wachtermijn enkel mogen worden voorzien in de toepasselijkheid van artikel 76, eerste lid. Aldus dringt zich een wijziging op van zowel artikel 94 als van artikel 96:

«Artikel 94 - De aanbestedende instantie kan artikel 76, eerste lid, op de opdrachten bedoeld in deze titel toepasselijk maken»;

"«Artikel 96 - Wanneer de aanbestedende instantie artikel 76, eerste lid, vrijwillig toepasselijk maakt ...»".

⁽¹⁴⁾ Voir à cet égard le commentaire dans l'exposé des motifs sur l'article 78 en projet.

Article 98 en projet

L'article 98 en projet vise à transposer l'article 3 de la directive 89/665/CEE et l'article 8 de la directive 92/13/CEE. Ces articles concernent toutefois des procédures à instaurer par la Commission européenne à l'égard des États membres et ne doivent donc pas être transposés dans le droit interne. Seule la règle énoncée à l'article 98, § 6, en projet, relative au rôle de coordination qui est réservé au Premier Ministre en ce qui concerne la communication de la réponse adressée à la Commission européenne, implique une transposition utile des dispositions précitées des directives concernées. Mieux vaut dès lors limiter l'article 98 en projet à la règle énoncée au paragraphe 6 de celui-ci.

Article 4

La disposition que l'article 4 du projet doit insérer⁽¹⁵⁾ est l'article 99 de la loi du 24 décembre 1993. Il y a lieu de corriger la phrase liminaire de l'article 4 du projet en conséquence.

⁽¹⁵⁾ Le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 4 du projet utilise erronément le verbe "indienen" au lieu de "invoegen".

Articles 5 à 7

Une disposition abrogatoire doit mentionner tous les textes comportant des modifications encore en vigueur de la disposition à abroger. Cela signifie que l'article 5 du projet, par exemple, doit s'énoncer comme suit:

"L'article 21*bis* de la même loi, inséré par la loi du 9 juillet 2004 et modifié par la loi du 8 juin 2008 et par l'arrêté royal du 29 septembre 2009, est abrogé".

Il y a lieu d'adapter la formulation des articles 6 et 7 du projet dans le même sens.

Article 8

L'article 8, alinéa 1^{er}, du projet charge le Roi de fixer la date d'entrée en vigueur de la loi en projet. À ce propos, il n'est pas fait mention d'une date ultime d'entrée en vigueur. Il faut toutefois tenir compte du fait qu'en vertu de son article 3, paragraphe 1, la directive 2007/66/CE doit être transposée dans le droit interne au plus tard le 20 décembre 2009.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. TISON,	
	L. DENYS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. M. VAN DAMME.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME