

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.803/1
VAN 2 DECEMBER 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 6 oktober 2010 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 20 december 2010, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "gunning overheidsopdrachten", heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. De regeling die in het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit is vervat, betreft de zogenaamde "klassieke" overheidsopdrachten, zijnde de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, met inbegrip van de concessies voor openbare werken en de werken gegund in naam van concessiehouders van openbare werken, bedoeld in titel II van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 (hierna "wet van 15 juni 2006" genoemd).

Met het ontwerp wordt vooreerst beoogd om de voornoemde regeling inzake overheidsopdrachten aan te vullen door middel van een verdere omzetting in het interne recht van 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 (hierna "richtlijn 2004/18/EG" genoemd).

Het ontwerp strekt tevens tot uitvoering van titel II van de wet van 15 juni 2006, met dien verstande dat het, luidens het verslag aan de Koning, niet "de specifieke voorschriften [bevat] die van toepassing zijn op [bepaal]de defensieopdrachten [...], noch de algemene uitvoeringsregels voor overheidsopdrachten en evenmin de bepalingen betreffende de bevoegdheidsdelegaties en sommige toezichtsmaatregelen voor de overheidsopdrachten op federaal niveau".

Benevens een aantal algemene bepalingen (hoofdstuk 1) bevat het ontwerp regels in verband met de raming van het opdrachtbedrag (hoofdstuk 2), de bekendmaking (hoofdstuk 3), de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes (hoofdstuk 4), het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie (hoofdstuk 5), en het verloop van de onderscheiden gunningsprocedures bij aanbesteding en offerteaanvraag (hoofdstuk 6), bij een onderhandelingsprocedure (hoofdstuk 7), en bij een concurrentiedialoog (hoofdstuk 8). Daarnaast zijn er een aantal regels betreffende specifieke of aanvullende opdrachten en procedures (hoofdstuk 9) en bepalingen inzake de concessie voor openbare werken

(hoofdstuk 10). Aan het einde van het ontwerp zijn er wijzigende en slotbepalingen (hoofdstuk 11).

De ontworpen regeling is in essentie bedoeld om mettertijd in de plaats te komen van de regeling die nu is vervat in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna "koninklijk besluit van 8 januari 1996" genoemd). Er werden in het ontwerp evenwel ook een aantal bepalingen of onderdelen ervan overgenomen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken (hierna "koninklijk besluit van 26 september 1996" genoemd), met inbegrip van de algemene aannemingsvoorwaarden die er de bijlage van vormen, meer in het bijzonder voor zover het bepalingen betreft die reeds in acht zijn te nemen vóór de fase van de uitvoering van een overheidsopdracht. Voorts worden met het ontwerp twee wijzigingen aangebracht in het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen.

Bij het ontwerp horen diverse bijlagen die voornamelijk modelformulieren voor opdrachtdocumenten bevatten, maar ook een niet-limitatieve lijst van publiekrechtelijke instellingen die het toepassingsgebied van de wet van 15 juni 2006 en van het ontworpen besluit moet verduidelijken, evenals lijsten die bepalend zijn voor de berekening van drempelbedragen waarop de bekendmakingsregeling is afgestemd.

2.1. Onder voorbehoud van hetgeen onder de volgende nummers zal worden opgemerkt in verband met de rechtsgrond van sommige bepalingen van het ontwerp, kan dit laatste worden geacht rechtsgrond te vinden in de artikelen van de wet van 15 juni 2006 waarvan melding wordt gemaakt in het eerste lid van de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

2.2. Artikel 6, § 1, derde lid, van de wet van 15 juni 2006 biedt rechtsgrond voor artikel 19 van het ontwerp¹. De betrokken wetsbepaling houdt in dat de herziening van de prijzen moet tegemoetkomen aan de prijsevolutie van de hoofdcomponenten van de kostprijs, "overeenkomstig de door de Koning te bepalen modaliteiten".

2.3. De artikelen 44, 45, 54, 59, 64, 72, 74, 77 en 79 van de wet van 15 juni 2006 strekken de ontworpen regeling niet tot rechtsgrond, hetzij omdat de erin beoogde delegatiebepalingen betrekking hebben op andere overheidsopdrachten dan die bedoeld in

¹ In artikel 19 van het ontwerp wordt niet in een bijzondere regeling voorzien voor de aannemer, de leverancier of de dienstverlener die een beroep doet op onderaannemers, zodat erin geen uitvoering wordt gegeven aan artikel 6, § 1, vierde lid, van de wet van 15 juni 2006 en deze laatste bepaling artikel 19 van het ontwerp niet tot rechtsgrond strekt.

titel II van de wet ², hetzij omdat met het ontwerp geen uitvoering wordt gegeven aan de betrokken delegatiebepalingen ³, hetzij omdat het wijzigingsbepalingen betreft zonder enige delegatiebepaling ⁴, hetzij omdat het om bepalingen gaat waarin uitsluitend de naleving van het vereiste inzake overleg in de Ministerraad wordt voorgeschreven ⁵.

2.4. Een aantal bepalingen van het ontwerp die strekken tot omzetting van richtlijn 2004/18/EG kunnen worden geacht rechtsgrond te vinden in de algemene delegatiebepalingen van artikel 75, § 1, eerste lid ⁶, en § 2 ⁷, van de wet van 15 juni 2006.

2.5. Sommige bepalingen van het ontwerp beogen niet als zodanig uitvoering te geven aan een uitdrukkelijke delegatiebepaling van de wet van 15 juni 2006, maar kunnen niettemin worden ingepast in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning zoals die voortvloeit uit artikel 108 van de Grondwet ⁸.

2.6. De artikelen 156 en 157 van het ontwerp beogen wijzigingen aan te brengen in respectievelijk de artikelen 29 en 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, en vinden rechtsgrond in artikel 19, § 1, van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk ⁹.

² Dat is het geval voor de artikelen 44, 45, 54, 59, 64 en 72 van de wet van 15 juni 2006.

³ Dat is het geval voor artikel 74 van de voornoemde wet.

⁴ Dat is het geval voor artikel 77 van de wet van 15 juni 2006.

⁵ Dat is het geval voor artikel 79 van de wet van 15 juni 2006.

⁶ Artikel 75, § 1, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 luidt: "De Koning kan de maatregelen nemen, met inbegrip van de opheffing, aanvulling, wijziging of vervanging van wetsbepalingen, die nodig zijn om de omzetting te verzekeren van de verplichte bepalingen die voortvloeien uit het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en de internationale akten die genomen werden krachtens dit verdrag en die de overheidsopdrachten en de opdrachten voor werken, leveringen en diensten betreffen bedoeld in deze wet". Deze wetsbepaling kan worden geacht rechtsgrond te bieden voor de artikelen 1, 9, 11, 13, 20, 158 en 159 van het ontwerp.

⁷ Artikel 75, § 2, van de wet van 15 juni 2006 bepaalt: "De Koning kan de Eerste Minister belasten met de aanpassing van bepaalde bedragen die in de uitvoeringsmaatregelen voorkomen in functie van de herzieningen voorzien in de Europese richtlijnen en die de waarde aangeven van de drempels waarvan sprake in deze richtlijnen". Deze wetsbepaling biedt rechtsgrond voor artikel 31, laatste lid, van het ontwerp.

⁸ Zie de artikelen 5, 10, 12, 14 tot 18, 21, 22 en 160 van het ontwerp.

⁹ In artikel 19, § 1, van de wet van 4 augustus 1996 wordt de Koning opgedragen om diverse voorwaarden, gevallen, verplichtingen en nadere regels te bepalen op het vlak van de veiligheid en gezondheid van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

3. Artikel 55 van het ontwerp bepaalt dat, wanneer een inschrijver-natuurlijk persoon, in de loop van de gunningsprocedure zijn beroepsactiviteit onderbrengt in een rechtspersoon, hij samen met die rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk blijft voor de verbintenissen die hij in zijn offerte heeft aangegaan.

Met betrekking tot een gelijkaardige bepaling, die artikel 95 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 is geworden, merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving in zijn advies 24.123/1 van 23 maart 1995 het volgende op:

"De tweede zin van de voornoemde bepaling is eveneens overbodig in de mate dat met het opleggen van de hoofdelijke aansprakelijkheid niets meer wordt bedoeld dan wat in de ter zake geldende voorschriften van de vennootschapswet¹⁰ en van het Burgerlijk Wetboek is voorzien¹¹ en met betrekking tot de handelaars, door de rechtspraak is aanvaard¹². Is het daarentegen de bedoeling van de stellers van het ontwerp op een specifieke en geëigende wijze de hoofdelijke aansprakelijkheid in het beoogde geval te regelen, dan ontbreekt de rechtsgrond daarvoor. Geen bepaling van de wet van 24 december 1993 verleent immers aan de Koning de bevoegdheid om de rechtsopvolging van een natuurlijke persoon door een rechtspersoon, te regelen noch, *a fortiori*, om een hoofdelijke verbintenis aan beiden op te leggen".

De aangehaalde opmerking blijft onverkort gelden, in die zin dat de wet van 15 juni 2006, net zomin als de wet van 24 december 1993, rechtsgrond biedt om de rechtsopvolging van een natuurlijke persoon door een rechtspersoon te regelen noch, *a fortiori*, om een hoofdelijke verbintenis aan beiden op te leggen¹³.

¹⁰ Voetnoot 1 uit het geciteerde advies: Zie bijvoorbeeld artikel 13bis van de vennootschapswet [thans: artikel 60 van het Wetboek van Vennootschappen]. In de mate dat de natuurlijke persoon in naam van een vennootschap in oprichting en vooraleer deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een inschrijving heeft genomen, is, tenzij anders is overeengekomen, de hier bedoelde natuurlijke persoon persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk indien de vennootschap die verbintenis niet heeft opgenomen binnen de twee maanden na haar oprichting of indien de vennootschap niet tot stand is gekomen binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis.

¹¹ Voetnoot 2 uit het geciteerde advies: Luidens artikel 1202 B.W. wordt hoofdelijkheid niet vermoed. Zij moet uitdrukkelijk bedongen zijn of bestaan "van rechtswege krachtens een bepaling van de wet". Met de woorden "krachtens een bepaling van de wet" wordt niet enkel het geval bedoeld waarin de hoofdelijkheid bij de wet zelf is opgelegd, maar ook het geval waarin zij bepaald wordt bij een besluit of reglement genomen overeenkomstig de wet ("en conformité de la loi" : Cass., 7 mei 1942, Pas., 1942, I, 117 en DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, III, p. 316, nr. 321, noot 1).

¹² Voetnoot 3 uit het geciteerde advies: Cass. 3 april 1952, Pas. 1952, I, 498.

¹³ De artikelen 20, eerste lid, en 23 van de wet van 15 juni 2006, waaraan door de gemachtigde wordt gerefereerd, bevatten geen of geen voldoende specifieke bevoegdheidsopdracht die de Koning zou toelaten om de beoogde rechtsopvolging of hoofdelijke verbintenis te regelen.

4. Met betrekking tot de uitsluitingsregeling die inzake de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is ingeschreven in artikel 104, § 1, van het ontwerp, rijst de vraag naar de verenigbaarheid ervan met artikel 20, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006, waarin wordt bepaald dat, behalve om dwingende redenen van algemeen belang, elke kandidaat of inschrijver de toegang tot elke overheidsopdracht ontzegt wordt indien hij werd veroordeeld bij een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde waarvan de aanbestedende overheid kennis heeft en die betrekking heeft op deelname aan een criminele organisatie, omkoping, fraude of witwassen van geld.

Aan de gemachtigde werd door het met het onderzoek belaste lid van het auditoraat in dat verband de volgende vraag gesteld:

"Dient de volledige niet-toepassing van hoofdstuk 5, die in artikel 104, § 1, tweede lid, is bepaald voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, niet als onwettig te worden beschouwd, in acht genomen dat, zoals in het verslag aan de Koning (p. 126) wordt gesteld, '[a]rtikel 60, § 1, handelt over de uitsluitingsgevallen die conform artikel 20, tweede lid, van de wet van toepassing zijn in alle gunningsprocedures'?"

De gemachtigde gaf hierop het volgende antwoord:

"De bedoelde bepaling zou op dat punt inderdaad als problematisch kunnen worden beschouwd. Nochtans lijkt ze onontbeerlijk zo men het principe en de toepassing van de opdrachten gesloten met een aanvaarde factuur niet volledig wil uithollen. Ter verhelping van dit probleem, zou kunnen worden overwogen artikel 20, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 te wijzigen door de Koning hierin te machtigen tot het bepalen van uitzonderingen voor de bedoelde kleine opdrachten. Daarbij kan erop worden gewezen dat een wijziging van voormelde wet sowieso in het vooruitzicht is gesteld (zie in dat verband punt I.3. van de nota aan de Ministerraad).

Ter gelegenheid van uw vraagstelling willen we er verder op wijzen dat ook de formulering van artikel 104, § 1, eerste lid, 2°, problematisch zou kunnen zijn in de zin dat het een lezing toelaat volgens dewelke men voor alle opdrachten gegund via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (dus ook voor deze die niet worden gesloten op aanvaarde factuur) de toepassing van de artikelen 60, §§1 en 2, 5°, en 61, zou kunnen uitsluiten door een bepaling in de opdrachtdocumenten, wat uiteraard evenmin in overeenstemming zou zijn met artikel 20, tweede lid, van de wet. O.i. zou de onderhavige bepaling dan ook best worden geherformuleerd (door punt 2° te beperken tot een verwijzing naar hoofdstuk 5 om vervolgens een lid in te voegen volgens dewelke de artikelen 60, §§1 en 2, 5° en 61 ondubbelzinnig - d.w.z. zonder afwijkmogelijkheid - van toepassing worden verklaard)".

Het aangehaalde antwoord bevestigt dat de in artikel 104, § 1, van het ontwerp opgenomen uitsluitingsregeling niet onverkort doorgang kan vinden zonder voorafgaande aanpassing van artikel 20 van de wet van 15 juni 2006, en dat de redactie van de voornoemde bepaling van het ontwerp grondig dient te worden herzien ¹⁴.

5. Artikel 117, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat, wanneer de aanbestedende overheid een recht van opstal toekent, de promotor niet de rechten heeft welke zijn vermeld in de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet in de wet van 15 juni 2006 geen bepaling die het de Koning mogelijk zou maken om af te wijken van de voornoemde artikelen van de wet van 10 januari 1824 ¹⁵. Om die reden kan artikel 117, tweede lid, niet in het ontwerp worden behouden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Aan de ontworpen regeling ligt mede de bedoeling ten grondslag om de omzetting in het interne recht van richtlijn 2004/18/EG verder te zetten. Deze omzetting gebeurt door middel van uiteenlopende normatieve teksten. Zij heeft in het verleden reeds het voorwerp uitgemaakt van diverse tijdelijke maatregelen ¹⁶ in afwachting van de inwerkingtreding van de wetten van 15 en 16 juni 2006 ¹⁷. Sommige bepalingen van de richtlijn werden omgezet door de wet van 15 juni 2006. Andere bepalingen van de richtlijn

¹⁴ Die herziening kan dan tevens te baat worden genomen om de tekst van het verslag aan de Koning en die van het ontwerp beter op elkaar af te stemmen. Zo wordt in artikel 104, § 1, tweede lid, van het ontwerp melding gemaakt van de voorwaarde dat "de goed te keuren uitgave het bedrag bedoeld in artikel 103, § 1, 4° niet bereikt", welk bedrag overeenstemt met 7.500 euro, terwijl in het verslag aan de Koning bij de bespreking van artikel 104 van het ontwerp wordt verduidelijkt dat het in artikel 104, § 1, tweede lid, gaat om opdrachten "waarvan de goed te keuren uitgave lager is dan 10.000 euro".

¹⁵ Artikel 28 van de wet van 15 juni 2006, dat in beginsel rechtsgrond biedt voor artikel 117 van het ontwerp, bevat evenmin een bepaling waaruit de Koning dergelijke bevoegdheid zou putten.

¹⁶ Zie onder meer het koninklijk besluit van 29 september 2009 tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet.

¹⁷ 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.

zullen door andere, afzonderlijke wetten en uitvoeringsbesluiten worden omgezet¹⁸. Nog andere bepalingen van de richtlijn zullen worden omgezet op het niveau van de uitvoeringsbesluiten van de wet van 15 juni 2006. Het om advies voorgelegde ontwerp is slechts het eerste in een reeks van dergelijke uitvoeringsbesluiten. Het is de bedoeling om de aldus omgezette bepalingen pas in werking te laten treden wanneer alle uitvoeringsbesluiten, noodzakelijk voor de omzetting van richtlijn 2004/18/EG, tot stand zijn gekomen.

De in de tijd gespreide, deels niet-definitieve en veeleer versnipperde wijze van omzetting van richtlijn 2004/18/EG¹⁹ maakt dat het geen sinecure is om een voldoende inzicht te verwerven omtrent de mate waarin die richtlijn momenteel reeds is omgezet in de interne rechtsorde, omtrent de normatieve teksten die daartoe nog moeten worden tot stand gebracht in de toekomst, en omtrent de bepalingen van het om advies voorgelegde ontwerp die strekken tot omzetting van richtlijnbeoordelingen en welke dat zijn. De toegankelijkheid van de ontworpen regeling zou ermee zijn gebaat indien de verhouding met richtlijn 2004/18/EG niet enkel zou worden verduidelijkt in het verslag aan de Koning, doch indien dat verslag tevens zou worden vergezeld van een concordantietabel waarin duidelijk wordt aangegeven welke artikelen van de wet van 15 juni 2006 en van het om advies voorgelegde ontwerp strekken tot omzetting van welke bepalingen van de voornoemde richtlijn en, omgekeerd, welke richtlijnbeoordelingen in het interne recht worden omgezet door welke normatieve bepalingen²⁰.

2.1. Uit wat voorafgaat volgt dat niet een volledige omzetting van richtlijn 2004/18/EG in het interne recht is beoogd. Vraag is of de aldus geconcipieerde, gedeeltelijke omzetting van de voornoemde richtlijn naar behoren gebeurt en of de omzetting, binnen haar beperkte contouren, niet onvolledig of onjuist is op bepaalde punten. Op basis van een vergelijking van de tekst van het ontwerp met de tekst van richtlijn 2004/18/EG en de door de gemachtigde aan de Raad van State meegedeelde concordantietabel, is gebleken dat er diverse vragen rijzen met betrekking tot de met het ontwerp beoogde omzetting van de voornoemde richtlijn. Deze vragen worden onder de hierna volgende randnummers weergegeven.

¹⁸ Zo zal artikel 10 van richtlijn 2004/18/EG, gelezen in samenhang met richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsbeleid, nog door een afzonderlijke wet worden omgezet. De omzetting van de artikelen 41 en 43 van richtlijn 2004/18/EG zal, in het kader van een nieuwe omzetting van de richtlijnen betreffende de rechtsbescherming (zie titel IIbis van de wet van 24 december 1993), eveneens door middel van een afzonderlijke wet en een uitvoeringsbesluit gebeuren.

¹⁹ Deels als gevolg van die versnippering en deels als gevolg van een bewuste keuze van de interne regelgever is het verband tussen de systematiek van het interne recht en de systematiek van richtlijn 2004/18/EG niet steeds even duidelijk.

²⁰ Een dergelijke concordantietabel werd door de gemachtigde aan de Raad van State meegedeeld.

2.2. Artikel 4, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG vermeldt het principe dat gegadigden of inschrijvers die krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd, gerechtigd zijn de verrichting in kwestie uit te voeren, niet mogen worden afgewezen louter op grond van het feit dat zij krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin de opdracht wordt gegund, hetzij een natuurlijke persoon, hetzij een rechtspersoon zouden moeten zijn.

In de aan de Raad van State meegedeelde concordantietabel worden een aantal bepalingen aangehaald die evenwel het voornoemde principe niet lijken om te zetten in het interne recht. Hieromtrent om verduidelijking gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

"Terechte opmerking. Er zou hiertoe inderdaad nog een bepaling moeten worden opgenomen, temeer daar in artikel 2, 5°, van de wet van 15 juni 2006 het begrip aannemer, leverancier of dienstverlener wordt gedefinieerd als «elke natuurlijke of rechtspersoon, elke overheidsinstelling of elke combinatie van deze personen of rechtspersonen of overheidsinstellingen die respectievelijk de uitvoering van werken of van bouwwerken, leveringen of diensten op de markt aanbiedt». Gezien de begrippen natuurlijke of rechtspersoon in de wetgeving overheidsopdrachten zelf niet worden gedefinieerd, dient hieraan de gebruikelijke betekenis onder de Belgische wetgeving te worden toegekend. In die omstandigheid valt het inderdaad niet uit te sluiten dat een aanbestedende overheid een kandidaat of een inschrijver zou afwijzen enkel en alleen omdat hij volgens de Belgische wetgeving noch als een natuurlijke, noch als een rechtspersoon kan worden bestempeld".

2.3. Volgens artikel 4, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG kan van rechtspersonen in bepaalde gevallen worden verlangd dat zij in de inschrijving of in het verzoek tot deelneming de namen en beroepskwalificaties vermelden van de personen die met de uitvoering van de verrichting worden belast.

Gevraagd naar de precieze bepaling houdende omzetting van het voornoemde artikel 4, lid 1, tweede alinea, heeft de gemachtigde volgende verduidelijking gegeven:

"Voor de omzetting van de bepaling van artikel 4, lid 1, tweede alinea, die zelf is gericht op rechtspersonen, kan worden verwezen naar artikel 70, 3°, tweede zin, van het ontwerp dat bepaalt: "De rechtspersonen kunnen verplicht worden de namen en de beroepskwalificaties van de personen die met het verlenen van de dienst worden belast in hun aanvraag tot deelneming of in hun offerte te vermelden.

Aan deze laatste bepaling is overigens een specifieke rubriek gelinkt in het model van aankondiging van opdracht opgenomen in bijlage 7 van het ontwerp, dat overigens integraal deel uitmaakt van het beschikkend gedeelte. Het gaat meer bepaald om rubriek III.3.2 van de bijlage.

Het voormelde artikel 70, 3°, tweede zin, en de daaraan gelinkte rubriek III.3.2. van bijlage 7 volstaan bij nader inzien evenwel niet voor de omzetting van artikel 4, lid 1, tweede alinea van de richtlijn.

Immers zou het toepassingsveld moeten worden veralgemeend in de zin dat de bedoelde mogelijkheid voor de aanbestedende overheden, niet alleen moet worden opgenomen voor de dienstopdrachten maar ook voor de opdrachten voor werken

alsook voor de opdrachten voor leveringen die bijkomende diensten en/of plaatsings- en installatiewerkzaamheden inhouden.

Verder zou inderdaad gevolg kunnen worden gegeven aan de opmerking van de Raad door de bedoelde mogelijkheid ook te expliciteren voor de combinaties van rechtspersonen, ook als dit ons inziens strikt genomen niet vereist is voor de omzetting van de voormelde bepaling van de richtlijn. Immers, ingeval de combinatie zelf een rechtspersoon is, valt de combinatie reeds onder het voormelde - aldus te veralgemenen - voorschrift voor de rechtspersonen. En ingeval de combinatie zelf geen rechtspersoonlijkheid heeft, is er geen verplichting om de bedoelde mogelijkheid ten aanzien van de combinatie op te nemen. Maar in dat geval zal het wel aangewezen zijn in de bedoelde mogelijkheid te voorzien ten aanzien van de rechtspersonen die de combinatie vormen.

De bedoelde veralgemeende, uitdrukkelijke bepaling zou desgevallend kunnen worden opgenomen in artikel 57, § 1, van het ontwerp.

Voor de volledigheid wordt hier nog gewezen op een aantal artikelen van het ontwerp, inzonderheid hoofdstuk 5 betreffende de selectie van kandidaten en inschrijvers, waar verspreid over de tekst een aantal bepalingen zijn opgenomen waarin, volgens het soort opdracht (werken, leveringen of diensten), aan de aanbestedende overheden - ongeacht of het gaat om natuurlijke of (combinaties) van rechtspersonen - een aantal mogelijkheden wordt gegeven die met de voormelde bepaling van artikel 4, lid 1, tweede alinea van de richtlijn en met artikel 70, 3°, tweede zin, van het ontwerp in verband kunnen worden gebracht. Het gaat meer bepaald om de volgende bepalingen:

- artikel 67, 2°, en 3°, volgens dewelke de aanbestedende overheid voor de opdrachten voor werken in het kader van het onderzoek van de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid respectievelijk kan vragen naar:
 - * een lijst van al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole, die de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;
 - * de studie- en beroepskwalificaties van de aannemer of het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de leiding van de werken worden belast.
- artikel 69, 2°, volgens dewelke de aanbestedende overheid voor de opdrachten voor leveringen in het kader van het onderzoek van de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid kan vragen naar een lijst van al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole;
- artikel 70, 2°, en 3°, eerste zin, volgens dewelke de aanbestedende overheid voor de opdrachten voor diensten in het kader van het onderzoek van de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid respectievelijk kan vragen naar:
 - * een lijst van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole;
 - * de studie- of beroepskwalificaties van de dienstverlener of het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de dienstverlening kunnen worden belast".

2.4. Het is niet duidelijk welke bepaling van het ontwerp tegemoetkomt aan het vereiste van artikel 24, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG, met betrekking tot de vermelding in

het bestek van de minimumeisen waaraan de varianten moeten voldoen, alsmede hoe zij moeten worden ingediend. De gemachtigde heeft in dat verband het volgende verklaard:

"Bij nader inzien ontbreekt in het ontwerp inderdaad een expliciete bepaling die de aanbestedende overheid verplicht in de opdrachtdocumenten (bestek) te vermelden hoe de varianten moeten worden ingediend. Een bepaling daartoe zou kunnen worden ingevoegd in artikel 9, § 2, van het ontwerp".

2.5. Artikel 25 van richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat de aanbestedende dienst de inschrijver in het bestek kan verzoeken, of door een lidstaat kan worden verplicht om de inschrijver te verzoeken, om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Tevens wordt bepaald dat deze mededeling de aansprakelijkheid van de leidende ondernemer onverlet laat. De betrokken richtlijnbeeping lijkt niet te worden omgezet door artikel 79, eerste lid, 4°, van het ontwerp. Volgens de gemachtigde zou dit wel gebeurd zijn. Hij verklaarde in dat verband:

"De bepaling van artikel 79, 4°, van het ontwerp stemt terzake overeen met de bepaling van artikel 90 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, met dit verschil dat niet alleen meer voor opdrachten voor werken maar nu ook voor opdrachten voor leveringen en diensten de identiteit van de onderaannemers kan worden gevraagd. De mogelijkheid voor de aanbestedende overheden om de inschrijver te verzoeken om in zijn offerte aan te duiden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven, is weliswaar niet geëxpliciteerd maar is, zoals mag blijken uit de toelichting in het verslag aan de Koning, wel beoogd en zit impliciet vervat in de mogelijkheid tot het vragen van de identiteit van de onderaannemers.

Daarentegen is niet geopteerd voor de in de richtlijn gegeven optie om de aanbestedende overheden te verplichten om de inschrijvers te verzoeken om de voormelde gegevens. M.a.w. wordt het aan de aanbestedende overheden overgelaten om hier al dan niet toe over te gaan".

Een rechtszekere omzetting van artikel 25 van richtlijn 2004/18/EG vereist dat de omzetting uit de tekst van het ontwerp blijkt en dat dit op een voldoende duidelijke manier gebeurt. Een impliciete omzetting of een in een verslag aan de Koning ingeschreven toelichting voldoen op dat punt niet.

2.6. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, wordt de laatste zin van artikel 29, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG ²¹ niet in het interne recht omgezet door artikel 109, § 3, van het ontwerp. De tekst van de laatstgenoemde bepaling dient derhalve op dat punt te worden aangevuld.

²¹ In de laatste zin van artikel 29, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG wordt bepaald dat de mogelijkheid om de procedure in opeenvolgende fasen te laten verlopen, wordt vermeld in de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document.

2.7. Artikel 41, derde en vierde lid, van het ontwerp is - alleszins op redactioneel vlak - niet geheel in overeenstemming met hetgeen artikel 38, lid 7, van richtlijn 2004/18/EG voorschrijft, namelijk dat "de termijnen voor de ontvangst van de inschrijvingen zodanig worden verlengd dat alle betrokken ondernemers van alle nodige informatie voor de opstelling van de inschrijvingen kennis kunnen nemen". In de ontworpen bepaling wordt enkel vermeld dat in het betrokken geval de termijnen "op passende wijze" worden verlengd, hetgeen minder expliciet en minder duidelijk is.

2.8. Artikel 49 van het ontwerp is onvoldoende afgestemd op de specificiteit van de regeling voor de concurrentiedialoog en vormt dus geen omzetting van artikel 40, lid 5, eerste alinea, c), en eerste alinea, b) *jo.* tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG. Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot artikel 52 van het ontwerp. De gemachtigde bevestigde dit als volgt:

"Terechte opmerking. De bedoelde bepalingen worden inderdaad onvoldoende omgezet. Wat inzonderheid de bepaling van artikel 40, lid 5, eerste alinea, b), *juncto* tweede alinea van de richtlijn betreft, lijkt het aangewezen artikel 112, § 1, te vervolledigen met de elementen van artikel 40, lid 5, eerste alinea, b).

Artikel 52 blijkt bij nader inzien inderdaad tekort te schieten voor de omzetting van de bepaling van artikel 40, lid 5, eerste alinea, c), meer bepaald wat betreft de aanduiding van de bij de raadpleging te gebruiken taal of de talen. Bovendien lijkt ons het tweede lid van artikel 51, §1, problematisch in de zin dat deze bepaling de aanbestedende overheid ruimte geeft om bij ontstentenis van een vermelding in de opdrachtdocumenten van de te gebruiken taal of talen, te beslissen of zij het gebruik van een andere taal dan die van de aankondiging van opdracht of van de andere opdrachtdocumenten aanvaardt. Deze mogelijkheid wordt in de richtlijn niet geboden. De bedoelde bepaling dient dus te worden geschrapt".

2.9. Gevraagd of artikel 44, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG correct omgezet wordt door de in de concordantietabel vermelde bepalingen, antwoordde de gemachtigde:

"Het lijkt er inderdaad op dat de laatste zin van de voormelde bepaling van de richtlijn ontbreekt. Deze dient dus te worden toegevoegd".

2.10. Wat de omzetting betreft van artikel 48, lid 6, van richtlijn 2004/18/EG verduidelijkte de gemachtigde wat volgt:

"Wat betreft artikel 48, lid 6, van de richtlijn kan, anders dan vermeld in de concordantietabel, worden verwezen naar artikel 36 en bijlage 7 van het ontwerp. De laatstgenoemde rechtsgronden geven evenwel onvoldoende basis voor de, zij het eerder theoretische gevallen, waar men in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking de bedoelde referenties inzake technische en beroepsbekwaamheid zou willen vragen".

Buiten het feit dat met 'rechtsgronden' wellicht wordt bedoeld op de bepalingen ter omzetting van de betrokken richtlijnbeepaling, lijkt het aangewezen om deze laatste op een meer geëxpliciteerde en volledige wijze in de tekst van het ontwerp om te zetten.

2.11. In artikel 52, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG wordt ten aanzien van de ondernemers melding gemaakt zowel van de inschrijving op een officiële lijst, als van het bezit van een certificaat. Artikel 68, tweede lid, 2°, van het ontwerp refereert evenwel uitsluitend aan een officiële lijst. Het bepaalde in de laatste zin van artikel 52, lid 2, van de richtlijn wordt blijkbaar evenmin omgezet in het interne recht.

Artikel 68, tweede lid, 2°, van het ontwerp, dient op deze twee punten te worden aangevuld.

2.12. Aan de gemachtigde werd gevraagd welke bepaling van het ontwerp strekt tot omzetting van artikel 54, lid 4, eerste alinea, en lid 7, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG. De gemachtigde antwoordde:

"Wat betreft artikel 54, lid 4, eerste alinea, van de richtlijn ontbreekt in het ontwerp inderdaad de uitdrukkelijke vermelding dat de elektronische veiling dient te worden voorafgegaan door een eerste volledige beoordeling van de offertes. Het lijkt ons dat hiertoe een bepaling kan worden ingevoegd in artikel 130.

Wat betreft artikel 54, lid 7, tweede alinea, van de richtlijn ontbreekt in het ontwerp inderdaad de bepaling dat de uitnodiging om deel te nemen aan de veiling het tijdschema voor elke fase van de veiling dient te vermelden. Een precisering hiertoe kan worden aangebracht in artikel 132".

Met het oog op een meer volledige omzetting van artikel 54 van richtlijn 2004/18/EG dient het ontwerp te worden aangevuld op de wijze zoals vermeld in het antwoord van de gemachtigde.

2.13. Artikel 55, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG heeft betrekking op het geval waarin de inschrijver "desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend". Artikel 20, § 3, vierde lid, 5°, van het ontwerp, zet weliswaar het bepaalde in artikel 55, lid 1, tweede lid, e), van de voornoemde richtlijn om, maar kan niet worden geacht om tevens het bepaalde in artikel 55, lid 3, van de richtlijn naar behoren in het interne recht om te zetten.

2.14. Artikel 56, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG maakt hoofdstuk I van titel III van de richtlijn van toepassing op alle door aanbestedende diensten gesloten concessieovereenkomsten voor openbare werken waarvan de waarde een bepaald bedrag overschrijdt. De tweede alinea van hetzelfde artikel bepaalt dat "deze waarde wordt berekend volgens de regels voor overheidsopdrachten voor openbare werken van artikel 9". Omdat de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet ziet welke bepaling van het ontwerp strekt tot omzetting van artikel 56, tweede alinea, van de richtlijn, werd de gemachtigde om nadere verduidelijking verzocht. Deze antwoordde:

"Wat betreft de raming van het opdrachtbedrag voor de concessies voor openbare werken, het voorwerp van de vermelde bepaling van de richtlijn, blijkt in hoofdstuk X van het ontwerp inderdaad een verwijzing naar artikel 23 e.v. van het ontwerp houdende de ramingsregels te ontbreken. Het lijkt ons dat hiertoe in het voormelde hoofdstuk een bepaling, eventueel ondergebracht in een bijkomende afdeling, dient te worden toegevoegd".

2.15. Met betrekking tot artikel 63, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2004/18/EG dringt dezelfde vaststelling zich op als die welke onder 2.14 is gedaan ten aanzien van het vergelijkbare artikel 56, tweede alinea, van dezelfde richtlijn. Teneinde ook de eerstgenoemde richtlijn-bepaling naar behoren in het interne recht om te zetten zou - zoals door de gemachtigde is bevestigd - artikel 155 van het ontwerp moeten worden vervolledigd.

2.16. In verband met de concessie voor openbare werken dient opgemerkt te worden dat artikel 31, 1), a) *jo.* artikel 63, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn ook een uitzondering op de bekendmakingsverplichting toelaten in het geval van artikel 26, § 1, 1°, d), van de wet van 15 juni 2006. Artikel 155, § 2, derde lid, van het ontwerp doet dit niet. Volgens de gemachtigde is dit geen bewuste keuze, maar een vergetelheid. Dit dient te worden verholpen.

2.17. Artikel 155, § 4, van het ontwerp bepaalt wat volgt:

"De contracten voor werken bedoeld in dit artikel zijn niet onderworpen aan de andere bepalingen van dit besluit".

Uit artikel 65, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG volgt evenwel dat voor de betrokken contracten ook artikel 38, lid 7, van de richtlijn van toepassing is, waarmee, wat de concessies voor openbare werken betreft, artikel 150, tweede lid, van het ontwerp overeenstemt. De gemachtigde verklaarde hieromtrent:

"Terechte opmerking. Desgevallend kan worden verwezen naar artikel 41 van het ontwerp dat ons terzake iets vollediger lijkt (zie wat betreft de eerste hypothese van artikel 38, lid 7, van de richtlijn, nl. het geval waarin het bestek en de aanvullende stukken of nadere inlichtingen tijdig zijn aangevraagd maar om enigerlei reden niet binnen de gestelde termijnen zijn verstrekt)".

Met het oog op een grotere overeenstemming met richtlijn 2004/18/EG kan de in het antwoord van de gemachtigde gedane suggestie tot aanpassing van de tekst van het ontwerp worden bijgetreden.

3. Op diverse plaatsen in het ontwerp wordt zonder duidelijke of aannemelijke redenen afgeweken van de terminologie of de redactie van richtlijn 2004/18/EG. Bij de artikelsgewijze bespreking van het ontwerp worden wat dat betreft diverse voorbeelden vermeld. Uitgangspunt dient te zijn dat in beginsel zo nauw als mogelijk bij de richtlijn wordt aangesloten, tenzij een afwijking hiervan kan worden gebillijkt doordat een term of wijze van

redigeren meer ingeburgerd en duidelijker is in de interne rechtsorde en daardoor niet het bereiken van het door de richtlijn vooropgezette resultaat in het gedrang komt.

4. In verschillende bepalingen van het ontwerp worden, veelal met het oog op het aanduiden van bepaalde technische begrippen, afkortingen gebruikt (CPC-classificatie, NUTS-code, CPV-code, ...²²). Ter wille van de duidelijkheid en de toegankelijkheid van de ontworpen regeling worden deze afkortingen beter voluit omschreven bij het eerste gebruik ervan in het ontwerp. In voorkomend geval kunnen die afkortingen worden toegelicht in het verslag aan de Koning.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

Het opschrift van een normatieve tekst bestaat bij voorkeur niet louter uit trefwoorden. Onder voorbehoud van hetgeen in dit advies wordt opgemerkt met betrekking tot het gebruik van de term "gunning", schrijve men in de Nederlandse tekst van het opschrift: "Koninklijk besluit betreffende de gunning van overheidsopdrachten".

Aanhef

1. Rekening houdend met hetgeen is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond van het ontwerp dient de aanhef ervan aan te vangen met een nieuw toe te voegen lid, luidend:

"Gelet op de Grondwet, artikel 108;".

2. Onmiddellijk na het lid van de aanhef, bedoeld onder 1, dient nog een ander lid te worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 19, § 1, van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk dat, zoals reeds vermeld, rechtsgrond biedt voor de artikelen 156 en 157 van het ontwerp. Men redigere dat lid als volgt:

"Gelet op de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, artikel 19, § 1, gewijzigd bij de wetten van 27 december 2004 en 9 maart 2005;".

²² Zie onder meer de artikelen 31 en 39 van het ontwerp.

3. Rekening houdend met de opmerkingen die werden geformuleerd onder 2 van de bespreking van de strekking en de rechtsgrond van het ontwerp dienen, aan het einde van het eerste lid van de aanhef van het ontwerp zoals het om advies is voorgelegd en dat het derde lid dient te worden, de verwijzingen naar de artikelen van de wet van 15 juni 2006 te worden aangepast. Sommige van de nu vermelde wetsartikelen strekken de ontworpen regeling immers niet tot rechtsgrond en moeten niet worden vermeld; andere wetsartikelen die de ontworpen regeling wel tot rechtsgrond strekken, worden niet vermeld, wat dient te worden verholpen. Waar nodig moeten, per rechtsgrond biedende bepaling, tevens de nog van kracht zijnde wijzigende teksten worden aangegeven.

4. Na de leden van de aanhef waarin wordt gerefereerd aan de bepalingen die het ontwerp tot rechtsgrond strekken, dient te worden verwezen naar de teksten die het ontwerp beoogt te wijzigen. Na het derde lid van de aanhef, met daarin de verwijzing naar de diverse artikelen van de wet van 15 juni 2006, voege men derhalve een nieuw lid in, luidende:

"Gelet op het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen;".

5. Onmiddellijk na het lid van de aanhef waarin wordt melding gemaakt van het advies van de inspecteur van Financiën voege men het volgende lid in:

"Gelet op de akkoordbevinding van de Staatssecretaris voor Begroting d.d. 16 september 2010;".

Artikel 2

1. In de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, 5°, van het ontwerp, vervange men de woorden "vermoedelijk zijn" door de woorden "worden vermoed".

2. Men redigere artikel 2, § 1, 7°, van het ontwerp als volgt:

"gemengde opdracht: de opdracht waarbij de prijzen worden vastgesteld op de verschillende wijzen zoals omschreven onder 4° tot 6°;".

3. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, 9° en 10°, van het ontwerp schrijve men, zoals in de Franse tekst, "wijze van prijsvaststelling" in plaats van "prijsvaststelling".

4. De omschrijving van het begrip "variante", in artikel 2, § 1, 11°, van het ontwerp, doet de vraag rijzen of louter financiële varianten zijn uitgesloten. Uit de rechtsleer valt af te leiden dat de meningen daaromtrent verdeeld zijn ²³. Ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid zou het daarom aanbeveling verdienen dat in het verslag aan de Koning op dat punt enige bijkomende toelichting zou worden gegeven.

5. In de omschrijving van het begrip "aanvraag tot deelneming", in artikel 2, § 1, 22°, van het ontwerp, stemmen de woorden "manifestation écrite et expresse", in de Franse tekst, niet overeen met de woorden "schriftelijke wilsuiting", in de Nederlandse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

6. In artikel 2, § 1, 27°, van het ontwerp wordt het begrip "gunning van de opdracht" (Franse tekst: attribution du marché) omschreven. In artikel 2, § 1, 28°, wordt een omschrijving gegeven van het begrip "sluiting van de opdracht" (Franse tekst: conclusion du marché).

De Raad van State, afdeling Wetgeving, wees er in het advies 38.703/1/V van 6 september 2005 over het voorontwerp van wet dat de wet van 15 juni 2006 is geworden ²⁴, reeds op dat de gelijkstelling van de begrippen "gunning van de opdracht", in de Nederlandse tekst, en "attribution du marché", in de Franse tekst, naar Belgisch recht verwarrend werkt. De "toewijzing" van de opdracht ("attribution") is immers de eenzijdige overheidsbeslissing waarbij de begunstigde wordt aangewezen, terwijl de "gunning" van de opdracht ("passation" of "conclusion du marché") slaat op de hele operatie, met inbegrip van het sluiten van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de begunstigde. Men kan ook zeggen dat de "gunning" slaat op de laatste fase, namelijk die waarbij de overeenkomst tot stand wordt gebracht.

In de wet van 15 juni 2006 wordt wel degelijk uitgegaan van de door de Raad van State in zijn advies 38.703/1/V bekritiseerde gelijkstelling van de begrippen "gunning van de opdracht", in de Nederlandse tekst, en "attribution du marché", in de Franse tekst, net zoals dat het geval is in het om advies voorgelegde ontwerp. Niettemin dient te worden vastgesteld dat in de wet van 15 juni 2006 het zo-even geschetste terminologisch uitgangspunt niet steeds

²³ Zie in dat verband L. SCHELLEKENS, "De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht", in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, nr. 817.

²⁴ *Parl.St.* Kamer, DOC 51 2237/001, 132-147.

consequent wordt gehanteerd, met alle gevolgen die hieruit voortvloeien op het vlak van de duidelijkheid en de consistentie van de betrokken wetsartikelen.

Indien de stellers van het ontwerp opteren voor de ook door de wetgever gehanteerde gelijkstelling tussen de begrippen "gunning van de opdracht", in de Nederlandse tekst, en "attribution du marché", in de Franse tekst, dienen zij erover te waken dat zulks op een consequente manier gebeurt en dat de betrokken begrippen niet op sommige plaatsen in het ontwerp in een andere, ruimere zin worden gebruikt²⁵, namelijk voor de omschrijving van het geheel van verrichtingen die een overheidsopdracht doen tot stand komen. In dat laatste geval kunnen, zoals in richtlijn 2004/18/EG, de termen "plaatsing" of "plaatsen" worden gebruikt, welke alsdan vallen te onderscheiden van de begrippen "gunning" en "sluiting van de opdracht", zoals die worden gedefinieerd in respectievelijk artikel 2, § 1, 27° en 28°, van het ontwerp. In dat geval verdient het aanbeveling om in artikel 2, § 1, van het ontwerp ook een omschrijving van het begrip "plaatsing van de opdracht" op te nemen.

De tekst van het ontwerp wordt hoe dan ook best aan een bijkomend onderzoek onderworpen met het oog op een meer consequent gebruik van de voornoemde begrippen.

7. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, 27°, van het ontwerp vervange men de woorden "aan te duiden" door "aan te wijzen". Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 20, § 2, eerste lid, van het ontwerp.

Artikel 6

Ter wille van de overeenstemming met het bepaalde in artikel 42, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG schrijve men aan het einde van artikel 6, § 1, 2°, van het ontwerp "bij het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening kennisneemt van de inhoud ervan".

Artikel 7

In overeenstemming met de terminologie die wordt gebruikt in artikel 23, lid 3, a), van richtlijn 2004/18/EG en in artikel 7, § 4, van het ontwerp, vervange men in de Nederlandse tekst van artikel 7, § 2, a), de woorden "technische verwijzingssystemen" door de woorden "technische referentiesystemen".

²⁵ Zoals dat thans het geval is in het opschrift van het ontwerp, in hoofdstuk 10, afdeling 5, en in diverse bepalingen waarin "gunning" of "gunnen" worden gebruikt als synoniem voor respectievelijk "passation" of "passer", in de Franse tekst (zie bijvoorbeeld artikel 160, eerste lid, van het ontwerp).

Artikel 9

Luidens artikel 9, § 2, eerste lid, van het ontwerp zijn vrije varianten niet toegestaan bij aanbesteding. In artikel 9, § 3, wordt bepaald dat de aanbestedende overheid een vrije variatie niet mag weren om de enkele reden dat een opdracht voor diensten daardoor een opdracht voor leveringen zou worden of omgekeerd. Uit het verslag aan de Koning valt evenwel af te leiden dat de aanbestedende overheid over diverse mogelijkheden beschikt om de voornoemde variatie aan beperkingen te onderwerpen of zelfs uit te sluiten en om naar aanleiding hiervan in een absolute nietigheid te voorzien. Er zou op een meer expliciete wijze van die in het verslag aan de Koning beoogde mogelijkheden moeten worden gewag gemaakt in de tekst van artikel 9 van het ontwerp.

Artikel 15

Wat de belasting over de toegevoegde waarde betreft, dient de aanbestedende overheid verplicht te opteren voor één van de procedés, vermeld onder a) of b) van artikel 15, tweede lid, van het ontwerp. Ten einde daarover geen twijfel te laten bestaan, wordt in de inleidende zin van de voornoemde bepaling het woord "kan" dan ook beter vervangen door het woord "zal".

Artikel 20

1. In artikel 20, § 3, tweede lid, van het ontwerp wordt melding gemaakt van "een prijs". Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarnaar wordt verwezen in het verslag aan de Koning, vermeldt "eenheidsprijzen of totale prijzen". Vraag is of niet zou moeten worden verduidelijkt dat het begrip "prijs" in artikel 20, § 3, tweede lid, van het ontwerp zowel eenheids- als totale prijzen omvat. Dergelijke verduidelijking zou in het verslag aan de Koning kunnen worden opgenomen. In de Franse tekst schrijve men bovendien "à moins que l'invitation ne prévoie ...".

2. In artikel 20, § 3, van het ontwerp, wordt vereist dat een "verantwoording" (in de Franse tekst: justification) wordt gegeven in verband met de samenstelling van de prijs. In artikel 55, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG wordt niet de term "verantwoording", doch wel de term "precisering" gebruikt. Het is niet duidelijk om welke reden in artikel 20, § 3, van het ontwerp, voor een op dat punt afwijkende terminologie wordt geopteerd. Het verdient aanbeveling om in dat verband enige verduidelijking te geven in het verslag aan de Koning.

3. De draagwijdte van de inleidende zin van artikel 20, § 3, vierde lid, van het ontwerp is niet dezelfde in de Nederlandse en de Franse tekst. Waar in de Nederlandse tekst de opsomming van elementen in artikel 20, § 3, vierde lid, immers facultatief lijkt ("kan met name verband houden met"), is dat in de Franse tekst niet het geval ("Les justifications concernent notamment"). Beide teksten dienen met elkaar in overeenstemming te worden gebracht.

Artikel 23

De redactie van de inleidende zin van artikel 23, eerste lid, van het ontwerp, wijkt af van die van artikel 9, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG. Zo wordt onder meer in de voornoemde bepaling van het ontwerp niet geëxpliciteerd dat het om een bedrag gaat "exclusief BTW", zoals wel gebeurt in artikel 9, lid 1, van de richtlijn²⁶. De tekst van de inleidende zin van artikel 23, eerste lid, van het ontwerp dient beter op de tekst van artikel 9, lid 1, eerste alinea, van de voornoemde richtlijn te worden afgestemd.

Artikel 26

In tegenstelling tot wat het geval is in artikel 9, lid 8, van richtlijn 2004/18/EG, waarin melding wordt gemaakt van "andere vormen van beloning" en "andere wijzen van bezoldiging", wordt in artikel 26, § 1, tweede lid, van het ontwerp, telkens melding gemaakt van "andere vormen van vergoeding" (in de Franse tekst: autres modes de rémunération). De stellers van het ontwerp geven er kennelijk de voorkeur aan om in een van de betrokken richtlijn afwijkende terminologie te voorzien. Het ware nuttig in het verslag aan de Koning ook op dat punt enige toelichting te verstrekken.

Artikel 40

Het opstellen van een lijst van geselecteerden en het instellen van een kwalificatiesysteem (artikel 40, §§ 2 en 3, van het ontwerp) staan volgens het verslag aan de Koning niet de gunning van een afzonderlijke opdracht via de bekendmaking van een aankondiging van opdracht in de weg. Ter wille van de duidelijkheid zou zulks best in de tekst van artikel 40 van het ontwerp worden vermeld.

²⁶ Het bepaalde in artikel 2, § 2, van het ontwerp, kan hiervoor geen verklaring, noch verantwoording bieden.

Artikel 44

In de Nederlandse tekst van artikel 44 van het ontwerp worden de woorden "à défaut", die in de Franse tekst voorkomen, niet weergegeven. Deze discordantie moet worden verholpen.

Artikel 46

1. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 46, § 1, derde lid, van het ontwerp, worden de woorden "par des moyens électroniques", die in de Franse tekst voorkomen, niet weergegeven. Ook deze discordantie moet worden weggewerkt.

2. Duidelijkheidshalve zou ook aan het einde van de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 46, § 2, tweede lid, van het ontwerp moeten worden bepaald dat op cumulatieve wijze moet worden voldaan aan de twee in dat lid vermelde voorwaarden. Dit gebeurt nu uitsluitend in de Nederlandse tekst.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 47, derde lid, en 48, § 1, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 48

Aan het einde van artikel 48, § 2, van het ontwerp wordt bepaald dat de uitnodiging voor een offerte in het betrokken geval kan worden verzonden per telefax of via elektronische middelen. In het verslag aan de Koning wordt met betrekking tot die bepaling vermeld dat de verzending dient te gebeuren "via elektronische middelen overeenkomstig de voorschriften vervat in artikel 47, derde lid", d.w.z. online waarbij - volgens het verslag aan de Koning - het gebruik van de telefax is uitgesloten. Het verslag aan de Koning en de tekst van artikel 48, § 2, van het ontwerp dienen op dat punt beter op elkaar te worden afgestemd.

Artikel 49

In de Franse tekst van artikel 49, tweede lid, 1°, a), van het ontwerp, dient naar het voorbeeld van de Nederlandse tekst, in het tweede lid, ter wille van de duidelijkheid beter tot uitdrukking te worden gebracht dat erin een vrijstelling van de verplichting, bedoeld in het vorige lid, wordt beschreven.

Artikel 51

1. Aangezien in artikel 51, § 1, eerste lid, 4°, van het ontwerp het gegeven centraal staat dat niemand voor de uiterste datum toegang kan hebben tot de aanvragen, dient de redactie van de Franse tekst, naar het voorbeeld van de Nederlandse tekst, te worden aangepast. Meer in het bijzonder dient de zinsnede "qu'avant la date et l'heure limites fixées" op een andere plaats in de betrokken bepaling te worden ingevoegd.

2. In artikel 51, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de voorwaarden, vermeld in het eerste lid, 1° tot 3°, van toepassing zijn op de kandidaten, de inschrijvers en de aanbestedende overheid. In het verslag aan de Koning wordt ook artikel 51, § 1, eerste lid, 4°, van het ontwerp vermeld als hebbende dergelijke algemene toepassing. Deze discordantie moet worden verholpen.

Artikel 54

Artikel 54 van het ontwerp bepaalt dat in de opdrachtdocumenten het gezamenlijk indienen van één enkele offerte door verscheidene geselecteerden kan worden beperkt of verboden. Volgens het verslag aan de Koning strekt deze bepaling ertoe "een voldoende mededinging te garanderen, met name wanneer het aantal geselecteerden beperkt is en bijgevolg het risico bestaat dat laatstgenoemden een offerte zouden indienen binnen één enkele combinatie". Het verdient aanbeveling om in artikel 54, derde lid, van het ontwerp te expliciteren dat de erin bedoelde beperking of het erin beoogde verbod enkel mogelijk is omwille van het waarborgen van de mededinging.

Artikel 58

1. In artikel 58, 2°, van het ontwerp heeft het begrip "situatie" een dermate algemene connotatie dat ermee ook zou kunnen worden bedoeld op bijvoorbeeld aangelegenheden betreffende de privésfeer van een kandidaat of inschrijver. Het betrokken begrip dient derhalve nader te worden omschreven of te worden vervangen door een ander, meer afgebakend begrip.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van nog andere bepalingen van het ontwerp, zoals artikel 59, § 1, eerste lid.

2. In de mate artikel 58, 3°, van het ontwerp betrekking heeft op documenten en inlichtingen die reeds met toepassing van de wet van 16 januari 2003²⁷ onder de verplichte eenmalige gegevensverzameling vallen, is die bepaling op een te algemene wijze geredigeerd omdat ermee de indruk wordt gewekt dat wordt afgeweken van de voornoemde wettelijke regeling, terwijl dat niet kan. Er kan worden overwogen om in artikel 58, 3°, van het ontwerp, te expliciteren dat documenten en inlichtingen worden bedoeld die niet met toepassing van de wet van 16 januari 2003 kunnen worden verkregen.

Artikel 60

1. Artikel 60, § 1, van het ontwerp specificeert wat reeds in artikel 20 van de wet van 15 juni 2006 wordt bepaald. Teneinde daarover geen onduidelijkheid te laten bestaan, verdient het aanbeveling om ook in de inleidende zin van artikel 60, § 1, eerste lid, van het ontwerp te verwijzen naar de voornoemde wetsbepaling²⁸. Daarenboven dient in dezelfde inleidende zin, in overeenstemming met artikel 20 van de wet, te worden geschreven "die bij rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan en waarvan de aanbestedende overheid kennis heeft, veroordeeld is voor:".

2. In artikel 60, § 2, 1° en 2°, van het ontwerp wordt gerefereerd aan de procedure van "gerechtelijk akkoord". Er dient rekening mee te worden gehouden dat de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen, in een procedure van "gerechtelijke reorganisatie" heeft voorzien en dat derhalve de verwijzing naar het gerechtelijk akkoord niet langer actueel is.

3. Men vervange in artikel 60, § 2, 3°, van het ontwerp de woorden "bij vonnis dat" door de woorden "bij rechterlijke beslissing die".

Artikel 65

Gelet op het bepaalde in artikel 65, § 2, tweede lid, van het ontwerp, kunnen de woorden "over het algemeen", in de inleidende zin van artikel 65, § 1, worden weggelaten.

²⁷ Wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen.

²⁸ Dergelijke verwijzing komt ook voor in artikel 60, § 1, derde lid, van het ontwerp.

Artikel 67

In artikel 67, 7°, van het ontwerp is er een discordantie tussen de Nederlandse ("Deze attesten worden afgeleverd en ondertekend") en de Franse tekst ("Ces attestations sont émises ou contresignées"). Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Artikel 69

1. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 69, 4°, van het ontwerp:

"aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting, van de door de leverancier getroffen maatregelen om de kwaliteit te waarborgen, en van de door zijn onderneming geboden mogelijkheden op het vlak van studie en onderzoek;"

2. Aan het einde van artikel 69, 5°, van het ontwerp stemmen de Nederlandse en de Franse tekst niet overeen. In de Nederlandse tekst wordt immers geschreven "om de kwaliteit te waarborgen", terwijl in de Franse tekst wordt vermeld "pour contrôler la qualité". Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 70, 9°, van het ontwerp.

Artikel 76

Rekening houdend met de opvolging van de Europese Gemeenschap door de Europese Unie, vermeldde men in artikel 76 van het ontwerp het "recht van de Europese Unie" in plaats van het "Gemeenschapsrecht".

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 158 van het ontwerp.

Artikel 81

Indien met de term "connaissances", in de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 81, § 2, eerste lid, van het ontwerp, wordt bedoeld op de beroepsmatige kennis (zie de Nederlandse tekst), schrijve men beter "connaissances professionnelles".

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de inleidende zin van artikel 82, § 2, eerste lid.

Artikel 88

Luidens artikel 88, § 2, tweede lid, van het ontwerp worden offertes die laattijdig bij de voorzitter toekomen, geweigerd of ongeopend behouden, welke ook de oorzaak van de laattijdigheid is. In het verslag aan de Koning wordt verduidelijkt dat die regel ook geldt indien de oorzaak van de laattijdigheid bij de aanbestedende overheid zelf ligt. Het bepaalde in artikel 88, § 2, tweede lid, van het ontwerp mag uiteraard geen afbreuk doen aan de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en verbod van discriminatie. Dat kan nochtans het geval zijn wanneer een door de aanbestedende overheid veroorzaakte onregelmatigheid nadelig is voor één of meer specifieke inschrijvers en niet voor andere inschrijvers. Indien het daarenboven de bedoeling is om de inschrijvers ook de mogelijkheid te ontnemen om overmacht in te roepen, lijkt voor een dergelijke bevoegdheid geen rechtsgrond voorhanden in de wet van 15 juni 2006.

Artikel 94

1. In de hypothese waarin het voor de aanbestedende overheid niet mogelijk is om de fouten volgens eigen bevindingen te verbeteren, kan zij overeenkomstig het bepaalde in artikel 94, § 1, derde lid, van het ontwerp ofwel beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, ofwel de offerte als zijnde onregelmatig weren. Uit de ontworpen bepaling valt niet af te leiden op grond van welke criteria de aanbestedende overheid in het betrokken geval voor de ene dan wel voor de andere mogelijkheid kan opteren. Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

"De onderhavige bepaling impliceert dat de aanbestedende overheid de discretionaire bevoegdheid heeft om in functie van de concrete omstandigheden te beslissen een offerte toch te aanvaarden - via de toepassing van de eenheidsprijzen - niettegenstaande de verbetering van materiële of rekenfouten daarin niet mogelijk is, doordat de toelichting van de inschrijver niet aanvaardbaar is of er geen toelichting is gegeven. Inzonderheid zou zij daartoe kunnen beslissen wanneer de fout (de prijs van) een te verwaarlozen post betreft, die hoe dan ook geen impact heeft op de rangschikking en/of de vergelijkbaarheid van de offertes, en waarvan het ongemoeid laten de gelijkheid van de inschrijvers niet in het gedrang brengt. De Dienst overheidsopdrachten meent dat hieromtrent een verduidelijking zou kunnen worden opgenomen in het verslag aan de Koning".

Het verdient inderdaad aanbeveling om het verslag aan de Koning met een verduidelijking op dat punt aan te vullen.

2. In de Franse tekst van artikel 94, § 4, van het ontwerp, wordt de zinsnede "zonder daarbij de inhoud te wijzigen", die in de Nederlandse tekst voorkomt, niet op adequate wijze weergegeven met de woorden "sans la modifier". Het verdient aanbeveling om

ook in de Franse tekst er uitdrukkelijk melding van te maken dat de beoogde wijziging niet inhoudelijk van aard mag zijn.

Artikel 95

1. In artikel 95, § 2, tweede lid, van het ontwerp dient de verwijzing naar "artikel 81, § 2, tweede streepje" te worden gecorrigeerd, aangezien dergelijke bepaling als zodanig niet voorkomt in het ontwerp.

2. In de Nederlandse tekst van artikel 95, § 5, tweede lid, van het ontwerp dient het woord "Daartegenover" uiteraard te worden vervangen door het woord "Daarentegen".

Artikel 96

In de Nederlandse tekst van artikel 96, § 2, van het ontwerp moeten de woorden "of inventaris heeft verbeterd" worden vervangen door de woorden "of inventaris heeft gewijzigd".

Artikel 98

In artikel 98, § 3, eerste lid, van het ontwerp verwijze men naar "artikel 49, eerste lid, 3°" in plaats van naar "artikel 49, 3°".

Deze opmerking geldt ten aanzien van nog andere bepalingen van het ontwerp, zoals bijvoorbeeld artikel 99, § 3, eerste lid.

Artikel 99

Naar analogie van de Franse tekst vervange men in de Nederlandse tekst van artikel 99, § 2, eerste lid, van het ontwerp de woorden "volgens hun voordeligheid" door de woorden "volgens hun economische voordeligheid".

Artikel 100

In artikel 100, derde lid, van het ontwerp stemmen de woorden "is geldig en tijdig gedaan", in de Nederlandse tekst, niet overeen met de woorden "est réputée faite en temps utile", in de Franse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Artikel 101

In verband met de keuzemogelijkheid voor de aanbestedende overheid die is vervat in artikel 101, vierde lid, van het ontwerp verduidelijkt de gemachtigde het volgende:

"Ook hier (geldt) dat de aanbestedende overheid daarin de discretionaire bevoegdheid heeft om, in functie van de concrete omstandigheden, voor de ene dan wel de andere oplossing te kiezen. De eerste oplossing is met name aangewezen wanneer de prijzen van de eerste en de tweede gerangschikte inschrijver zeer dicht bij elkaar liggen. Wanneer hun prijzen verder uit elkaar liggen, zal het eerder aangewezen zijn te kiezen voor oplossing 2 teneinde op die manier alle inschrijvers opnieuw in concurrentie te brengen".

Het verdient aanbeveling om ook deze verduidelijking op te nemen in het verslag aan de Koning.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de keuzemogelijkheid die voor de aanbestedende overheid is vervat in artikel 102, vierde lid.

Artikel 108

Ter wille van de redactionele eenvormigheid van de Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp wordt in de Nederlandse tekst van artikel 108, tweede lid, van het ontwerp beter ook geëxpliciteerd dat de in het eerste lid van die bepaling opgesomde wijzen van sluiting niet gelden voor de opdrachten die worden gesloten met een aanvaarde factuur.

Artikel 111

Uit het verslag aan de Koning valt af te leiden dat de aanbestedende overheid de motieven van haar beslissing dient mee te delen aan de deelnemers waarvan de oplossing niet is gekozen. Onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt vermeld in verband met de toepassing van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, moet worden vastgesteld dat die bedoeling niet correct wordt verwoord

in de Nederlandse tekst van de laatste zin van artikel 111, § 2, van het ontwerp, en dat op dat punt beter wordt aangesloten bij de redactie van de Franse tekst.

Afgezien daarvan moet worden opgemerkt dat de verplichting tot mededeling van de betrokken motivering hoe dan ook verplicht is met toepassing van de voornoemde wet van 29 juli 1991 en dat derhalve het hernemen van deze motiveringsplicht in artikel 111, § 2, van het ontwerp, tegelijk overbodig en misleidend is. Het hernemen van dergelijke verplichting in het ontwerp is overbodig omdat die verplichting reeds voortvloeit uit de voornoemde wet. Het hernemen van dergelijke verplichting in het ontwerp is bovendien misleidend omdat erdoor de verkeerde indruk wordt gewekt dat de formele motiveringsplicht slechts geldt in de mate deze in het ontwerp wordt voorgeschreven. Het verdient dan ook de voorkeur dat in het verslag aan de Koning zou worden geëxpliciteerd dat de betrokken motieven hoe dan ook moeten worden meegedeeld met toepassing van de wet van 29 juli 1991, zonder daarvan ook in de tekst van het ontwerp melding te maken. Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 124, derde lid.

Artikel 124

Indien met de "in mededingingstelling", aan het einde van artikel 124, tweede lid, van het ontwerp wordt bedoeld op de "oproep tot mededinging", waarvan melding wordt gemaakt in artikel 33, lid 4, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG, wordt ook in het ontwerp beter gebruik gemaakt van het laatstgenoemde begrip ²⁹.

Deze opmerking kan ook worden betrokken op de woorden "in mededinging te stellen", die voorkomen in artikel 136, tweede lid, 1° en 2°, van het ontwerp, en in welk verband kan worden verwezen naar artikel 32, lid 4, tweede alinea, eerste en tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG, waarin melding wordt gemaakt van het begrip "oproepen tot mededinging".

Artikel 133

In artikel 133, tweede lid, van het ontwerp wordt uitsluitend het geval van aanbesteding beoogd. In het verslag aan de Koning wordt nochtans het volgende verduidelijkt:

²⁹ In dat geval dient de redactie van andere bepalingen van het ontwerp, zoals onder meer artikel 125, eerste lid, waarin wordt verwezen naar de "in mededingingstelling overeenkomstig artikel 126", eveneens te worden aangepast.

"Een onderhandeling over de prijs zou nochtans kunnen worden overwogen na afloop van de veiling wanneer er bij onderhandelingsprocedure meerdere inschrijvers dezelfde laagste prijs hebben ingediend".

Deze mogelijkheid zou in de tekst van artikel 133 van het ontwerp moeten tot uitdrukking worden gebracht.

Artikel 136

De redactie van artikel 136, tweede lid, van het ontwerp wijkt op diverse punten af van de redactie van artikel 32, lid 4, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG. Zo rijst de vraag of in artikel 136, tweede lid, 2°, a), van het ontwerp geen melding dient te worden gemaakt van "de deelnemers die in staat zijn de opdracht uit te voeren" en of onder 2°, b), van hetzelfde lid niet beter wordt geschreven "de ontvangst van de offertes voor elke specifieke opdracht". Sluit men aan bij de redactie van artikel 32, lid 4, tweede alinea, tweede streepje, c), van de voornoemde richtlijn, dan dient artikel 136, tweede lid, 2°, c), van het ontwerp te luiden: "de offertes worden schriftelijk ingediend en de inhoud ervan moet vertrouwelijk blijven totdat de vastgestelde indieningstermijn is verstreken;".

In artikel 32, lid 4, tweede alinea, tweede streepje, d), van de richtlijn wordt bepaald dat de gunning dient te gebeuren aan de inschrijver die "de beste inschrijving" heeft ingediend. In artikel 136, tweede lid, 2°, d), van het ontwerp wordt bepaald dat de opdracht wordt gegund "aan de inschrijver die de, al [naar gelang], laagste of economisch voordeligste specifieke offerte heeft ingediend".

Het verdient aanbeveling om in het verslag aan de Koning enige verduidelijking te geven omtrent de redenen voor deze afwijkingen van artikel 32, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG.

Artikel 143

Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 143, derde lid, van het ontwerp, "de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met ...".

Artikel 145

1. In de inleidende zin van artikel 145 van het ontwerp wordt melding gemaakt van de "concessiedocumenten". In tegenstelling tot wat geldt voor het begrip "opdrachtdocumenten", dat wordt gedefinieerd in artikel 2, § 1, 8°, van het ontwerp, wordt het

begrip "concessiedocumenten" niet omschreven in het ontwerp. Het ware logisch om in artikel 2 alsnog een definitie op te nemen van "concessiedocumenten".

2. In artikel 145, 4°, a) en b), van het ontwerp worden deels bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de periode na afloop van de concessie, veeleer dan dat het vermeldingen betreft die in de concessiedocumenten moeten voorkomen. Indien dit overeenstemt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp, kan met het oog op de interne coherentie worden bepaald dat de tekst van de betrokken regels met betrekking tot de periode na afloop van de concessie in de concessiedocumenten moet worden vermeld³⁰.

3. In de Nederlandse tekst van artikel 145, 12°, e), van het ontwerp dienen, ter wille van de duidelijkheid, de woorden "door de concessiehouder" te worden toegevoegd. Op die wijze wordt tevens een grotere overeenstemming met de Franse tekst in de hand gewerkt.

Artikel 151

1. Meer in overeenstemming met de redactie van artikel 60, b), van richtlijn 2004/18/EG schrijve men in artikel 151, eerste lid, van het ontwerp "het percentage van de totale waarde van de werken waarvoor de concessie wordt verleend, dat hij aan derden wil toevertrouwen".

2. Naar analogie van de terminologie in artikel 34 van de wet van 15 juni 2006 schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 151, tweede lid, van het ontwerp, "ondernemingen die met de inschrijver verbonden zijn", en in artikel 151, derde lid, "verbonden ondernemingen".

Artikel 156

Artikel 29 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, werd vervangen bij het koninklijk besluit van 19 januari 2005. Hiervan dient melding te worden gemaakt in de inleidende zin van artikel 156 van het ontwerp.

³⁰ Vergelijk met artikel 28, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.

Artikel 157

1. In de inleidende zin van artikel 157 van het ontwerp dient melding te worden gemaakt van het koninklijk besluit van 19 januari 2005 dat artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 heeft gewijzigd.

2. Het huidige artikel 30, derde lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 bepaalt dat de opdrachtgevers van de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen waarop de bepalingen van artikel 29 van het besluit³¹ van toepassing zijn, van de toepassing van artikel 30 zijn vrijgesteld. Artikel 157 van het ontwerp strekt ertoe een vierde lid toe te voegen aan het voornoemde artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001. Er mede mee rekening houdend dat de bepalingen onder de artikelen 156 en 157 van het ontwerp het geval betreffen waarin de opdrachtgever een aanbestedende overheid is in de zin van artikel 2 van de wet van 15 juni 2006³², rijst de vraag hoe het ontworpen artikel 30, vierde lid, zich verhoudt tot het bepaalde in het huidige artikel 30, derde lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001, waarin van de toepassing van artikel 30 wordt vrijgesteld. De stellers van het ontwerp dienen erover te oordelen of die verhouding noopt tot een aanpassing van het ontworpen artikel 30, vierde lid, dan wel of zij die verhouding in het verslag aan de Koning wensen toe te lichten.

3. Meer in overeenstemming met de Franse tekst, schrijve men in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 30, vierde lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 "is zij enkel verplicht om" in plaats van "is zij verplicht om".

Artikel 159

1. In het verslag aan de Koning wordt vermeld dat artikel 159 van het ontwerp "de bepalingen bevat van artikel 138 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996". Artikel 159 van het ontwerp heeft evenwel een beperktere draagwijdte dan artikel 138 van het voornoemde koninklijk besluit. Artikel 159 van het ontwerp beoogt immers, in tegenstelling tot artikel 138 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, enkel gegevens "met betrekking tot gegunde opdrachten, die onder de toepassing van de wet en dit besluit vallen". Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

"Het gaat inderdaad om een weloverwogen beperking. Bij de opstelling van het ontwerp is immers geoordeeld dat men inzake de statistische verplichtingen niet

³¹ Artikel 156 van het ontwerp beoogt artikel 29 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 te wijzigen.

³² In het ontworpen artikel 30, vierde lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 dient op correcte wijze te worden gerefereerd aan de betrokken wet.

verder dient te gaan dan wat de Europese richtlijnen terzake opleggen. Dat dit onder de huidige reglementering anders is, is mede te verklaren doordat voorheen het Nationaal Instituut voor de Statistiek instond voor het verzamelen van de statistische gegevens inzake overheidsopdrachten, en de opdrachten van voornoemd Instituut in dat verband iets ruimer waren opgevat".

Eveneens nieuw in vergelijking met het bepaalde in artikel 138 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 is dat de nadere regels in verband met de mededeling van gegevens worden vastgesteld "in overleg met de gewestelijke overheden". Dergelijk overleg is niet voorgeschreven in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, noch in enige andere tekst. Er valt niet direct in te zien waarom de stellers van het ontwerp menen dergelijke overlegverplichting in artikel 159 van het ontwerp te moeten inschrijven.

Uit wat voorafgaat volgt dat het verslag aan de Koning best wordt aangepast door erin de verschilpunten aan te geven tussen artikel 159 van het ontwerp en artikel 138 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en tevens de redenen voor die verschillen te verduidelijken.

2. De zinsnede "en met eerbiediging van artikel 11 van de wet" is overbodig in de mate zij een reeds krachtens de wet toepasselijke verplichting of toepasselijk verbod in herinnering brengt. Daarenboven staat het niet aan de Koning om het toepassingsgebied van artikel 11 van de wet uit te breiden, mocht dat al de bedoeling of het geval zijn. De betrokken zinsnede wordt derhalve beter weggelaten.

Artikel 161

De bepalingen van de wet van 15 juni 2006 die de ontworpen regeling tot rechtsgrond strekken, dienen nog in werking te worden gesteld door de Koning. Het spreekt voor zich dat de datum van inwerkingtreding van de betrokken wetsbepalingen uiterlijk dient samen te vallen met de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van het ontwerp die rechtsgrond vinden in de voornoemde wetsbepalingen.

De kamer was samengesteld uit

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

Het verslag werd uitgebracht door de Heren P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd, en P. T'KINDT, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 48.803/1
DU 2 DÉCEMBRE 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 6 octobre 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 20 décembre 2010, sur un projet d'arrêté royal "relatif à la passation des marchés publics", a donné l'avis suivant:

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. La réglementation inscrite dans le projet d'arrêté royal soumis pour avis concerne les marchés publics dits « classiques », à savoir les marchés publics de travaux, de fournitures et de services, y compris les concessions de travaux publics et les travaux attribués au nom des concessionnaires de travaux publics, visés au titre II de la loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services du 15 juin 2006 (ci-après la « loi du 15 juin 2006 »).

Le projet vise tout d'abord à compléter la réglementation susvisée en matière de marchés publics en poursuivant la transposition en droit interne de 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 (ci-après la « directive 2004/18/CE »).

Le projet a également pour objet d'exécuter le titre II de la loi du 15 juin 2006, étant entendu selon le rapport au Roi qu'il « ne contient pas les règles spécifiques applicables [à certains] marchés publics dans le domaine de la défense [...], ni les règles générales d'exécution des marchés publics, ni les dispositions relatives aux délégations de pouvoirs et à certaines mesures de contrôle des marchés publics du niveau fédéral ».

Outre un certain nombre de dispositions générales (chapitre 1^{er}), le projet comprend des règles relatives à l'estimation du montant du marché (chapitre 2), à la publicité (chapitre 3), au dépôt des demandes de participation et des offres (chapitre 4), au droit d'accès et la sélection qualitative (chapitre 5) et au déroulement des différentes procédures d'attribution en adjudication et en appel d'offres (chapitre 6), en procédure négociée (chapitre 7) et en dialogue compétitif (chapitre 8). Il comporte également un certain nombre de règles relatives aux marchés et procédures spécifiques ou complémentaires (chapitre 9) et des dispositions concernant la concession de travaux publics (chapitre 10). Des dispositions modificatives et finales figurent à la fin du projet (chapitre 11).

La réglementation en projet est essentiellement destinée à se substituer à terme à la réglementation inscrite actuellement dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics (ci-après « l'arrêté royal du 8 janvier 1996 »). Toutefois, le projet reproduit également en tout ou en partie certaines dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (ci-après « l'arrêté royal du 26 septembre 1996 »), y compris du cahier général des charges qui en constitue l'annexe, plus particulièrement dans la mesure où il s'agit de dispositions qui doivent déjà être observées avant la phase de l'exécution d'un marché public. En outre, le projet apporte deux modifications dans l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles.

Le projet comprend différentes annexes qui contiennent principalement des formulaires-types pour les documents du marché, mais également une liste non limitative d'organismes de droit public qui doit préciser le champ d'application de la loi du 15 juin 2006 et de l'arrêté en projet, ainsi que des listes déterminantes pour le calcul du montant des seuils déterminant le régime de publicité.

2.1. Sous réserve de ce qui sera relevé ci-dessous sur le fondement juridique de certaines dispositions du projet, ce dernier peut être réputé trouver son fondement juridique dans les articles de la loi du 15 juin 2006, cités au premier alinéa du préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis à la section de législation du Conseil d'État.

2.2. L'article 6, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006 procure un fondement juridique à l'article 19 du projet ³³. La disposition de loi concernée implique que la révision des prix doit compenser à l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient, « suivant les modalités à fixer par le Roi » .

2.3. Les articles 44, 45, 54, 59, 64, 72, 74, 77 et 79 de la loi du 15 juin 2006 ne procurent aucun fondement juridique à la réglementation en projet, soit parce que les délégations qu'ils prévoient concernent d'autres marchés publics que ceux visés au titre II de la loi ³⁴, soit parce que le projet ne donne pas exécution aux délégations concernées ³⁵, soit parce qu'il s'agit de dispositions modificatives sans aucune délégation ³⁶, soit parce qu'il s'agit

³³ L'article 19 du projet ne prévoit pas de régime particulier pour l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui recourt à des sous-traitants, de sorte qu'il ne donne pas exécution à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi du 15 juin 2006 et que cette dernière disposition ne procure pas de fondement juridique à l'article 19 du projet.

³⁴ Tel est le cas des articles 44, 45, 54, 59, 64 et 72 de la loi du 15 juin 2006.

³⁵ Tel est le cas de l'article 74 de la loi susvisée.

³⁶ Tel est le cas de l'article 77 de la loi du 15 juin 2006.

de dispositions prescrivant uniquement le respect de l'exigence relative à la délibération en Conseil des ministres ³⁷.

2.4. Certaines dispositions du projet, qui visent à transposer la directive 2004/18/CE, peuvent être réputées trouver un fondement juridique dans les délégations générales de l'article 75, § 1^{er}, alinéa 1^{er} ³⁸, et § 2 ³⁹, de la loi du 15 juin 2006.

2.5. Certaines dispositions du projet ne visent pas en tant que telles à donner exécution à une délégation expresse de la loi du 15 juin 2006, mais peuvent néanmoins relever du pouvoir d'exécution général du Roi, tel qu'il découle de l'article 108 de la Constitution ⁴⁰.

2.6. Les articles 156 et 157 du projet tendent respectivement à apporter des modifications aux articles 29 et 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles et tirent leur fondement juridique de l'article 19, § 1^{er}, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ⁴¹.

3. L'article 55 du projet dispose que, lorsqu'un soumissionnaire personne physique transfère, au cours de la procédure de passation, son activité professionnelle à une personne morale, il demeure, tout comme cette personne morale, solidairement responsable des engagements pris dans le cadre de son offre.

En ce qui concerne une disposition analogue, devenue l'article 95 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le Conseil d'État, section de législation, a relevé ce qui suit dans son avis 24.123/1 du 23 mars 1995 :

« La deuxième phrase de la disposition susvisée est également superflue dans la mesure où l'imposition de la responsabilité solidaire ne vise rien de plus que ce qui est prévu par les règles de la loi sur les sociétés commerciales ⁴² ou du Code civil ⁴³ »

³⁷ Tel est le cas de l'article 79 de la loi du 15 juin 2006.

³⁸ L'article 75, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 s'énonce comme suit : « Le Roi peut prendre les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement de dispositions légales, pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité instituant la Communauté européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci et concernant les marchés publics et les marchés de travaux, de fournitures et de services visés par la présente loi ». Cette disposition légale peut être réputée procurer un fondement juridique aux articles 1^{er}, 9, 11, 13, 20, 158 et 159 du projet.

³⁹ L'article 75, § 2, de la loi du 15 juin 2006 dispose : « Le Roi peut charger le Premier Ministre d'adapter certains montants fixés dans les mesures d'exécution en fonction des révisions prévues dans les directives européennes, déterminant la valeur des seuils indiqués dans ces directives ». Cette disposition légale procure un fondement juridique à l'article 31, dernier alinéa, du projet.

⁴⁰ Voir les articles 5, 10, 12, 14 à 18, 21, 22 et 160 du projet.

⁴¹ L'article 19, § 1^{er}, de la loi du 4 août 1996 charge le Roi de déterminer diverses conditions, hypothèses, obligations et modalités sur le plan de la sécurité et de la santé des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

⁴² *Note de bas de page 1 de l'avis cité* : Voir par exemple l'article 13bis de la loi sur les sociétés commerciales [actuellement l'article 60 du Code des sociétés]. Dans la mesure où la personne physique a, en quelque qualité

applicables en la matière et, en ce qui concerne les commerçants, ce qui est admis par la jurisprudence ⁴⁴. Par contre, si les auteurs du projet entendent régler la responsabilité solidaire dans le cas précité de manière spécifique et adéquate, le fondement légal à cet effet fait défaut. Aucune disposition de la loi du 24 décembre 1993 ne confère en effet au Roi le pouvoir de régler la succession d'une personne physique par une personne morale, ni, *a fortiori*, de leur imposer à toutes deux une obligation solidaire ».

L'observation citée garde toute sa valeur en ce sens que la loi du 15 juin 2006, pas plus que la loi du 24 décembre 1993, ne procure de fondement juridique permettant de régler la succession d'une personne physique par une personne morale, ou, *a fortiori*, d'imposer aux deux une obligation solidaire ⁴⁵.

4. En ce qui concerne le régime d'exclusion inscrit en matière de procédure négociée sans publicité à l'article 104, § 1^{er}, du projet, on peut s'interroger sur sa compatibilité avec l'article 20, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006, qui dispose que, sauf exigences impératives d'intérêt général, est exclu de la participation à tout marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée dont le pouvoir adjudicateur a connaissance pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude ou blanchiment de capitaux.

Le membre de l'auditorat chargé de l'examen du projet a posé à cet égard la question suivante au délégué :

« Dient de volledige niet-toepassing van hoofdstuk 5, die in artikel 104, § 1, tweede lid, is bepaald voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, niet als onwettig te worden beschouwd, in acht genomen dat, zoals in het verslag aan de Koning (p. 126) wordt gesteld, '[a]rtikel 60, § 1, handelt over de uitsluitingsgevallen die conform artikel 20, tweede lid, van de wet van toepassing zijn in alle gunningsprocedures'? ».

Le délégué a donné la réponse suivante :

que ce soit, remis une soumission au nom d'une société en formation et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, la personne physique précitée est, sauf convention contraire, personnellement et solidairement responsable si cet engagement n'est pas repris par la société dans les deux mois de sa constitution ou si la société n'est pas constituée dans les deux ans de la naissance de l'engagement.

⁴³ Note de bas de page 2 de l'avis cité : Aux termes de l'article 1202 C. civ., la solidarité ne se présume point. Il faut qu'elle soit expressément stipulée ou qu'elle existe « en vertu d'une disposition de la loi ». Les mots « en vertu d'une disposition de la loi » visent non seulement le cas où la solidarité est établie par la loi elle-même, mais encore le cas où elle est établie par un arrêt ou un règlement pris en conformité de la loi (« en conformité de la loi » : Cass. 7 mai 1942, Pas., 1942, I, 117 et DE PAGE, H., Traité élémentaire de droit civil, III, p. 316, n° 321, note 1).

⁴⁴ Note de bas de page 3 de l'avis cité : Cass. 3 avril 1952, Pas. 1952, I, 498.

⁴⁵ Les articles 20, alinéa 1^{er}, et 23 de la loi du 15 juin 2006, auxquels le délégué fait référence, ne comprennent pas de délégation de compétence ou de délégation de compétence spécifique suffisante pour habiliter le Roi à régler la succession ou l'obligation solidaire envisagée.

« De bedoelde bepaling zou op dat punt inderdaad als problematisch kunnen worden beschouwd. Nochtans lijkt ze onontbeerlijk zo men het principe en de toepassing van de opdrachten gesloten met een aanvaarde factuur niet volledig wil uithollen. Ter verhelping van dit probleem, zou kunnen worden overwogen artikel 20, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 te wijzigen door de Koning hierin te machtigen tot het bepalen van uitzonderingen voor de bedoelde kleine opdrachten. Daarbij kan erop worden gewezen dat een wijziging van voormelde wet sowieso in het vooruitzicht is gesteld (zie in dat verband punt 1.3. van de nota aan de Ministerraad).

Ter gelegenheid van uw vraagstelling willen we er verder op wijzen dat ook de formulering van artikel 104, § 1, eerste lid, 2°, problematisch zou kunnen zijn in de zin dat het een lezing toelaat volgens dewelke men voor alle opdrachten gegund via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (dus ook voor deze die niet worden gesloten op aanvaarde factuur) de toepassing van de artikelen 60, §§1 en 2, 5°, en 61, zou kunnen uitsluiten door een bepaling in de opdrachtdocumenten, wat uiteraard evenmin in overeenstemming zou zijn met artikel 20, tweede lid, van de wet. O.i. zou de onderhavige bepaling dan ook best worden geherformuleerd (door punt 2° te beperken tot een verwijzing naar hoofdstuk 5 om vervolgens een lid in te voegen volgens dewelke de artikelen 60, §§1 en 2, 5° en 61 ondubbelzinnig - d.w.z. zonder afwijkingsmogelijkheid - van toepassing worden verklaard) ».

Cette réponse confirme que le régime d'exclusion inscrit à l'article 104, § 1^{er}, du projet ne peut être adopté tel quel, sans adaptation préalable de l'article 20 de la loi du 15 juin 2006, et que la rédaction de la disposition susvisée doit être remaniée en profondeur ⁴⁶.

5. L'article 117, alinéa 2, du projet dispose que lorsque le pouvoir adjudicateur cède un droit de superficie, le promoteur ne bénéficie toutefois pas des droits prévus aux articles 5 et 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

Le Conseil d'État, section de législation, ne distingue dans la loi du 15 juin 2006 aucune disposition qui permettrait au Roi de déroger aux articles susvisés de la loi du 10 janvier 1824 ⁴⁷. Pour ce motif, l'article 117, alinéa 2, ne peut être maintenu dans le projet.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'intention à la base de la réglementation en projet est notamment de poursuivre la transposition en droit interne de la directive 2004/18/CE. Cette transposition s'opère au moyen de différents textes normatifs. Elle a déjà fait l'objet par le passé de diverses

⁴⁶ Cette révision peut également être mise à profit pour mieux harmoniser le texte du rapport au Roi et celui du projet. Ainsi, l'article 104, § 1^{er}, alinéa 2, du projet mentionne comme condition que la dépense à approuver ne peut atteindre « le montant visé à l'article 103, § 1^{er}, 4° », soit 7.500 euros, alors que dans le rapport au Roi le commentaire de l'article 104 du projet précise qu'il s'agit à l'article 104, § 1^{er}, alinéa 2, de marchés « dont la dépense à approuver n'atteint pas 10.000 euros ».

⁴⁷ L'article 28 de la loi du 15 juin 2006, qui en principe procure un fondement juridique à l'article 117 du projet, ne comporte pas davantage de disposition attribuant pareille compétence au Roi.

mesures temporaires⁴⁸ dans l'attente de l'entrée en vigueur des lois des 15 et 16 juin 2006⁴⁹. Certaines dispositions de la directive ont été transposées par la loi du 15 juin 2006. D'autres seront transposées par d'autres lois et arrêtés d'exécution distincts⁵⁰. D'autres encore le seront par des arrêtés d'exécution de la loi du 15 juin 2006. Le projet soumis pour avis n'est que le premier d'une série de tels arrêtés d'exécution. L'intention est de ne laisser entrer en vigueur les dispositions ainsi transposées que lorsque tous les arrêtés d'exécution nécessaires à la transposition de la directive 2004/18/CE auront été pris.

Cette transposition, étalée dans le temps, partiellement temporaire et plutôt morcelée, de la directive 2004/18/CE⁵¹ implique qu'il n'est pas aisé de se faire une idée adéquate de la mesure dans laquelle cette directive a déjà été transposée pour l'instant dans l'ordre juridique interne, des textes normatifs qui, à l'avenir, devront encore être adoptés à cet effet et des dispositions du projet soumis pour avis qui transposent des dispositions européennes et de quelles dispositions il s'agit. La réglementation en projet serait ainsi davantage accessible non seulement si l'articulation avec la directive 2004/18/CE était précisée dans le rapport au Roi, mais également si ce dernier était accompagné d'un tableau de concordance indiquant clairement quels articles de la loi du 15 juin 2006 et du projet soumis pour avis visent la transposition de quelles dispositions de la directive susvisée et, inversement, quelles dispositions européennes sont transposées en droit interne par quelles dispositions normatives⁵².

2.1. Il ressort de ce qui précède qu'il ne s'agit pas de transposer complètement la directive 2004/18/CE en droit interne. La question se pose de savoir si la transposition partielle, ainsi conçue, de la directive susvisée est adéquate et si, par ses limitations, elle n'est pas incomplète ou inexacte sur certains points. La comparaison entre le texte du projet et le texte de la directive 2004/18/CE et du tableau de concordance communiqué au Conseil d'État par le délégué, a montré que la transposition de la directive susmentionnée, envisagée par le projet, soulève diverses questions. Ces questions seront rappelées sous les numéros qui suivent.

⁴⁸ Voir notamment l'arrêté royal du 29 septembre 2009 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Ainsi, l'article 10 de la directive 2004/18/CE, lu en combinaison avec la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, sera encore transposé par une loi distincte. Dans le cadre d'une nouvelle transposition des directives relatives à la protection juridique (voir le titre IIbis de la loi du 24 décembre 1993), la transposition des articles 41 et 43 de la directive 2004/18/CE s'opérera également par la voie d'une loi distincte et d'un arrêté d'exécution.

⁵¹ C'est en partie en raison de ce morcellement et en partie à la suite d'un choix volontaire du législateur national que le lien entre l'économie du droit interne et celle de la directive 2004/18/CE n'est pas toujours clair.

⁵² Un tel tableau de concordance a été communiqué au Conseil d'État par le délégué.

2.2. L'article 4, paragraphe 1^{er}, premier alinéa, de la directive 2004/18/CE énonce le principe selon lequel les candidats ou les soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre où ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation en question ne peuvent être rejetés seulement du fait qu'ils auraient été tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le marché est attribué, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Le tableau de concordance communiqué au Conseil d'État mentionne un certain nombre de dispositions qui ne semblent toutefois pas transposer le principe susvisé en droit interne. Invité à fournir des précisions sur ce point, le délégué a répondu ce qui suit :

« Terechte opmerking. Er zou hiertoe inderdaad nog een bepaling moeten worden opgenomen, temeer daar in artikel 2, 5°, van de wet van 15 juni 2006 het begrip aannemer, leverancier of dienstverlener wordt gedefinieerd als « elke natuurlijke of rechtspersoon, elke overheidsinstelling of elke combinatie van deze personen of rechtspersonen of overheidsinstellingen die respectievelijk de uitvoering van werken of van bouwwerken, leveringen of diensten op de markt aanbiedt » . Gezien de begrippen natuurlijke of rechtspersoon in de wetgeving overheidsopdrachten zelf niet worden gedefinieerd, dient hieraan de gebruikelijke betekenis onder de Belgische wetgeving te worden toegekend. In die omstandigheid valt het inderdaad niet uit te sluiten dat een aanbestedende overheid een kandidaat of een inschrijver zou afwijzen enkel en alleen omdat hij volgens de Belgische wetgeving noch als een natuurlijke, noch als een rechtspersoon kan worden bestempeld » .

2.3. Selon l'article 4, paragraphe 1^{er}, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE, il peut être demandé dans certains cas aux personnes morales d'indiquer dans l'offre ou dans la demande de participation, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui sont chargées de l'exécution de la prestation.

Sur la question de savoir quelle disposition précisement transposait l'article 4, paragraphe 1^{er}, deuxième alinéa, le délégué a apporté les précisions suivantes :

« Voor de omzetting van de bepaling van artikel 4, lid 1, tweede alinea, die zelf is gericht op rechtspersonen, kan worden verwezen naar artikel 70, 3°, tweede zin, van het ontwerp dat bepaalt : "De rechtspersonen kunnen verplicht worden de namen en de beroepskwalificaties van de personen die met het verlenen van de dienst worden belast in hun aanvraag tot deelneming of in hun offerte te vermelden.

Aan deze laatste bepaling is overigens een specifieke rubriek gelinkt in het model van aankondiging van opdracht opgenomen in bijlage 7 van het ontwerp, dat overigens integraal deel uitmaakt van het beschikkend gedeelte. Het gaat meer bepaald om rubriek III.3.2 van de bijlage.

Het voormelde artikel 70, 3°, tweede zin, en de daaraan gelinkte rubriek III.3.2. van bijlage 7 volstaan bij nader inzien evenwel niet voor de omzetting van artikel 4, lid 1, tweede alinea van de richtlijn.

Immers zou het toepassingsveld moeten worden veralgemeend in de zin dat de bedoelde mogelijkheid voor de aanbestedende overheden, niet alleen moet worden

opgenomen voor de dienststopdrachten maar ook voor de opdrachten voor werken alsook voor de opdrachten voor leveringen die bijkomende diensten en/of plaatsings- en installatiewerkzaamheden inhouden.

Verder zou inderdaad gevolg kunnen worden gegeven aan de opmerking van de Raad door de bedoelde mogelijkheid ook te expliciteren voor de combinaties van rechtspersonen, ook als dit ons inziens strikt genomen niet vereist is voor de omzetting van de voormelde bepaling van de richtlijn. Immers, ingeval de combinatie zelf een rechtspersoon is, valt de combinatie reeds onder het voormelde - aldus te veralgemenen - voorschrift voor de rechtspersonen. En ingeval de combinatie zelf geen rechtspersoonlijkheid heeft, is er geen verplichting om de bedoelde mogelijkheid ten aanzien van de combinatie op te nemen. Maar in dat geval zal het wel aangewezen zijn in de bedoelde mogelijkheid te voorzien ten aanzien van de rechtspersonen die de combinatie vormen.

De bedoelde veralgemeende, uitdrukkelijke bepaling zou desgevallend kunnen worden opgenomen in artikel 57, § 1, van het ontwerp.

Voor de volledigheid wordt hier nog gewezen op een aantal artikelen van het ontwerp, inzonderheid hoofdstuk 5 betreffende de selectie van kandidaten en inschrijvers, waar verspreid over de tekst een aantal bepalingen zijn opgenomen waarin, volgens het soort opdracht (werken, leveringen of diensten), aan de aanbestedende overheden - ongeacht of het gaat om natuurlijke of (combinaties) van rechtspersonen - een aantal mogelijkheden wordt gegeven die met de voormelde bepaling van artikel 4, lid 1, tweede alinea van de richtlijn en met artikel 70, 3°, tweede zin, van het ontwerp in verband kunnen worden gebracht. Het gaat meer bepaald om de volgende bepalingen :

- artikel 67, 2°, en 3°, volgens dewelke de aanbestedende overheid voor de opdrachten voor werken in het kader van het onderzoek van de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid respectievelijk kan vragen naar :

- * een lijst van al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole, die de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;

- * de studie- en beroepskwalificaties van de aannemer of het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de leiding van de werken worden belast.

- artikel 69, 2°, volgens dewelke de aanbestedende overheid voor de opdrachten voor leveringen in het kader van het onderzoek van de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid kan vragen naar een lijst van al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole;

- artikel 70, 2°, en 3°, eerste zin, volgens dewelke de aanbestedende overheid voor de opdrachten voor diensten in het kader van het onderzoek van de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid respectievelijk kan vragen naar :

- * een lijst van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole;

- * de studie- of beroepskwalificaties van de dienstverlener of het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de dienstverlening kunnen worden belast » .

2.4. On voit mal quelle disposition du projet répond à l'exigence de l'article 24, troisième alinéa, de la directive 2004/18/CE, en ce qui concerne la mention dans le cahier des charges des exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que des modalités de leur soumission. Le délégué a déclaré à cet égard ce qui suit :

« Bij nader inzien ontbreekt in het ontwerp inderdaad een expliciete bepaling die de aanbestedende overheid verplicht in de opdrachtdocumenten (bestek) te vermelden hoe de varianten moeten worden ingediend. Een bepaling daartoe zou kunnen worden ingevoegd in artikel 9, § 2, van het ontwerp » .

2.5. L'article 25 de la directive 2004/18/CE dispose que le pouvoir adjudicateur peut demander dans le cahier des charges ou peut être obligé par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Il dispose également que cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal. La disposition concernée de la directive ne semble pas avoir été transposée par l'article 79, alinéa 1^{er}, 4^o, du projet. Selon le délégué, tel serait néanmoins le cas. Il a déclaré à cet égard ce qui suit :

« De bepaling van artikel 79, 4^o, van het ontwerp stemt terzake overeen met de bepaling van artikel 90 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, met dit verschil dat niet alleen meer voor opdrachten voor werken maar nu ook voor opdrachten voor leveringen en diensten de identiteit van de onderaannemers kan worden gevraagd. De mogelijkheid voor de aanbestedende overheden om de inschrijver te verzoeken om in zijn offerte aan te duiden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven, is weliswaar niet geëxpliciteerd maar is, zoals mag blijken uit de toelichting in het verslag aan de Koning, wel beoogd en zit impliciet vervat in de mogelijkheid tot het vragen van de identiteit van de onderaannemers.

Daarentegen is niet geopteerd voor de in de richtlijn gegeven optie om de aanbestedende overheden te verplichten om de inschrijvers te verzoeken om de voormelde gegevens. M.a.w. wordt het aan de aanbestedende overheden overgelaten om hier al dan niet toe over te gaan » .

Une transposition de l'article 25 de la directive 2004/18/CE respectueuse de la sécurité juridique requiert que la transposition ressorte du texte du projet et qu'elle soit suffisamment claire. Une transposition implicite ou un commentaire inscrit dans un rapport au Roi ne suffisent pas à cet égard.

2.6. Comme l'a confirmé le délégué, la dernière phrase de l'article 29, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE ⁵³ n'est pas transposée en droit interne par l'article 109, § 3, du projet. Le texte de cette dernière disposition doit dès lors être complété sur ce point.

⁵³ La dernière phrase de l'article 29, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE dispose que la possibilité d'une procédure se déroulant en phases successives est indiquée dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

2.7. L'article 41, alinéas 3 et 4, du projet n'est pas tout à fait conforme - du moins d'un point de vue rédactionnel – à ce que prescrit l'article 38, paragraphe 7, de la directive 2004/18/CE, à savoir que « les délais de réception des offres sont prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres » . La disposition en projet indique uniquement que dans le cas visé, les délais sont allongés « de façon adéquate » , ce qui est moins explicite et moins clair.

2.8. L'article 49 du projet ne traduit pas suffisamment la spécificité du régime du dialogue compétitif et ne transpose donc pas l'article 40, paragraphe 5, premier alinéa, c), et premier alinéa, b) combiné avec le deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE. Une observation similaire peut être formulée à l'égard de l'article 52 du projet. Le délégué l'a confirmé comme suit :

« Terechte opmerking. De bedoelde bepalingen worden inderdaad onvoldoende omgezet. Wat inzonderheid de bepaling van artikel 40, lid 5, eerste alinea, b), *juncto* tweede alinea van de richtlijn betreft, lijkt het aangewezen artikel 112, § 1, te vervullen met de elementen van artikel 40, lid 5, eerste alinea, b).

Artikel 52 blijkt bij nader inzien inderdaad tekort te schieten voor de omzetting van de bepaling van artikel 40, lid 5, eerste alinea, c), meer bepaald wat betreft de aanduiding van de bij de raadpleging te gebruiken taal of de talen. Bovendien lijkt ons het tweede lid van artikel 51, §1, problematisch in de zin dat deze bepaling de aanbestedende overheid ruimte geeft om bij ontstentenis van een vermelding in de opdrachtdocumenten van de te gebruiken taal of talen, te beslissen of zij het gebruik van een andere taal dan die van de aankondiging van opdracht of van de andere opdrachtdocumenten aanvaardt. Deze mogelijkheid wordt in de richtlijn niet geboden. De bedoelde bepaling dient dus te worden geschrapt » .

2.9. À la question de savoir si les dispositions mentionnées dans le tableau de concordance transposent correctement l'article 44, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE, le délégué a répondu :

« Het lijkt er inderdaad op dat de laatste zin van de voormelde bepaling van de richtlijn ontbreekt. Deze dient dus te worden toegevoegd » .

2.10. En ce qui concerne la transposition de l'article 48, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE, le délégué a précisé ce qui suit :

« Wat betreft artikel 48, lid 6, van de richtlijn kan, anders dan vermeld in de concordantietabel, worden verwezen naar artikel 36 en bijlage 7 van het ontwerp. De laatstgenoemde rechtsgronden geven evenwel onvoldoende basis voor de, zij het eerder theoretische gevallen, waar men in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking de bedoelde referenties inzake technische en beroepsbekwaamheid zou willen vragen » .

Outre le fait que le terme « rechtsgronden » vise probablement les dispositions transposant la disposition concernée de la directive, il paraît indiqué de transposer celle-ci d'une manière plus explicite et complète dans le texte du projet.

2.11. À l'égard des opérateurs économiques, l'article 52, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE mentionne aussi bien l'inscription sur des listes officielles que la possession d'un certificat. Or, l'article 68, alinéa 2, 2°, du projet fait uniquement mention d'une liste officielle. La disposition figurant à la dernière phrase de l'article 52, paragraphe 2, de la directive n'est manifestement pas non plus transposée en droit interne.

L'article 68, alinéa 2, 2°, du projet devra être complété sur ces deux points.

2.12. Le délégué a été invité à préciser la disposition du projet qui constitue la transposition de l'article 54, paragraphe 4, premier alinéa, et paragraphe 7, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE. Le délégué a répondu :

« Wat betreft artikel 54, lid 4, eerste alinea, van de richtlijn ontbreekt in het ontwerp inderdaad de uitdrukkelijke vermelding dat de elektronische veiling dient te worden voorafgegaan door een eerste volledige beoordeling van de offertes. Het lijkt ons dat hiertoe een bepaling kan worden ingevoegd in artikel 130.

Wat betreft artikel 54, lid 7, tweede alinea, van de richtlijn ontbreekt in het ontwerp inderdaad de bepaling dat de uitnodiging om deel te nemen aan de veiling het tijdschema voor elke fase van de veiling dient te vermelden. Een precisering hiertoe kan worden aangebracht in artikel 132 » .

Afin d'assurer une transposition plus complète de l'article 54 de la directive 2004/18/CE, on complétera le projet dans le sens indiqué dans la réponse du délégué.

2.13. L'article 55, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE concerne le cas où un soumissionnaire « n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement ». Si l'article 20, § 3, alinéa 4, 5°, du projet transpose l'article 55, paragraphe 1, deuxième alinéa, e), de la directive précitée, on ne peut toutefois considérer qu'il transpose également, de manière adéquate, en droit interne l'article 55, paragraphe 3, de la directive.

2.14. L'article 56, premier alinéa, de la directive 2004/18/CE rend le chapitre I du titre III de la directive applicable à tous les contrats de concession de travaux publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs lorsque la valeur de ces contrats dépasse un montant déterminé. Le deuxième alinéa du même article dispose que « cette valeur est calculée selon les règles applicables aux marchés de travaux publics définies à l'article 9 » . Le Conseil d'État, section de législation, ne pouvant pas déterminer quelle disposition du projet constitue la transposition de l'article 56, deuxième alinéa, de la directive, le délégué a été invité à donner des précisions. Il a répondu :

« Wat betreft de raming van het opdrachtbedrag voor de concessies voor openbare werken, het voorwerp van de vermelde bepaling van de richtlijn, blijkt in hoofdstuk X van het ontwerp inderdaad een verwijzing naar artikel 23 e.v. van het ontwerp houdende de ramingsregels te ontbreken. Het lijkt ons dat hiertoe in het

voormelde hoofdstuk een bepaling, eventueel ondergebracht in een bijkomende afdeling, dient te worden toegevoegd » .

2.15. L'article 63, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2004/18/CE, appelle la même constatation que celle faite au point 2.14 à l'égard de l'article 56, deuxième alinéa, comparable de la même directive. Afin de transposer également, de manière adéquate, la disposition de la directive citée en premier lieu, il faudrait – comme l'a confirmé le délégué – compléter l'article 155 du projet.

2.16. En ce qui concerne la concession de travaux publics, il est à noter que l'article 31, 1), a) combiné avec l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive permet également une exception à l'obligation de publicité dans l'hypothèse visée à l'article 26, § 1^{er}, 1^o, d), de la loi du 15 juin 2006, ce que ne fait pas l'article 155, § 2, alinéa 3, du projet. Selon le délégué, il ne s'agit pas d'un choix délibéré mais d'un oubli. Il convient d'y remédier.

2.17. L'article 155, § 4, du projet dispose ce qui suit :

« Les contrats de travaux visés au présent article ne sont pas soumis aux autres dispositions du présent arrêté » .

Il résulte toutefois de l'article 65, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE que l'article 38, paragraphe 7, de la directive s'applique également aux contrats concernés, à quoi correspond l'article 150, alinéa 2, du projet en ce qui concerne les concessions de travaux publics. Le délégué a déclaré à ce sujet :

« Terechte opmerking. Desgevallend kan worden verwezen naar artikel 41 van het ontwerp dat ons terzake iets vollediger lijkt (zie wat betreft de eerste hypothese van artikel 38, lid 7, van de richtlijn, nl. het geval waarin het bestek en de aanvullende stukken of nadere inlichtingen tijdig zijn aangevraagd maar om enigerlei reden niet binnen de gestelde termijnen zijn verstrekt) » .

Afin d'assurer une meilleure concordance avec la directive 2004/18/CE, la suggestion faite dans la réponse du délégué en vue d'adapter le texte du projet peut être accueillie.

3. Diverses dispositions du projet s'écartent sans raison apparente ou plausible de la terminologie ou de la rédaction de la directive 2004/18/CE. Le commentaire des articles du projet citera divers exemples à ce sujet. Le principe, en substance, est de se rapprocher le plus possible de la directive, à moins qu'il ne puisse se justifier de s'en écarter parce qu'un terme ou une formulation sont plus courants et plus précis dans l'ordre juridique interne et que le résultat visé par la directive ne s'en trouve donc pas affecté.

4. Différentes dispositions du projet utilisent des sigles, généralement pour désigner certaines notions techniques (classification CPC, code NUTS, code CPV,...⁵⁴). Par souci de clarté et d'accessibilité de la réglementation en projet, mieux vaudrait écrire ces sigles en toutes lettres, dès leur première utilisation dans le projet. Le cas échéant, ils peuvent être explicités dans le rapport au Roi.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

L'intitulé d'un texte normatif ne se compose de préférence pas uniquement de mots d'indexation. Sous réserve de l'observation formulée dans le présent avis sur l'emploi du terme « gunning », on écrira dans le texte néerlandais de l'intitulé « Koninklijk besluit betreffende de gunning van overheidsopdrachten ».

Préambule

1. Compte tenu de l'observation relative au fondement juridique du projet, on ajoutera au début du préambule du projet un nouvel alinéa rédigé comme suit :

« Vu la Constitution, l'article 108; » .

2. Immédiatement après l'alinéa du préambule, visé au point 1, on insérera encore un autre alinéa faisant référence à l'article 19, § 1^{er}, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail qui, comme il a déjà été indiqué, procure le fondement juridique aux articles 156 et 157 du projet. On rédigera cet alinéa comme suit :

« Vu la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, l'article 19, § 1^{er}, modifié par les lois des 27 décembre 2004 et 9 mars 2005 ; » .

3. Compte tenu des observations formulées au point 2 de l'examen de la portée et du fondement juridique du projet, il y a lieu, à la fin du premier alinéa du préambule du projet tel qu'il est soumis pour avis et qui doit devenir le troisième alinéa, d'adapter les références aux articles de la loi du 15 juin 2006. En effet, certains des articles de loi cités à présent ne

⁵⁴ Voir notamment les articles 31 et 39 du projet.

procurent pas de fondement juridique à la réglementation en projet et ne doivent pas être mentionnés; d'autres articles de loi qui procurent néanmoins un fondement juridique au projet ne sont pas mentionnés, omission à laquelle il convient de remédier. Au besoin, on indiquera également pour chaque disposition procurant un fondement juridique les textes modificatifs qui sont encore en vigueur.

4. Après les alinéas du préambule qui font référence aux dispositions constituant le fondement juridique du projet, on mentionnera les textes que le projet vise à modifier. Après le troisième alinéa du préambule, qui énumère les différents articles de la loi du 15 juin 2006, on insérera dès lors un nouvel alinéa rédigé comme suit :

« Vu l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles; » .

5. Immédiatement après l'alinéa du préambule qui fait mention de l'avis de l'inspecteur des Finances, on insérera l'alinéa suivant :

« Vu l'accord du Secrétaire d'État au Budget, donné le 16 septembre 2010; » .

Article 2

1. Dans le texte néerlandais de l'article 2, § 1^{er}, 5^o, du projet, on remplacera les mots « vermoedelijk zijn » par les mots « worden vermoed » .

2. On rédigera l'article 2, § 1^{er}, 7^o, du projet comme suit :

« marché mixte : le marché dont les prix sont fixés selon les différents modes visés aux 4^o à 6^o; » .

3. À la fin du texte néerlandais de l'article 2, § 1^{er}, 9^o et 10^o, du projet, on écrira, comme dans le texte français, « wijze van prijsvaststelling » au lieu de « prijsvaststelling » .

4. La définition de la notion de « variante » , à l'article 2, § 1^{er}, 11^o, du projet, soulève la question de savoir si des variantes purement financières sont exclues. La doctrine

montre que les opinions sont partagées à ce sujet⁵⁵. Par souci de clarté et de sécurité juridique, il serait recommandé dès lors que le rapport au Roi apporte quelques précisions supplémentaires sur ce point.

5. Dans la définition de la notion de « demande de participation », à l'article 2, § 1^{er}, 22°, du projet, les mots « manifestation écrite et expresse », dans le texte français, ne correspondent pas aux mots « schriftelijke wilsuiting », dans le texte néerlandais. Il y a lieu de supprimer cette discordance.

6. L'article 2, § 1^{er}, 27°, du projet, définit la notion d'« attribution du marché » (texte néerlandais : *gunning van de opdracht*). L'article 2, § 1^{er}, 28°, définit celle de « conclusion du marché » (texte néerlandais : *sluiting van de opdracht*).

Dans l'avis 38.703/1/V du 6 septembre 2005 sur l'avant-projet de loi devenu la loi du 15 juin 2006⁵⁶, le Conseil d'État, section de législation, a déjà souligné que l'équivalence des notions « attribution du marché », dans le texte français, et « *gunning van de opdracht* », dans le texte néerlandais, prête à confusion en droit belge. En effet, l'« attribution » du marché (« *toewijzing* ») est la décision unilatérale de l'autorité désignant le bénéficiaire, alors que la « passation » (ou « conclusion ») du marché (de « *gunning* » van de opdracht) porte sur l'ensemble de l'opération, en ce compris la conclusion de la convention entre l'adjudicateur et le bénéficiaire. On peut également dire que la « passation » porte sur la dernière phase, à savoir celle de la conclusion de la convention.

La loi du 15 juin 2006, tout comme le projet soumis pour avis, tiennent effectivement compte de la critique, formulée par le Conseil d'État dans son avis 38.703/1/V, de l'équivalence des notions d'« attribution du marché », dans le texte français, et de « *gunning van de opdracht* » dans le texte néerlandais. Force est toutefois de constater que la loi du 15 juin 2006 ne respecte pas toujours de façon conséquente la nuance terminologique précitée, avec toutes les conséquences qui en résultent sur le plan de la clarté et de la cohérence des articles de loi concernés.

Si les auteurs du projet adoptent également l'équivalence que le législateur a faite entre les notions d'« attribution du marché », dans le texte français, et de « *gunning van de opdracht* », dans le texte néerlandais, ils devront veiller à le faire d'une manière cohérente et à ce que les notions concernées ne soient pas utilisées, dans un sens plus large, dans

⁵⁵ Voir à cet égard L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, n° 817.

⁵⁶ *Doc. parl.* Chambre, DOC 51 2237/001, 132-147.

d'autres dispositions du projet⁵⁷, à savoir pour définir l'ensemble des opérations concrétisant la conclusion du marché public. Dans cette dernière hypothèse, ils peuvent dans le texte néerlandais, à l'instar de la directive 2004/18/CE, utiliser les termes « plaatsing » ou « plaatsen », qui se distinguent alors des notions de « gunning » et « sluiting van de opdracht », telles qu'elles sont définies respectivement à l'article 2, § 1^{er}, 27° et 28°, du projet. Dans ce cas, il est recommandé d'également définir la notion de « passation du marché » à l'article 2, § 1^{er}, du projet.

De toute façon, mieux vaudrait réexaminer le texte du projet en vue d'une utilisation plus cohérente des notions précitées.

7. À la fin du texte néerlandais de l'article 2, § 1^{er}, 27°, du projet, on remplacera les mots « aan te duiden » par les mots « aan te wijzen ». La même observation vaut pour l'article 20, § 2, alinéa 1^{er}, du projet.

Article 6

Dans un souci de concordance avec l'article 42, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE, on écrira à la fin de l'article 6, § 1^{er}, 2°, du projet « du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci ».

Article 7

Pour se conformer à la terminologie utilisée à l'article 23, paragraphe 3, a), de la directive 2004/18/CE et à l'article 7, § 4, du projet, on remplacera dans le texte néerlandais de l'article 7, § 2, a), les mots « technische verwijzingssystemen » par les mots « technische referentiesystemen ».

Article 9

Selon l'article 9, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, les variantes libres ne sont pas autorisées en cas d'adjudication. L'article 9, § 3, dispose que le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une variante libre pour la seule raison qu'un marché de services deviendrait un marché

⁵⁷ Comme c'est le cas actuellement dans l'intitulé du projet, au chapitre 10, section 5, et dans diverses dispositions qui utilisent « gunning » ou « gunnen », dans le texte néerlandais, comme synonymes, respectivement, de « passation » ou « passer », dans le texte français (voir par exemple l'article 160, alinéa 1^{er}, du projet).

de fournitures ou inversement. Il se déduit toutefois du rapport au Roi que le pouvoir adjudicateur dispose de diverses possibilités pour soumettre à des limitations ou même exclure la variante précitée et pour prévoir à cette occasion une nullité absolue. Le texte de l'article 9 du projet devrait mentionner d'une manière plus explicite les éventualités envisagées dans le rapport au Roi.

Article 15

En ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement opter pour un des procédés mentionnés sous a) ou b) de l'article 15, alinéa 2, du projet. Afin de ne laisser subsister aucun doute à ce sujet, mieux vaudrait rédiger l'alinéa 2 de la disposition précitée comme suit :

« ... le pouvoir adjudicateur :

- a) soit prévoira qu'elle fait ...
- b) soit imposera au soumissionnaire ... ».

Article 20

1. L'article 20, § 3, alinéa 2, du projet fait mention d'« un prix » . L'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, auquel fait référence le rapport au Roi, mentionne « prix unitaires ou globaux » . On peut se demander s'il ne faudrait pas préciser que la notion de « prix » à l'article 20, § 3, alinéa 2, du projet comprend aussi bien les prix unitaires que les prix globaux. Une telle précision pourrait figurer dans le rapport au Roi. Dans le texte français, on écrira par ailleurs « à moins que l'invitation ne prévoie ... » .

2. À l'article 20, § 3, du projet, il est exigé que des « justifications » (dans le texte néerlandais : een verantwoording) soient données quant à la composition du prix. L'article 55, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE n'utilise pas le terme « justifications » mais le terme « précisions » . On n'aperçoit pas le motif pour lequel l'article 20, § 3, du projet, opte sur ce point pour une terminologie différente. Il est recommandé d'apporter quelques précisions à cet égard dans le rapport au Roi.

3. La portée de la phrase introductive de l'article 20, § 3, alinéa 4, du projet n'est pas la même dans le texte français et le texte néerlandais. Si dans le texte néerlandais, l'énumération des éléments de l'article 20, § 3, alinéa 4, paraît en effet facultative (« kan met

name verband houden met »), ce n'est pas le cas dans le texte français (« Les justifications concernant notamment »). Les deux textes devront être harmonisés.

Article 23

Le libellé de la phrase introductive de l'article 23, alinéa 1^{er}, du projet, s'écarte de celle de l'article 9, paragraphe 1^{er}, premier alinéa, de la directive 2004/18/CE. Ainsi, la disposition précitée du projet ne précise pas, notamment, qu'il s'agit d'un montant « hors TVA » , comme c'est le cas à l'article 9, paragraphe 1, de la directive⁵⁸. Il s'impose de mieux harmoniser le texte de la phrase introductive de l'article 23, alinéa 1^{er}, du projet et celui de l'article 9, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive précitée.

Article 26

Contrairement à l'article 9, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE, dont le texte néerlandais mentionne « andere vormen van beloning » et « andere wijzen van bezoldiging » , le texte néerlandais de l'article 26, § 1^{er}, alinéa 2, du projet mentionne chaque fois « andere vormen van vergoeding » (dans le texte français : autres modes de rémunération). De toute évidence, les auteurs du projet préfèrent prévoir une terminologie différente de la directive concernée. Il serait utile que le rapport au Roi apporte quelques précisions sur ce point également.

Article 40

Selon le rapport au Roi, l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés et d'un système de qualification (article 40, §§ 2 et 3, du projet) n'exclut pas la passation d'un marché distinct par le recours à la publication d'un avis de marché. Dans un souci de précision, mieux vaudrait en faire mention dans le texte de l'article 40 du projet.

⁵⁸ L'article 2, § 2, du projet n'apporte pas d'éclaircissement ou de justification à cet égard.

Article 44

Le texte néerlandais de l'article 44 du projet ne comporte pas l'équivalent des mots « à défaut », figurant dans le texte français. Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

Article 46

1. À la fin du texte néerlandais de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 3, du projet, les mots « par des moyens électroniques », figurant dans le texte français, font défaut. Cette discordance sera également éliminée.

2. Dans un souci de clarté, il faudrait également prévoir à la fin du texte français de la phrase introductive de l'article 46, § 2, alinéa 2, du projet que les deux conditions mentionnées dans cet alinéa doivent être remplies cumulativement. Actuellement, seul le texte néerlandais le mentionne.

La même observation vaut pour les articles 47, alinéa 3, et 48, § 1^{er}, alinéa 2, du projet.

Article 48

À la fin de l'article 48, § 2, du projet, il est prévu que dans le cas visé, l'invitation à présenter une offre peut être envoyée par télécopie ou par des moyens électroniques. À propos de cette disposition, le rapport au Roi indique que l'envoi doit avoir lieu « par des moyens électroniques conformément aux exigences prévues à l'article 47, alinéa 3 », c'est-à-dire en ligne, ce qui - selon le rapport au Roi - exclut l'utilisation de la télécopie. Le rapport au Roi et le texte de l'article 48, § 2, du projet devraient être mieux harmonisés sur ce point.

Article 49

Dans un souci de précision, le texte français de l'alinéa 2 de l'article 49, alinéa 2, 1^o, a), du projet devrait, comme dans le texte néerlandais, exprimer plus clairement qu'il contient une dispense de l'obligation, visée à l'alinéa précédent.

Article 51

1. Dès lors que c'est le fait que personne ne puisse avoir accès aux demandes avant la date limite qui occupe une place centrale à l'article 51, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, du projet, la rédaction du texte français devra être adaptée sur l'exemple du texte néerlandais. Plus particulièrement, le membre de phrase « qu'avant la date et l'heure limites fixées » devra être inséré à un autre endroit de la disposition concernée.

2. L'article 51, § 1^{er}, alinéa 2, du projet dispose que les conditions prévues à l'alinéa 1^{er}, 1^o à 3^o, s'appliquent aux candidats, aux soumissionnaires et au pouvoir adjudicateur. Le rapport au Roi mentionne que l'article 51, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, du projet a également cette portée générale. Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

Article 54

L'article 54 du projet énonce que les documents du marché peuvent limiter ou interdire la remise d'une offre commune par plusieurs candidats sélectionnés. Selon le rapport au Roi, cette disposition vise « à garantir un niveau suffisant de concurrence, notamment lorsque le nombre de candidats sélectionnés est limité et que le risque existe dès lors de voir ceux-ci présenter une offre à travers un seul groupement ». Il est recommandé de préciser à l'article 54, alinéa 3, du projet que la limitation ou l'interdiction qui y sont visées ne sont permises que pour préserver la concurrence.

Article 58

1. À l'article 58, 2^o, du projet, la notion de « situation » a une connotation à ce point générale qu'elle pourrait également porter, par exemple, sur des aspects de la vie privée d'un candidat ou d'un soumissionnaire. La notion concernée doit dès lors être précisée ou être remplacée par une notion mieux définie.

La même observation vaut pour d'autres dispositions du projet, telles que l'article 59, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

2. Dans la mesure où l'article 58, 3^o, du projet se rapporte aux documents et aux renseignements qui sont déjà soumis, par application de la loi du 16 janvier 2003⁵⁹, à la

⁵⁹ Loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions.

collecte unique obligatoire de données, cette disposition est rédigée de manière trop générale parce qu'elle donne à penser qu'il est dérogé au régime légal précité alors que cela n'est pas permis. Il peut être envisagé d'explicitier dans l'article 58, 3°, du projet que les documents et renseignements visés, sont ceux pouvant être obtenus sans faire application de la loi du 16 janvier 2003.

Article 60

1. L'article 60, § 1^{er}, du projet spécifie ce que définit déjà l'article 20 de la loi du 15 juin 2006. Afin de ne laisser subsister à cet égard aucune ambiguïté, il est aussi recommandé de faire référence à la disposition légale précitée dans la phrase introductive de l'article 60, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet⁶⁰. Il y a en outre lieu d'écrire dans cette même phrase introductive, conformément à l'article 20 de la loi, « ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée dont le pouvoir adjudicateur a connaissance ».

2. L'article 60, § 2, 1° et 2°, du projet fait référence à la procédure du « concordat judiciaire ». Il y a lieu de tenir compte du fait que la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises a mis en place une procédure de « réorganisation judiciaire » et que la référence au concordat judiciaire n'est par conséquent plus d'actualité.

3. À l'article 60, § 2, 3°, du projet, les mots « par un jugement » seront remplacés par « par une décision judiciaire ».

Article 65

Eu égard à la disposition figurant à l'article 65, § 2, alinéa 2, du projet, les mots « en règle générale », dans la phrase introductive de l'article 65, § 1^{er}, seront omis.

Article 67

Il y a dans l'article 67, 7°, du projet une discordance entre le texte néerlandais (« Deze attesten worden afgeleverd en ondertekend ») et le texte français (« Ces attestations sont émises ou contresignées »). Il faut supprimer cette discordance.

⁶⁰ Cette référence est également faite à l'article 60, § 1^{er}, alinéa 3, du projet.

Article 69

1. La lisibilité commande d'écrire dans le texte néerlandais de l'article 69, 4°, du projet :

« aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting, van de door de leverancier getroffen maatregelen om de kwaliteit te waarborgen, en van de door zijn onderneming geboden mogelijkheden op het vlak van studie en onderzoek; » .

2. À la fin de l'article 69, 5°, du projet, les textes néerlandais et français ne correspondent pas. En effet, le texte néerlandais mentionne, « om de kwaliteit te waarborgen », alors que le texte français indique « pour contrôler la qualité » . Il y a lieu de supprimer cette discordance.

La même observation vaut pour l'article 70, 9°, du projet.

Article 76

Compte tenu du fait que l'Union européenne a succédé à la Communauté européenne, l'on mentionnera à l'article 76 du projet « droit de l'Union européenne » au lieu de « législation communautaire » .

L'article 158 du projet appelle la même observation.

Article 81

Si, dans le texte français de la phrase introductive de l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, le terme « connaissances » porte sur la connaissance professionnelle (voir le texte néerlandais « beroepsmatige kennis »), mieux vaut écrire « connaissances professionnelles » .

La phrase introductive de l'article 82, § 2, alinéa 1^{er}, appelle la même observation.

Article 88

En vertu de l'article 88, § 2, alinéa 2, du projet, les offres qui parviennent tardivement auprès du président, sont refusées ou conservées sans être ouvertes, quelle qu'en soit la cause. Le rapport au Roi précise que cette règle vaut également si la cause du retard

réside auprès du pouvoir adjudicateur. La prescription de l'article 88, § 2, alinéa 2, du projet ne peut évidemment pas porter atteinte aux principes constitutionnels d'égalité et d'interdiction de discrimination. Pourtant, ce pourrait être le cas si une irrégularité causée par le pouvoir adjudicataire est préjudiciable à un ou plusieurs soumissionnaires spécifiques et pas à d'autres soumissionnaires. Si, de surcroît, l'objectif est de priver les soumissionnaires de la possibilité d'invoquer la force majeure, la loi du 15 juin 2006 ne semble pas procurer un fondement légal à une telle habilitation.

Article 94

1. Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur est dans l'impossibilité de rectifier les erreurs en fonction de ses propres constatations, le pouvoir adjudicateur peut décider, conformément à l'article 94, § 1, alinéa 3, du projet soit que les prix unitaires font foi, soit d'écarter l'offre comme irrégulière. La disposition en projet ne permet pas de déterminer les critères sur la base desquels le pouvoir adjudicataire peut opter, dans le cas concerné, pour l'une ou l'autre possibilité. Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré :

« De onderhavige bepaling impliceert dat de aanbestedende overheid de discretionaire bevoegdheid heeft om in functie van de concrete omstandigheden te beslissen een offerte toch te aanvaarden - via de toepassing van de eenheidsprijzen - niettegenstaande de verbetering van materiële of rekenfouten daarin niet mogelijk is, doordat de toelichting van de inschrijver niet aanvaardbaar is of er geen toelichting is gegeven. Inzonderheid zou zij daartoe kunnen beslissen wanneer de fout (de prijs van) een te verwaarlozen post betreft, die hoe dan ook geen impact heeft op de rangschikking en/of de vergelijkbaarheid van de offertes, en waarvan het ongemoeid laten de gelijkheid van de inschrijvers niet in het gedrang brengt. De Dienst overheidsopdrachten meent dat hieromtrent een verduidelijking zou kunnen worden opgenomen in het verslag aan de Koning » .

Il est en effet recommandé de compléter le rapport au Roi en précisant ce point.

2. Dans le texte français de l'article 94, § 4, du projet, le segment de phrase figurant dans le texte néerlandais, à savoir, « zonder daarbij de inhoud te wijzigen » , n'est pas rendue de manière adéquate par les mots « sans la modifier » . Le texte français gagnerait à mentionner expressément que la modification envisagée ne peut pas porter sur le contenu de l'offre.

Article 95

1. À l'article 95, § 2, alinéa 2, du projet, le renvoi à « l'article 81, § 2, deuxième tiret » doit être corrigé, pareille disposition ne figurant pas en tant que telle dans le projet.

2. Dans le texte néerlandais de l'article 95, § 5, alinéa 2, du projet il y a évidemment lieu de remplacer le terme « Daartegenover » par « Daarentegen » .

Article 96

Dans le texte néerlandais de l'article 96, § 2, du projet il y a lieu de remplacer les termes « of inventaris heeft verbeterd » par les termes « of inventaris heeft gewijzigd » .

Article 98

À l'article 98, § 3, alinéa 1^{er}, du projet, il y a lieu de renvoyer à l'article « 49, alinéa 1^{er}, 3^o » au lieu de « 49, 3^o » .

Cette observation vaut également pour d'autres dispositions du projet, comme par exemple l'article 99, § 3, alinéa 1^{er}.

Article 99

Par analogie au texte français, il convient de remplacer dans le texte néerlandais de l'article 99, § 2, alinéa 1^{er}, du projet les termes « volgens hun voordeligheid » par les termes « volgens hun economische voordeligheid » .

Article 100

À l'article 100, alinéa 3, du projet, les termes « is geldig en tijdig gedaan » , figurant dans le texte néerlandais, ne correspondent pas aux termes « est réputée faite en temps utile », du texte français. Il y a lieu de supprimer cette discordance.

Article 101

Concernant l'alternative pour le pouvoir adjudicateur, contenue à l'article 101, alinéa 4, du projet, le délégué a apporté la précision suivante :

« Ook hier (geldt) dat de aanbestedende overheid daarin de discretionaire bevoegdheid heeft om, in functie van de concrete omstandigheden, voor de ene dan wel de andere oplossing te kiezen. De eerste oplossing is met name aangewezen wanneer de prijzen van de eerste en de tweede gerangschikte inschrijver zeer dicht bij elkaar liggen. Wanneer hun prijzen verder uit elkaar liggen, zal het eerder aangewezen

zijn te kiezen voor oplossing 2 teneinde op die manier alle inschrijvers opnieuw in concurrentie te brengen » .

Le rapport au Roi gagnerait à intégrer cette précision.

La même observation vaut pour l'alternative contenue pour le pouvoir adjudicataire à l'article 102, alinéa 4.

Article 108

Afin d'uniformiser la rédaction des textes néerlandais et français du projet, mieux vaudrait également préciser dans le texte néerlandais de l'article 108, alinéa 2, du projet que les modes de conclusion énumérés à l'alinéa 1^{er} de cette disposition, ne s'appliquent pas aux marchés constatés par une facture acceptée.

Article 111

Il est permis d'inférer du rapport au Roi que le pouvoir adjudicataire doit communiquer les motifs de sa décision aux participants dont la solution n'a pas été retenue. Sous réserve de ce qui sera observé ci-après concernant l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, il y a lieu de constater que l'intention n'est pas correctement exprimée dans le texte néerlandais de la dernière phrase de l'article 111, § 2, du projet, et qu'il vaut mieux s'inspirer sur ce point de la rédaction du texte français.

Indépendamment de ce qui précède, il y a lieu d'observer que l'obligation de communiquer la motivation en question est de toute façon obligatoire en application de la loi précitée du 29 juillet 1991 et que, partant, rappeler ce devoir de motivation à l'article 111, § 2, du projet, est à la fois superfétatoire et de nature à induire en erreur. Rappeler cette obligation dans le projet est superfétatoire parce que cette obligation découle déjà de la loi précitée. Rappeler cette obligation dans le projet induit de surcroît en erreur parce qu'elle donne erronément à penser que le devoir de motivation formel ne s'applique que dans la mesure où celui-ci est inscrit dans le projet. Il serait par conséquent préférable que le rapport au Roi explicite que les motifs en question doivent en tout état de cause être communiqués en application de la loi du 29 juillet 1991, sans en faire également mention dans le texte du projet. La même observation vaut pour l'article 124, alinéa 3.

Article 124

Si, dans le texte néerlandais, à la fin de l'article 124, alinéa 2, du projet, la « in mededingingstelling » vise « oproep tot mededinging », dont il est question à l'article 33, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2004/18/EG, le projet utilisera de préférence cette dernière notion ⁶¹.

Cette observation peut également être appliquée aux termes « in mededinging te stellen » qui figurent dans l'article 136, alinéa 2, 1° et 2°, du projet, et pour lesquels il peut être renvoyé à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, premier et deuxième tirets, de la directive 2004/18/CE, qui recourt à la notion « oproepen tot mededinging ».

Article 133

L'article 133, alinéa 2, du projet vise exclusivement le cas de l'adjudication. Or, le rapport au Roi précise ce qui suit :

« Une négociation sur le prix pourrait cependant être envisagée à la suite des enchères lorsque, en procédure négociée, plusieurs soumissionnaires ont proposé le même prix le plus bas ».

Cette possibilité devrait également apparaître dans le texte de l'article 133 du projet.

Article 136

Le libellé de l'article 136, alinéa 2, du projet diverge sur plusieurs points par rapport au libellé de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE. Ainsi se pose la question de savoir s'il ne faut pas mentionner dans l'article 136, alinéa 2, 2°, a), du projet « les participants qui sont capables de réaliser l'objet du marché » et s'il ne vaut pas mieux écrire sous le 2°, b), du même alinéa « la réception des offres relatives à chaque marché spécifique ». Si l'on se rallie au libellé de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, deuxième tiret, c), de la directive précitée, il y a lieu de formuler l'article 136, alinéa 2, 2°, c), du projet comme suit : « les offres sont soumises par écrit et leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai de réponse prévu; ».

⁶¹ Dans ce cas, la rédaction des autres dispositions du projet, comme notamment l'article 125, alinéa 1^{er}, qui mentionne « in mededingingstelling overeenkomstig artikel 126 », doit également être adaptée.

L'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, deuxième tiret, d), de la directive dispose que le marché est attribué au soumissionnaire ayant présenté « la meilleure offre ». L'article 136, alinéa 2, 2°, d), du projet dispose que le marché est attribué « au soumissionnaire ayant présenté, selon le cas, l'offre spécifique la plus basse ou économiquement la plus avantageuse ».

Le rapport au Roi gagnerait à apporter quelques éclaircissements sur les raisons de ces écarts par rapport à l'article 32, paragraphe 4, de la directive 2004/18/EG.

Article 143

La lisibilité commande d'écrire dans le texte néerlandais de l'article 143, alinéa 3, du projet, « de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met ... » .

Article 145

1. La phrase introductive de l'article 145 du projet fait référence aux « documents de la concession ». Contrairement à la notion « documents du marché » , qui est définie à l'article 2, § 1, 8°, du projet, la notion « documents de la concession » n'est pas définie dans le projet. La logique voudrait que les « documents de la concession » soient encore définis à l'article 2.

2. L'article 145, 4°, a) et b), du projet renferme pour partie des dispositions relatives à la période suivant l'expiration de la concession, bien plus qu'il n'énonce les mentions qui doivent figurer dans les documents de la concession. Si telle est bien l'intention des auteurs du projet, il peut être précisé en vue de la cohérence interne que le texte des règles en question se rapportant à la période suivant l'expiration de la concession doit figurer dans les documents de la concession ⁶².

3. Dans le texte néerlandais de l'article 145, 12°, e), du projet, il y a lieu d'ajouter, dans un souci de clarté, les termes « door de concessiehouder » . Cet ajout contribuera par la même occasion à améliorer la concordance avec le texte français.

⁶² Comparez avec l'article 28, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

Article 151

1. Il serait plus conforme avec le libellé de l'article 60, b), de la directive 2004/18/EG, d'écrire à l'article 151, alinéa 1^{er}, du projet « le pourcentage de la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession qu'il compte confier à des tiers » .

2. Par analogie à la terminologie de l'article 34 de la loi du 15 juin 2006, il y a lieu d'écrire dans le texte néerlandais de l'article 151, alinéa 2, du projet, « ondernemingen die met de inschrijven verbonden zijn » , et de l'article 151, alinéa 3, « verbonden ondernemingen » .

Article 156

L'article 29 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles a été remplacé par l'arrêté royal du 19 janvier 2005. Il convient d'en faire état dans la phrase liminaire de l'article 156 du projet.

Article 157

1. Dans la phrase liminaire de l'article 157 du projet, il convient de mentionner l'arrêté royal du 19 janvier 2005 qui a modifié l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001.

2. L'actuel article 30, alinéa 3, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 dispose que les maîtres d'ouvrage des chantiers temporaires ou mobiles auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 29 de l'arrêté ⁶³, sont dispensés de l'application de l'article 30. L'article 157 du projet a pour objet d'ajouter un alinéa 4 à l'article 30 précité de l'arrêté royal du 25 janvier 2001. En tenant notamment compte du fait que les dispositions des articles 156 et 157 du projet concernent le cas dans lequel le maître d'ouvrage est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 de la loi du 15 juin 2006 ⁶⁴, la question qui se pose est celle de savoir comment l'article 30, alinéa 4, en projet s'articule avec l'actuel article 30, alinéa 3, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, qui dispense de l'application de l'article 30. Les auteurs du projet doivent apprécier si cette articulation requiert d'adapter l'article 30, alinéa 4, en projet ou s'ils souhaitent commenter cette articulation dans le rapport au Roi.

⁶³ L'article 156 du projet tend à modifier l'article 29 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001.

⁶⁴ Dans l'article 30, alinéa 4, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, il convient de faire correctement référence à la loi en question.

3. Pour mieux s'aligner sur le texte français, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 30, alinéa 4, en projet de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 « is zij enkel verplicht om » au lieu de « is zij verplicht om ».

Article 159

1. Le rapport au Roi mentionne que l'article 159 du projet « reprend les dispositions de l'article 138 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ». Or, l'article 159 du projet a toutefois une portée plus limitée que l'article 138 de l'arrêté royal précité. L'article 159 du projet ne vise en effet, contrairement à l'article 138 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que des données « au sujet des marchés attribués soumis à l'application de la loi et du présent arrêté ». Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré :

« Het gaat inderdaad om een weloverwogen beperking. Bij de opstelling van het ontwerp is immers geoordeeld dat men inzake de statistische verplichtingen niet verder dient te gaan dan wat de Europese richtlijnen terzake opleggen. Dat dit onder de huidige reglementering anders is, is mede te verklaren doordat voorheen het Nationaal Instituut voor de Statistiek instond voor het inzamelen van de statistische gegevens inzake overheidsopdrachten, en de opdrachten van voornoemd Instituut in dat verband iets ruimer waren opgevat ».

Une autre nouveauté également par rapport à l'article 138 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 tient en ce que les modalités relatives à la communication des données sont fixées « en concertation avec les autorités régionales ». Ce type de concertation n'est pas prescrit par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, ni dans un quelconque autre texte. On n'aperçoit pas directement les raisons pour lesquelles les auteurs du projet estiment devoir inscrire pareille obligation de concertation à l'article 159 du projet.

Il ressort de ce qui précède que le rapport au Roi gagnerait à être adapté en y indiquant les différences entre l'article 159 du projet et l'article 138 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et en explicitant en même temps les raisons qui les justifient.

2. La phrase « et dans le respect de l'article 11 de la loi » est superfétatoire dans la mesure où elle rappelle une obligation ou une interdiction s'appliquant déjà en vertu de la loi. Il n'appartient de surcroît pas au Roi d'étendre le champ d'application de l'article 11 de la loi, à supposer que tel fût l'objectif ou le cas. Dès lors, il vaut mieux supprimer le segment de phrase en question.

Article 161

Les dispositions de la loi du 15 juin 2006, qui procurent le fondement légal à la réglementation en projet, doivent encore être mises en oeuvre par le Roi. Il est évident que la date d'entrée en vigueur des dispositions légales en question doit coïncider au plus tard avec la date d'entrée en vigueur des dispositions du projet qui trouvent leur fondement légal dans les dispositions légales précitées.

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, et M. P. T'KINDT, auditeur adjoint.

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