KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.529/1
VAN 5 MEI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 13 april 2011 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van het ontwerp, van de rechtsgrond [1], alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het wijzigen van diverse bepalingen van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Een eerste categorie van wijzigingen strekt tot het opheffen van bepalingen die, met het oog op het omzetten in het interne recht van richtlijn 2009/81/EG [2], het voorwerp uitmaken van een afzonderlijk ontwerp van wet dat specifiek van toepassing is op de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied.[3]

Een tweede categorie van wijzigingen strekt tot het verduidelijken en aanvullen van sommige machtigingen aan de Koning teneinde het implementeren van bepaalde Europeesrechtelijke normen te vergemakkelijken.

Met een derde categorie van wijzigingen wordt beoogd om in de wet van 15 juni 2006 een aantal aanpassingen door te voeren die eerder in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, werden aangebracht. Door de wet van 15 juni 2006 in die zin aan te passen wordt ernaar gestreefd om de overgang van de bestaande, op de wet van

[1] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsnormen.

[2] 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 veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

[3] Over het betrokken voorontwerp van wet brengt de Raad van State, afdeling Wetgeving, heden advies 49.530/1 uit.

24 december 1993 gebaseerde regelgeving, naar de toekomstige, op de wet van 15 juni 2006 gesteunde regelgeving, zo vlot als mogelijk te laten verlopen. Veel van die wijzigingen zijn van terminologische aard. Zo werd naar een verduidelijking en een meer eenvormig en consequent gebruik, in zowel de Nederlandse als de Franse tekst, gestreefd van bepaalde basisbegrippen zoals “gunning” en “sluiting” van de opdracht.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het door de stellers van het ontwerp nagestreefde oogmerk om te komen tot een meer eenvormig en consequent gebruik van bepaalde basisbegrippen, verdient waardering en komt - althans deels - tegemoet aan de bekommernis die de Raad van State, afdeling Wetgeving, in eerdere adviezen uitdrukte met het oog op een beter begrijpelijke en toegankelijke regelgeving inzake overheidsopdrachten.[4] Niettemin worden nog bepaalde terminologische inconsequenties in de Nederlandse en de Franse tekst van diverse bepalingen van de wet van 15 juni 2006 door de ontworpen regeling onverlet gelaten.[5] Zo wordt in de betrokken bepalingen afgeweken van de begrippen die worden gedefinieerd in het ontworpen artikel 3, 16° en 17°, van de laatstgenoemde wet (artikel 3, 4°, van het ontwerp) en wordt bijvoorbeeld het begrip “gunning van de opdracht”, in de Nederlandse tekst, soms weergegeven door het begrip “passation du marché”, in de Franse tekst, in plaats van door het begrip “attribution du marché”, zoals dat wordt omschreven in het ontworpen artikel 3, 16°, van de wet van 15 juni 2006. Ook in sommige van de ontworpen bepalingen wordt niet op een consequente wijze gebruik gemaakt van de in het ontwerp omschreven begrippen en wordt in een afwijkende terminologie voorzien.[6]

---

[4] Zie onder meer de opmerkingen die de Raad van State, afdeling Wetgeving, in dat verband formuleerde in advies 38.703/1 van 6 september 2005 over een voorontwerp van wet dat de wet van 15 juni 2006 is geworden (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-2237/1, 132-146), en in advies 48.803/1 van 2 december 2010 over een ontwerp van koninklijk besluit “gunning overheidsopdrachten”.

[5] Te vermelden vallen in dat verband de volgende artikelen van de wet van 15 juni 2006: artikelen 3, 5° tot 7° en 9°, 4, 3° tot 5°, 5, tweede lid, 10, 15, opschrift van titel II, hoofdstuk IV, artikel 22, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, opschrift van titel II, hoofdstuk IV, afdeling III, artikel 23, *in fine*, opschrift van titel III, hoofdstuk II, artikel 53, § 1, tweede lid, en § 2, 1°, f), en 3°, artikelen 57, *in fine*, 58, 59, 65, eerste lid, opschrift van titel IV, hoofdstuk II, afdeling III, artikelen 66, § 2, 1°, d), en 74, eerste en tweede lid.

[6] Bij wege van voorbeeld kan worden gewezen op het gebruik van het begrip “procédure de passation”, in de Franse tekst van het ontworpen artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 (artikel 3, 1°, van het ontwerp), en de vervanging van het woord “conclus” door het woord “passés”, in de Franse tekst van het opschrift van hoofdstuk III van titel IV van de voornoemde wet (artikel 60 van het ontwerp). Zie ook het ontworpen artikel 80, eerste lid, van de wet (artikel 66, 1°, van het ontwerp), waar in de Nederlandse tekst van “gunningswijzen” melding wordt gemaakt en in de Franse tekst van “modes de passation”. In artikel 25, eerste lid, van de wet, wordt in de Nederlandse tekst het woord “gunnen” vervangen door “plaatsen” (artikel 21, 1°, van het ontwerp), maar wordt de overeenstemmende Franse tekst niet gewijzigd, alhoewel erin van “attribuer” en niet van “passer” melding wordt gemaakt.

Uit wat voorafgaat volgt dat zowel de bepalingen van het ontwerp als die van de wet van 15 juni 2006 welke het ontwerp niet beoogt te wijzigen, aan een bijkomend onderzoek dienen te worden onderworpen met het oog op een eenvormig en consequent gebruik van de voornoemde basisbegrippen in zowel de Nederlandse als de Franse tekst. Het resultaat van dat onderzoek kan zijn dat het ontwerp moet worden aangevuld met andere bepalingen tot wijziging van de voornoemde wet en dat reeds in het ontwerp vervatte bepalingen dienen te worden aangepast.

2. In diverse bepalingen van het ontwerp wordt het begrip “plaatsing van de opdracht” (passation du marché) gehanteerd. In tegenstelling tot wat het geval is voor de begrippen “gunning” en “sluiting” van de opdracht, wordt in de tekst van het ontwerp het begrip “plaatsing” nochtans niet omschreven. Wel wordt in de memorie van toelichting in dat verband vermeld:

> “Het begrip ‘plaatsing van de opdracht’, dat geen definitie behoeft, verwijst meer algemeen naar het in mededinging stellen van een opdracht met toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten en daarmee naar het proces dat, na afloop ervan, normaal tot de gunning en vervolgens tot de sluiting van de opdracht leidt”.

Ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving verdient het aanbeveling om de in de memorie van toelichting vermelde omschrijving van het begrip “plaatsing van de opdracht” in artikel 3, 4°, van het ontwerp op te nemen. Het betrokken begrip is immers niet enkel vatbaar voor een verschillende uitlegging, maar blijkt bovendien in de tekst van het ontwerp niet steeds op consequente wijze te worden gebruikt.[7]

3. De stellers van het ontwerp doen er goed aan om, naar aanleiding van de omschrijving van sommige begrippen in het ontwerp en ter wille van de coherentie van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, na te gaan of bepaalde begrippen die voorkomen in andere, in voorbereiding zijnde normatieve teksten inzake overheidsopdrachten, daarmee niet in overeenstemming moeten worden gebracht. Zo zijn bijvoorbeeld een aantal van de definities in de artikelen 2, 3°, en 3, 4°, van het ontwerp, vergelijkbaar met doch niet geheel identiek aan de overeenstemmende definities in het ontwerp van koninklijk besluit “gunning overheidsopdrachten” waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 2 december 2010 advies 48.803/1 heeft uitgebracht. Wie in het ontworpen artikel 2, 12°, van de wet van 15 juni 2006 (artikel 2, 3°, van het ontwerp) wordt omschreven als “opdrachtnemer”, wordt in het

[7] Zie de in de vorige voetnoot gegeven voorbeelden.

voornoemde ontwerp van koninklijk besluit “begunstigde” genoemd. Het spreekt voor zich dat dergelijke diversiteit op terminologisch vlak niet bevorderlijk is voor de coherentie van de betrokken regelgeving en de rechtszekerheid, en bijgevolg moet worden vermeden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

Men redigere het opschrift van het ontwerp in de Nederlandse tekst als volgt:

“Ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

Er dient op dezelfde wijze melding te worden gemaakt van de wet van 15 juni 2006 in de inleidende zin van artikel 2 van het ontwerp en in de ontworpen artikelen 17, § 2 (artikel 14 van het ontwerp), 77, 1° en 2° (artikel 64 van het ontwerp), 79*bis*, eerste lid (artikel 65 van het ontwerp) [8], en in de opschriften van de bijlagen I en II (bijlagen I en II van het ontwerp).

Artikel 3

1. Zoals de omschrijving van het begrip “onderhandelingsprocedure met bekendmaking”, in het ontworpen artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 (artikel 3, 1°, van het ontwerp), is verwoord, wordt blijkbaar uitgegaan van een procedure die uit twee fasen bestaat, zijnde, eensdeels, de selectie en, anderdeels, het indienen van de offerte. Aan de gemachtigde werd de vraag gesteld of dit strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp. Hij verduidelijkte in dat verband:

> “Neen, artikel 3, 1°, van het voorontwerp heeft geenszins tot doel inhoudelijke wijzigingen aan te brengen aan de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Enkel heeft men hiermee voor ogen gehad een definitie op te nemen waaruit beter het onderscheid blijkt met de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, vermeld in artikel 3, 7°, van de wet van 15 juni 2006.

[8] Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de vermelding van de overige wetten die worden opgesomd in het ontworpen artikel 79*bis*, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006.

Naast het vanzelfsprekende feit dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking gepaard gaat met een voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, heeft men aldus willen verduidelijken dat het een zg. tweestapsprocedure betreft, d.w.z. een procedure waarbij in een eerste fase, op basis van de ingediende aanvragen tot deelneming, kandidaten worden geselecteerd, die dan in een tweede fase, op basis van een bestek dat hen ter beschikking wordt gesteld, een offerte kunnen indienen.

Dit laatste stemt inderdaad overeen met de vorm die de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, gelet op de richtlijnartikelen betreffende het uitnodigen tot inschrijving, tot deelneming aan de dialoog of de onderhandelingen (artikel 40 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 47 van richtlijn 2004/17/EG), op Europees niveau – d.w.z. voor de opdrachten die de Europese drempels bereiken – steeds moet aannemen.

Bij nader inzien laat deze gewijzigde definitie evenwel niet toe om op Belgisch niveau, d.w.z. voor de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, en waarop de Europese richtlijnen bijgevolg niet toepasselijk zijn, een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in één enkele fase te organiseren – naar analogie met wat geldt voor de open procedures - terwijl dit nochtans wel de bedoeling is. Immers is daartoe een bepaling opgenomen in het ontwerp van koninklijk besluit betreffende de plaatsingsregels voor de klassieke sectoren dat reeds voor advies aan de Raad werd voorgelegd (zie advies 48.803/1). Ter zake wordt meer bepaald verwezen naar artikel 2, 3°, van dat ontwerp betreffende de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking, die wordt gedefinieerd als de onderhandelingsprocedure met bekendmaking waarvoor elke belangstellende aannemer, leverancier of dienstverlener een offerte mag indienen.

Gelet op het bovenstaande zijn we van mening dat de ontworpen wijzigingsbepaling niet tot het gewenste resultaat zal leiden en dat bijgevolg de huidige bepaling van artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 dient te worden behouden”.

Rekening houdende met deze verduidelijking dient het ontworpen artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 te worden weggelaten.

2. Aan het einde van de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 3, 16°, van de wet van 15 juni 2006, vervange men de woorden “aan te duiden” door “aan te wijzen”. Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 80, eerste lid, van de wet (artikel 66, 1°, van het ontwerp), waarin aan het einde het woord “aanduidt” moet worden vervangen door het woord “aanwijst”.

Artikel 6

Met betrekking tot de herziening, bedoeld in het ontworpen artikel 6, § 1, van de wet van 15 juni 2006, wordt in de memorie van toelichting het volgende vermeld:

“De herziening zou evenwel niet verplicht zijn voor opdrachten van minder dan 120.000 euro of die een bepaalde uitvoeringstermijn niet bereiken”.

Deze vermelding dient in de tekst van het ontwerp te worden opgenomen, temeer daar de Koning hiermee dient rekening te houden bij het vaststellen van de “modaliteiten” (lees: nadere regels), bedoeld in het derde lid van het ontworpen artikel 6, § 1, van de wet.

Artikel 7

In artikel 7 van de wet van 15 juni 2006 wordt bepaald dat betalingen enkel mogen worden verricht voor verstrekte en aanvaarde prestaties. Als zodanig valt onder meer te beschouwen “wat in de overeenkomst is bepaald”. Artikel 7 van het ontwerp strekt ertoe het woord “overeenkomst” in artikel 7 van de wet te vervangen door het woord “opdrachtdocumenten”. Aan de gemachtigde werd gevraagd of de term “opdrachtdocumenten” niet tevens documenten kan omvatten die weliswaar initieel door de opdrachtgever zijn opgesteld, maar die in de loop van de plaatsingsprocedure worden aangepast als gevolg van bijvoorbeeld onderhandelingen, hetgeen zou inhouden dat betalingen zouden kunnen gebeuren op basis van niet-definitieve documenten. Tevens werd de vraag gesteld of, rekening houdende met het voorgaande, de vermelding van de term “overeenkomst”, in artikel 7, eerste lid, van de wet, niet beter zou worden behouden.

De gemachtigde antwoordde als volgt:

> “In veruit de meeste gevallen - altijd bij de gewone procedures van aanbesteding en offerteaanvraag, maar vaak ook bij onderhandelingsprocedure - wordt de opdracht gesloten door de betekening van de gunning van de opdracht (beslissing over de keuze van de offerte) aan de opdrachtnemer, wat impliceert dat er geen overeenkomst wordt gesloten maar dat de opdrachtdocumenten - zoals gedefinieerd in de nieuw ontworpen bepaling van artikel 3, 21°, al dan niet gewijzigd in de loop van de procedure (bijvoorbeeld door onderhandelingen), weliswaar samen met de (eind)offerte, wel degelijk de basis vormen voor de uitvoering van de opdracht.
>
> Bij onderhandelingsprocedure is het evenwel mogelijk, volgens wat in de uitvoeringsmaatregelen is/zal worden bepaald, dat de opdracht wordt gesloten door de ondertekening door de partijen van een overeenkomst, die in dat geval de basis zal vormen voor de uitvoering van de opdracht.
>
> Gelet op wat voorafgaat, om alle mogelijke gevallen te dekken, zou het eerder aangewezen zijn om in artikel 7, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 het woord ‘overeenkomst’ te vervangen door ‘opdrachtdocumenten of de overeenkomst, al naargelang’”.

De redactie van artikel 7 van het ontwerp dient te worden aangepast in de zin zoals aangegeven in het antwoord van de gemachtigde.

Artikel 17

Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 17, 2°, van het ontwerp kan ermee worden volstaan te schrijven “, kan in een ruimere bepaling voorzien”.

Artikel 18

In artikel 18, 1°, van het ontwerp moet worden vermeld dat de met de bepaling beoogde wijzigingen betrekking hebben op paragraaf 1, eerste lid, en paragraaf 2, eerste lid, van artikel 22 van de wet van 15 juni 2006.

Artikel 22

1. Men redigere de inleidende zin van artikel 22 van het ontwerp als volgt:

“In artikel 26 van dezelfde wet, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 19 december 2010, worden de volgende wijzigingen aangebracht:”.

2. Men late de inleidende zin van artikel 22, 1°, van het ontwerp, aanvangen als volgt: “in de inleidende zin van paragraaf 1 wordt ...”.

Een gelijkaardige tekstaanpassing moet worden aangebracht in de artikelen 40, 2°, en 52, 2°, van het ontwerp.

3. De wijzigingen die bij artikel 22, 5°, van het ontwerp worden beoogd in artikel 26, § 1, 3°, e), van de wet van 15 juni 2006, werden reeds in die bepaling aangebracht bij het koninklijk besluit van 19 december 2010[9]. Artikel 22, 5°, dient derhalve uit het ontwerp te worden weggelaten.

[9] Koninklijk besluit van 19 december 2010 tot uitvoering van artikel 84 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de wijzigingen die bij artikel 40, 5°, van het ontwerp worden beoogd in artikel 53, § 2, 4°, e), van de wet van 15 juni 2006[10] en ten aanzien van de wijzigingen die artikel 52, 6°, van het ontwerp beoogt aan te brengen in artikel 66, § 2, 4°, d), van dezelfde wet.

4. Naar analogie van hetgeen in artikel 22, 1°, van het ontwerp wordt bepaald ten aanzien van de inleidende zin van artikel 26, § 1, van de wet, moet logischerwijze ook in de inleidende zin van artikel 26, § 2, het woord “gegund” worden vervangen door het woord “geplaatst”. De opsomming van wijzigingsbepalingen in artikel 22 van het ontwerp moet daartoe met een wijzigingsbepaling worden aangevuld, waarbij de gelegenheid dient te baat te worden genomen om de diverse wijzigingen van artikel 26, § 2, van de wet, onder te brengen in onderdelen van artikel 22 van het ontwerp, op de wijze zoals is gebeurd met de wijzigingsbepalingen van artikel 26, § 1, van de wet (artikel 22, 1° tot 4°, van het ontwerp).

Artikel 23

Het is niet duidelijk welke de precieze draagwijdte is van de woorden “Voor zover dit noodzakelijk is”, in het ontworpen artikel 28, derde lid, van de wet van 15 juni 2006. Nochtans wordt de bevoegdheid van de Koning mede bepaald door de draagwijdte die aan de betrokken woorden moet worden gegeven. Het verdient derhalve aanbeveling dat, minstens in de memorie van toelichting, in dat verband enige bijkomende verduidelijking zou worden verstrekt.

Artikel 31

Naar analogie van wat in andere bepalingen van het ontwerp het geval is, dient in de Franse tekst van artikel 31 ook melding te worden gemaakt van de wijzigingen die uitsluitend in de Nederlandse tekst van artikel 37 van de wet van 15 juni 2006 worden aangebracht.

[10] In artikel 40, 5°, van het ontwerp wordt verkeerdelijk melding gemaakt van een wijziging van artikel 53, § 2, 3°, e), van de wet van 15 juni 2006.

Artikel 32

Men late de inleidende zin van artikel 32 van het ontwerp aanvangen als volgt: “In de inleidende zin van artikel 40 van dezelfde wet worden ...”.

Artikel 35

1. Men redigere de inleidende zin van artikel 35, 1°, van het ontwerp als volgt: “paragraaf 1, eerste lid, wordt vervangen als volgt:”.

2. Men late artikel 35, 2°, van het ontwerp aanvangen als volgt: “in paragraaf 4, eerste lid, worden de woorden ...”.

Artikel 40

1. Men redigere de inleidende zin van artikel 40 van het ontwerp als volgt: “In artikel 53 van dezelfde wet, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 19 december 2010, worden de volgende wijzigingen aangebracht:”.

2. In de Nederlandse tekst van artikel 53, § 2, 6°, b), van de wet van 15 juni 2006 dient het woord “toegewezen” te worden vervangen door het woord “gegund”. Derhalve schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 40, 6°, van het ontwerp: “in paragraaf 2, 6°, b), wordt het woord ‘toegewezen’ vervangen door het woord ‘gegund’”.

Artikel 42

In het ontworpen artikel 55, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 lijkt te moeten worden verwezen naar de artikelen “35 tot 43”, en niet naar de artikelen “35 tot 45”. De artikelen 44 en 45 van de wet maken immers deel uit van titel III van die wet, zodat het zinledig is om die artikelen van toepassing te verklaren op “de overheidsopdrachten bedoeld in deze titel”.

Artikel 44

1. Artikel 57 van de wet van 15 juni 2006 bestaat slechts uit één lid. Men late artikel 44 van het ontwerp derhalve aanvangen met de woorden “In artikel 57 van dezelfde wet worden”.

2. Ervan uitgaande dat de verificatie uitsluitend betrekking heeft op het toegangsrecht, en niet op de kwalitatieve selectie, schrijve men aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 44 van het ontwerp “vervangen door de woorden ‘verificatie van het toegangsrecht, de kwalitatieve selectie en onderzoek van’”. Op die wijze wordt tevens beter aangesloten bij de overeenkomstige Franse tekst.

Artikel 46

De memorie van toelichting doet ervan blijken dat aan het ontworpen artikel 59*bis* van de wet van 15 juni 2006 de bedoeling ten grondslag ligt om de aanbestedende entiteit toe te laten om, “overeenkomstig artikel 13 van richtlijn 2004/17/EG”, eisen op te leggen om het vertrouwelijke karakter van de door haar gegeven informatie te beschermen.

Er moet worden vastgesteld dat het ontworpen artikel 59*bis* van de wet op diverse punten afwijkt van de voornoemde richtlijnbepaling. Zo somt deze laatste de gevallen op waarin de aanbestedende entiteit zich op de vertrouwelijkheid mag beroepen en wordt ook de hypothese geregeld waarin de informatie aan de aanbestedende entiteit “door een economisch subject als vertrouwelijk is verstrekt”.

De redactie van het ontworpen artikel 59*bis* van de wet zou moeten worden aangepast teneinde beter aan te sluiten bij artikel 13 van de voornoemde richtlijn.

Artikel 52

1. Men redigere de inleidende zin van artikel 52 van het ontwerp als volgt:

“In artikel 66 van dezelfde wet, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 19 december 2010, worden de volgende wijzigingen aangebracht:”.

2. Men late artikel 52, 2°, van het ontwerp aanvangen met de woorden “in de inleidende zin van paragraaf 2, alsook in de bepaling onder 1°, d), wordt ...”.

3. De vervanging van de woorden “die gegund werd” door “die geplaatst werd”, in de Nederlandse tekst van artikel 66, § 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006 (artikel 52, 5°, van het ontwerp) is problematisch aangezien aan het einde van de eerste zin van het bestaande artikel 66, § 2, 3°, van de wet wordt geschreven “die gegund werd na mededinging” en het plaatsen van de opdracht blijkens de memorie van toelichting “het in mededinging stellen van een opdracht” omvat. Derhalve zou niet de Nederlandse tekst van artikel 66, § 2, 3°, van de wet op dat punt moeten worden aangepast, doch wel de Franse tekst van die bepaling waarin het woord “passé” zou moeten worden vervangen door het woord “attribué”.

Artikel 58

1. Men late artikel 58 van het ontwerp aanvangen met de woorden “In de inleidende zin van artikel 70 van dezelfde wet worden ...”.

2. De redactie van de inleidende zin van artikel 70 van de wet van 15 juni 2006 stemt in ruime mate overeen met de redactie van de inleidende zin van artikel 40 van die wet. Het is dan ook niet duidelijk waarom de wijzigingen die met artikel 58 van het ontwerp worden beoogd in de inleidende zin van artikel 70 van de wet niet geheel overeenstemmen met de wijzigingen die artikel 32 van het ontwerp beoogt aan te brengen in de parallelle bepaling van de inleidende zin van artikel 40 van de wet. Tenzij voor dat verschil een bijzondere reden bestaat, worden de wijzigingsbepalingen van artikel 58 van het ontwerp, ter wille van de eenvormigheid, beter meer afgestemd op die van artikel 32 van het ontwerp.

Artikel 60

Als gevolg van de vervanging van het woord “conclus” door het woord “passés” in de Franse tekst van het opschrift van het betrokken hoofdstuk III ontstaat er een discordantie met de Nederlandse tekst van dat opschrift. In deze laatste dient daarom het woord “gesloten” te worden vervangen door het woord “geplaatst”.

Artikel 62

1. Indien aan het ontworpen artikel 75, § 1, derde lid, van de wet van 15 juni 2006 (artikel 62, 2°, van het ontwerp), de bedoeling ten grondslag ligt dat de Koning ook bevoegd zou worden gemaakt om wetskrachtige normen op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen, dient deze bedoeling uitdrukkelijk tot uitdrukking te worden gebracht in de ontworpen bepaling. Dergelijke bedoeling valt immers niet af te leiden uit het gegeven dat in het ontworpen artikel 75, § 1, vierde lid, van de wet, wordt bepaald dat de door de Koning te nemen maatregelen het voorwerp dienen uit te maken van een wettelijke bekrachtiging.

2. Het vereiste van wettelijke bekrachtiging, vermeld in het ontworpen artikel 75, § 1, vierde lid, van de wet van 15 juni 2006, moet nader worden omschreven. Zo zou in een uiterste termijn moeten worden voorzien binnen welke de bekrachtiging moet gebeuren en zou het gevolg moeten worden aangegeven van het uitblijven van een bekrachtiging of van een laattijdige bekrachtiging [11].

Artikel 63

Ter wille van de coherentie en de duidelijkheid van de regelgeving verdient het aanbeveling om beperkingen van het toepassingsgebied van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen in die wet zelf tot uitdrukking te brengen. In artikel 57, § 3, tweede lid, van de wet van 30 maart 1976 worden nu reeds diverse uitzonderingen vermeld op het indexeringsverbod, bedoeld in paragraaf 1 van dat artikel. De vermelding van de betrokken overheidsopdrachten en concessies zou derhalve beter worden opgenomen in de opsomming van uitzonderingen op het indexeringsverbod in artikel 57, § 3, tweede lid, van de voornoemde wet van 30 maart 1976.

Artikel 64

1. Ter wille van de leesbaarheid dient in het ontworpen artikel 77, 1°, van de wet van 15 juni 2006 het gebruik van de aanhalingstekens te worden gecorrigeerd.

[11] Er zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat, indien de betrokken maatregelen niet uiterlijk binnen een bepaalde termijn worden bekrachtigd, deze geacht moeten worden geen uitwerking te hebben gehad.

2. In het ontworpen artikel 4, § 1, 4°, a), van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, wordt na het tweede streepje in de Nederlandse tekst melding gemaakt van “het besluit van de Raad van 26 mei 1997”, terwijl de Franse tekst het heeft over “l’acte du Conseil du 26 mai 1997”. Blijkbaar wordt beoogd te verwijzen naar een in het kader van de Europese Unie gesloten overeenkomst. Het verdient derhalve aanbeveling om dergelijke benaming te gebruiken in zowel de Nederlandse als de Franse tekst van de ontworpen bepaling.

Artikel 65

Men redigere de inleidende zin van artikel 65 van het ontwerp als volgt: “In artikel 79*bis* van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 12 januari 2007, worden de volgende wijzigingen aangebracht:”.

Artikel 66

Bij de ontworpen bepaling onder artikel 66, 2°, van het ontwerp, wordt de Koning gemachtigd om, voor het geval de totstandkoming van een nieuwe rechtsbeschermingsregeling inzake overheidsopdrachten zou uitblijven, de bepalingen van boek II*bis* van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bij wijze van overgangsregeling “in werking (te) houden en eventueel aan (te) passen”.

Deze machtigingsbepaling noopt tot het maken van diverse opmerkingen.

In de eerste plaats is de regeling die inzake rechtsbescherming is vervat in boek II*bis* van de wet van 24 december 1993 een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet. De ontworpen machtigingsbepaling onder artikel 66, 2°, van het ontwerp, die erop neerkomt dat de in boek II*bis* van de wet van 24 december 1993 opgenomen regeling kan worden in werking gehouden of dat deze eventueel wordt aangepast, valt derhalve eveneens als een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet te beschouwen. De ontworpen bepaling kan om die reden niet in het om advies voorgelegde ontwerp van wet worden behouden.

De vermelding van het gegeven dat de Koning de bepalingen van boek II*bis* van de wet van 24 december 1993 “eventueel” kan aanpassen, houdt er voorts onvoldoende rekening mee dat de afzonderlijke instandhouding van de betrokken bepalingen onvermijdelijk met een

aanpassing zal dienen gepaard te gaan, al was het maar omdat de omschrijving van het toepassingsgebied ervan gebeurt met verwijzing naar andere boeken van de wet van 24 december 1993 die niet blijven gelden.[12]

Tot slot blijkt uit de betrokken machtigingsbepaling niet waaruit de bevoegdheid van de Koning om de bepalingen van boek II*bis* van de wet van 24 december 1993 aan te passen precies bestaat of op grond van welke criteria de Koning die bevoegdheid kan uitoefenen. In dat verband moet erop worden gewezen dat, overeenkomstig de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen, de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht dienen te worden vastgesteld en dat, in principe, enkel de nadere uitwerking ervan aan de uitvoerende macht mag worden overgelaten. In aangelegenheden die de Grondwet aan de wet voorbehoudt, is de mogelijkheid voor de wetgever om bevoegdheden aan de Koning te delegeren beperkter: in die aangelegenheden moet de wetgever een eventuele machtiging voldoende nauwkeurig omschrijven en mag de delegatie in beginsel slechts betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld. Enkel in uitzonderlijke gevallen mag de wetgever de vaststelling van zelfs essentiële elementen aan de Koning overlaten, mits die machtiging uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is en de door de Koning genomen maatregelen door de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet.[13]

De bevoegdheid die in de bepaling onder artikel 66, 2°, van het ontwerp aan de Koning wordt verleend inzake het in werking houden en de eventuele aanpassing van de bepalingen die inzake rechtsbescherming zijn vervat in boek II*bis* van de wet van 24 december 1993, hebben betrekking op een aangelegenheid die de Grondwet aan de wet voorbehoudt. Zoals de betrokken machtigingsbepaling is geredigeerd is zij te weinig afgebakend en nauwkeurig om uit te sluiten dat zij mede betrekking heeft op essentiële elementen van de regeling. In dat laatste geval kan de machtiging niet als voldoende uitdrukkelijk en ondubbelzinnig worden beschouwd om toelaatbaar te zijn en ontbreekt tevens een bepaling waarin binnen een relatief korte termijn wordt voorzien in een wettelijke bekrachtiging van de koninklijke besluiten die op grond van de betrokken delegatiebepaling worden tot stand gebracht.

[12] Zie bijvoorbeeld artikel 65/2 van de wet van 24 december 1993.

[13] Zie in dat verband bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof nr. 54/2008, 13 maart 2008, B.16; Grondwettelijk Hof nr. 83/2008, 27 mei 2008, B.5.2. In sommige arresten wordt daaraan nog toegevoegd dat dient te worden bepaald dat de betrokken bepalingen, bij gebreke van bekrachtiging binnen de gestelde termijn, moeten worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad (zie bv. Grondwettelijk Hof nr. 195/2004, 1 december 2004, B.16.3).

Uit wat voorafgaat volgt dat de ontworpen bepaling onder artikel 66, 2°, uit het ontwerp moet worden gelicht en in een afzonderlijk ontwerp van wet dient te worden opgenomen. Zij dient vooraf evenwel grondig te worden herzien en nauwkeuriger afgebakend.

Artikel 69

1. In artikel 69 van het ontwerp wordt met betrekking tot dat artikel en “de artikelen 63 en 67” bepaald dat deze in werking treden op de dag waarop zij in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt.

Tenzij er een bijzondere reden bestaat die een afwijking wettigt van de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding, vastgesteld bij artikel 4, tweede lid, van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen, dient te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding, teneinde eenieder een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe bepalingen.

Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, werden geen bijzondere redenen meegedeeld op grond waarvan in artikel 69 van het ontwerp wordt afgeweken van de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding. Bij gebrek aan dergelijke bijzondere redenen wordt artikel 69 beter uit het ontwerp weggelaten.

2. Onder voorbehoud van hetgeen is opgemerkt onder 1, vervange men in artikel 69 van het ontwerp de vermelding van “de artikelen 63 en 67” door de vermelding van “de artikelen 62 en 66”. Naar het zeggen van de gemachtigde berust de verwijzing naar de artikelen 63 en 67 immers op een materiële vergissing.

Bijlagen

Aan het einde van elke bijlage dienen dezelfde ondertekeningen voor te komen als die welke voorkomen aan het slot van het bepalend gedeelte van de ontworpen wet. De ondertekeningen moeten telkens worden voorafgegaan door de gebruikelijke formule “Gezien om te worden gevoegd bij ...”.

De kamer was samengesteld uit

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

Het verslag werd uitgebracht door de Heer P. T'KINDT, auditeur.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES M. VAN DAMME

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 49.529/1
DU 5 MAI 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 13 avril 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services », a donné l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur du projet, le fondement juridique [1] et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*
* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet la modification de différentes dispositions de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Une première catégorie de modifications vise l'abrogation de dispositions qui, en vue de la transposition en droit interne de la directive 2009/81/EG [2], font l'objet d'un projet de loi distinct qui s'applique spécifiquement aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.[3]

Une deuxième catégorie de modifications a pour objet de préciser et de compléter certaines habilitations au Roi en vue de faciliter la mise en œuvre de certaines normes européennes.

Une troisième catégorie de modifications tend à apporter dans la loi du 15 juin 2006 un certain nombre d'adaptations qui avaient été auparavant opérées dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et

[1] Dès lors qu'il s'agit d'un avant-projet de loi, on entend par fondement juridique la conformité aux normes juridiques supérieures.

[2] 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, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

[3] L'avant-projet de loi concerné fait l'objet de l'avis 49.530/1 donné ce jour par le Conseil d'État, section de législation.

de services. En adaptant la loi du 15 juin 2006 en ce sens, le projet vise à assurer une transition harmonieuse de l'actuelle réglementation, fondée sur la loi du 24 décembre 1993, vers la future réglementation, fondée sur la loi du 15 juin 2006. Nombre de ces modifications sont de nature terminologique. Le projet tend ainsi à préciser certaines notions fondamentales comme « l'attribution » et « la conclusion » du marché et à en rendre l'usage plus uniforme et cohérent et ce, tant dans le texte français que dans le texte néerlandais.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'objectif des auteurs du projet, qui visent un usage plus uniforme et cohérent de certaines notions fondamentales, doit être salué et répond – du moins partiellement – au souci exprimé par le Conseil d'État, section de législation, dans des avis antérieurs portant sur l'amélioration de la lisibilité et de l'accessibilité de la législation sur les marchés publics.[4] Le texte en projet ignore toutefois encore certaines incohérences terminologiques dans les textes français et néerlandais de différentes dispositions de la loi du 15 juin 2006.[5] Ainsi, les dispositions concernées s'écartent des notions qui sont définies à l'article 3, 16° et 17°, en projet, de la loi susvisée (article 3, 4°, du projet) et la notion de « gunning van de opdracht », dans le texte néerlandais, par exemple, a parfois comme pendant, dans le texte français, la notion « passation du marché », au lieu de « attribution du marché »", comme le prévoit l'article 3, 16°, en projet, de la loi du 15 juin 2006. Dans certaines dispositions en projet également, il n'est pas fait usage de manière cohérente des notions définies dans le projet et une terminologie différente est employée.[6]

---

[4] Voir notamment les observations que le Conseil d'État, section de législation, a formulées à cet égard dans l'avis 38.703/1 du 6 septembre 2005 sur un avant-projet de loi qui est devenu la loi du 15 juin 2006 (*Doc. Parl.* Chambre, n° 51-2237/1, 132-146), et dans l'avis 48.803/1 du 2 décembre 2010 sur un projet d'arrêté royal **«** relatif à la passation des marchés publics **»**.

[5] Mentionnons à cet égard les articles suivants de la loi du 15 juin 2006: les articles 3, 5° à 7° et 9°, 4, 3° à 5°, 5, alinéa 2, 10, 15, l'intitulé du titre II, chapitre IV, l'article 22, § 1er, alinéa 1er, et § 2, alinéa 1er, l'intitulé du titre II, chapitre IV, section III, l'article 23, *in fine*, l'intitulé du titre III, chapitre II, l'article 53, § 1er, alinéa 2, et § 2, 1°, f), et 3°, les articles 57, *in fine*, 58, 59, 65, alinéa 1er, l'intitulé du titre IV, chapitre II, section III, les articles 66, § 2, 1°, d), et 74, alinéas 1er et 2.

[6] À titre d'exemple, on peut faire référence à l'utilisation de la notion « procédure de passation », dans le texte français de l'article 3, 8°, en projet, de la loi du 15 juin 2006 (article 3, 1°, du projet), et au remplacement du mot « conclus » par le mot « passés », dans le texte français de l'intitulé du chapitre III du titre IV de la loi susvisée (article 60 du projet). Voir également l'article 80, alinéa 1er, en projet, de la loi susvisée (article 66, 1°, du projet) où, dans le texte néerlandais, il est question de « gunningswijzen » et, dans le texte français, de « modes de passation ». À l'article 25, alinéa 1er, de la loi, le texte néerlandais remplace le mot « gunnen » par « plaatsen » (article 21, 1°, du projet), mais le texte français correspondant n'est pas modifié, bien que le mot « attribuer » et non « passer » y soit utilisé.

Il résulte de ce qui précède que tant les dispositions du projet que celles de la loi du 15 juin 2006 que le projet ne tend pas à modifier, doivent être soumises à un examen supplémentaire en vue d'une utilisation uniforme et cohérente des notions fondamentales susvisées, tant dans le texte néerlandais que dans le texte français. Le résultat de cet examen peut impliquer que le projet soit complété par d'autres dispositions modifiant la loi précitée et que des dispositions déjà contenues dans le projet soient adaptées.

2. Plusieurs dispositions du projet utilisent la notion « passation du marché » (plaatsing van de opdracht). Contrairement aux notions « attribution » et « conclusion » du marché, le texte du projet ne définit pas la notion « passation ». À cet égard, on peut cependant lire ce qui suit dans l'exposé des motifs :

> « Quant à la passation du marché, pour laquelle une définition ne s'impose pas, elle réfère de façon plus générale à la mise en concurrence d'un marché en application de la législation relative aux marchés publics et par là, au processus conduisant normalement, à son terme, à l'attribution du marché puis à la conclusion du marché. »

Par souci de clarté de la législation, il est recommandé d'inscrire dans l'article 3, 4°, du projet la définition donnée dans l'exposé des motifs à la notion « passation du marché ». En effet, non seulement la notion concernée est susceptible de faire l'objet d'une interprétation différente mais, en outre, elle n'est pas toujours utilisée avec cohérence dans le texte du projet. [7]

3. Les auteurs du projet feront bien de vérifier, à l'occasion de la définition de certaines notions dans le projet et par souci d'assurer la cohérence de la législation relative aux marchés publics, si certaines notions apparaissant dans d'autres textes normatifs en préparation en matière de marchés publics ne doivent pas être mises en concordance avec ces premières notions. Ainsi, un certain nombre de définitions inscrites dans les articles 2, 3°, et 3, 4°, du projet, par exemple, sont comparables mais pas tout à fait identiques aux définitions correspondantes figurant dans le projet d'arrêté royal « relatif à la passation des marchés publics » sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné le 2 décembre 2010 l'avis 48.803/1. Celui que le texte néerlandais de l'article 2, 12°, en projet de la loi du 15 juin 2006 (article 2, 3°, du projet) définit comme étant le « opdrachtnemer » est désigné dans le projet d'arrêté royal susvisé comme étant le « begunstigde ». Il est évident qu'une telle diversité terminologique ne favorise pas la cohérence de la législation concernée ni la sécurité juridique et qu'elle doit par conséquent être évitée.

[7] Voir les exemples donnés dans la note de bas de page précédente.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

Dans le texte néerlandais, on rédigera l'intitulé du projet comme suit :

« Ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten ».

Il conviendra de faire référence de la même manière à la loi du 15 juin 2006 dans le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 2 du projet et dans le texte néerlandais des articles 17, § 2 (article 14 du projet), 77, 1° et 2° (article 64 du projet), 79*bis*, alinéa 1er (article 65 du projet) [8] en projet, et dans le texte néerlandais des intitulés des annexes I en II (annexes I et II du projet).

Article 3

1. Telle qu'elle est formulée à l'article 3, 8°, en projet de la loi du 15 juin 2006 (article 3, 1°, du projet), la définition de la notion « procédure négociée avec publicité » se fonde apparemment sur une procédure en deux phases, à savoir, d'une part, la sélection et, d'autre part, le dépôt d'une offre. Il a été demandé au délégué si telle est l'intention des auteurs du projet. Il a précisé à cet égard ce qui suit :

> « Neen, artikel 3, 1°, van het voorontwerp heeft geenszins tot doel inhoudelijke wijzigingen aan te brengen aan de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Enkel heeft men hiermee voor ogen gehad een definitie op te nemen waaruit beter het onderscheid blijkt met de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, vermeld in artikel 3, 7°, van de wet van 15 juni 2006.
>
> Naast het vanzelfsprekende feit dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking gepaard gaat met een voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, heeft men aldus willen verduidelijken dat het een zg. tweestapsprocedure betreft, d.w.z. een procedure waarbij in een eerste fase, op basis van de ingediende aanvragen tot deelneming, kandidaten worden geselecteerd, die dan in een tweede fase, op basis van een bestek dat hen ter beschikking wordt gesteld, een offerte kunnen indienen.
>
> Dit laatste stemt inderdaad overeen met de vorm die de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, gelet op de richtlijnartikelen betreffende het uitnodigen tot inschrijving, tot deelneming aan de dialoog of de onderhandelingen (artikel 40 van

[8] La même observation s'applique à l'égard de la mention des autres lois qui sont énumérées dans le texte néerlandais de l'article 79*bis*, alinéa 1er, en projet, de la loi du 15 juin 2006.

richtlijn 2004/18/EG en artikel 47 van richtlijn 2004/17/EG), op Europees niveau – d.w.z. voor de opdrachten die de Europese drempels bereiken – steeds moet aannemen.

Bij nader inzien laat deze gewijzigde definitie evenwel niet toe om op Belgisch niveau, d.w.z. voor de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, en waarop de Europese richtlijnen bijgevolg niet toepasselijk zijn, een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in één enkele fase te organiseren – naar analogie met wat geldt voor de open procedures - terwijl dit nochtans wel de bedoeling is. Immers is daartoe een bepaling opgenomen in het ontwerp van koninklijk besluit betreffende de plaatsingsregels voor de klassieke sectoren dat reeds voor advies aan de Raad werd voorgelegd (zie advies 48.803/1). Ter zake wordt meer bepaald verwezen naar artikel 2, 3°, van dat ontwerp betreffende de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking, die wordt gedefinieerd als de onderhandelingsprocedure met bekendmaking waarvoor elke belangstellende aannemer, leverancier of dienstverlener een offerte mag indienen.

Gelet op het bovenstaande zijn we van mening dat de ontworpen wijzigingsbepaling niet tot het gewenste resultaat zal leiden en dat bijgevolg de huidige bepaling van artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 dient te worden behouden. »

Compte tenu de ces précisions, il convient d'omettre l'article 3, 8°, en projet, de la loi du 15 juin 2006.

2. À la fin du texte néerlandais de l'article 3, 16°, en projet, de la loi du 15 juin 2006, on remplacera les mots « aan te duiden » par « aan te wijzen ». La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 80, alinéa 1er, en projet, de la loi (article 66, 1°, du projet), où le mot « aanduidt » doit, à la fin, être remplacé par le mot « aanwijst ».

Article 6

En ce qui concerne la révision visée à l'article 6, § 1er, en projet, de la loi du 15 juin 2006, l'exposé des motifs précise ce qui suit :

« La révision ne serait cependant pas obligatoire pour les marchés n'atteignant pas 120.000 euros ou une certaine durée d'exécution ».

Cette mention doit figurer dans le texte du projet, d'autant que le Roi doit en tenir compte pour fixer les modalités visées à l'alinéa 3 de l'article 6, § 1er, en projet, de la loi.

Article 7

L'article 7 de la loi du 15 juin 2006 dispose qu'un paiement ne peut être effectué que pour un service fait et accepté. Est notamment admis à ce titre, « ce qui est prévu au contrat ». L'article 7 du projet vise à remplacer le mot « au contrat » à l'article 7 de la loi par les mots « aux documents du marché ». Il a été demandé au délégué si les termes « aux documents du marché » ne peuvent pas également englober des documents qui, certes, sont initialement établis par l'adjudicateur mais qui, au cours de la procédure de passation, sont adaptés à la suite, par exemple, de négociations, ce qui impliquerait que le paiement pourrait être effectué sur la base de documents non définitifs. La question a également été posée de savoir si, compte tenu de ce qui précède, il ne vaudrait pas mieux maintenir le terme « contrat » à l'article 7, alinéa 1er, de la loi.

Le délégué a répondu ce qui suit :

> « In veruit de meeste gevallen - altijd bij de gewone procedures van aanbesteding en offerteaanvraag, maar vaak ook bij onderhandelingsprocedure - wordt de opdracht gesloten door de betekening van de gunning van de opdracht (beslissing over de keuze van de offerte) aan de opdrachtnemer, wat impliceert dat er geen overeenkomst wordt gesloten maar dat de opdrachtdocumenten - zoals gedefinieerd in de nieuw ontworpen bepaling van artikel 3, 21°, al dan niet gewijzigd in de loop van de procedure (bijvoorbeeld door onderhandelingen), weliswaar samen met de (eind)offerte, wel degelijk de basis vormen voor de uitvoering van de opdracht.
>
> Bij onderhandelingsprocedure is het evenwel mogelijk, volgens wat in de uitvoeringsmaatregelen is/zal worden bepaald, dat de opdracht wordt gesloten door de ondertekening door de partijen van een overeenkomst, die in dat geval de basis zal vormen voor de uitvoering van de opdracht.
>
> Gelet op wat voorafgaat, om alle mogelijke gevallen te dekken, zou het eerder aangewezen zijn om in artikel 7, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 het woord 'overeenkomst' te vervangen door 'opdrachtdocumenten of de overeenkomst, al naargelang. »

La rédaction de l'article 7 du projet doit être adaptée dans le sens indiqué dans la réponse du délégué.

Article 17

À la fin du texte néerlandais de l'article 17, 2°, du projet, il suffit d'écrire « , kan in een ruimere bepaling voorzien ».

Article 18

À l'article 18, 1°, du projet, il faut indiquer que les modifications visées par la disposition concernent le paragraphe 1er, alinéa 1er, et le paragraphe 2, alinéa 1er, de l'article 22 de la loi du 15 juin 2006.

Article 22

1. On rédigera la phrase liminaire de l'article 22 du projet comme suit :

« À l'article 26 de la même loi, modifié par l'arrêté royal du 19 décembre 2010, les modifications suivantes sont apportées : ».

2. On rédigera le début de la phrase liminaire de l'article 22, 1°, du projet, comme suit : « dans le texte néerlandais de la phrase introductive du paragraphe 1er, le mot ... ».

Une adaptation rédactionnelle similaire doit être apportée dans les articles 40, 2°, et 52, 2°, du projet.

3. Les modifications que l'article 22, 5°, du projet vise à apporter à l'article 26, § 1er, 3°, e), de la loi du 15 juin 2006, ont déjà été intégrées dans cette disposition par l'arrêté royal du 19 décembre 2010[9]. L'article 22, 5°, doit dès lors être omis du projet.

La même observation s'applique à l'égard des modifications que l'article 40, 5°, du projet entend apporter à l'article 53, § 2, 4°, e), de la loi du 15 juin 2006[10] et à l'égard des modifications que l'article 52, 6°, du projet vise à opérer dans l'article 66, § 2, 4°, d), de la même loi.

[9] Arrêté royal du 19 décembre 2010 portant exécution de l'article 84 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.

[10] L'article 40, 5°, du projet fait erronément état d'une modification de l'article 53, § 2, 3°, e), de la loi du 15 juin 2006.

4. Par analogie à ce qui est énoncé à l'article 22, 1°, du projet à l'égard de la phrase introductive de l'article 26, § 1er, de la loi, il y a lieu, en toute logique, de remplacer également dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 26, § 2, le mot « gegund » par le mot « geplaatst ». L'énumération de dispositions modificatives à l'article 22 du projet doit être complétée à cet effet par une disposition modificative, l'occasion devant alors être mise à profit pour incorporer les différentes modifications de l'article 26, § 2, de la loi dans des subdivisions de l'article 22 du projet, à l'instar de ce qui s'est fait avec les dispositions modificatives de l'article 26, § 1er, de la loi (article 22, 1° à 4°, du projet).

Article 23

Le texte en projet ne permet pas de déterminer précisément la portée des mots « Pour autant que cela s'avère nécessaire » à l'article 28, alinéa 3, en projet, de la loi du 15 juin 2006. Or, le pouvoir du Roi est notamment déterminé par la portée qui doit être donnée aux termes concernés. Il est dès lors recommandé d'apporter à cet égard quelques précisions supplémentaires, à tout le moins dans l'exposé des motifs.

Article 31

Par analogie avec d'autres dispositions du projet, il convient de mentionner également dans le texte français de l'article 31 les modifications qui seront exclusivement apportées dans le texte néerlandais de l'article 37 de la loi du 15 juin 2006.

Article 32

On rédigera le début de la phrase liminaire de l'article 32 du projet comme suit : « Dans la phrase introductive de l'article 40 de la même loi, les modifications ... ».

Article 35

1. On rédigera la phrase liminaire de l'article 35, 1°, du projet, comme suit : « le paragraphe 1er, alinéa 1er, est remplacé par ce qui suit : ».

2. On rédigera le début de l'article 35, 2°, du projet comme suit : « dans le paragraphe 4, alinéa 1er, les mots ... ».

Article 40

1. On rédigera la phrase liminaire de l'article 40 du projet comme suit : « À l'article 53 de la même loi, modifié par l'arrêté royal du 19 décembre 2010, les modifications suivantes sont apportées : ».

2. Dans le texte néerlandais de l'article 53, § 2, 6°, b), de la loi du 15 juin 2006, le mot « toegewezen » doit être remplacé par le mot « gegund ». On rédigera dès lors le texte néerlandais de l'article 40, 6°, du projet comme suit « in paragraaf 2, 6°, b, wordt het woord 'toegewezen' vervangen door het woord 'gegund' ».

Article 42

À l'article 55, alinéa 1er, en projet, de la loi du 15 juin 2006, il convient, semble-t-il, de faire référence aux articles « 35 à 43 », et non aux articles « 35 à 45 ». Les articles 44 et 45 de la loi font en effet partie du titre III de cette loi, de sorte qu'il est sans utilité de déclarer ces articles applicables aux « marchés publics visés par le présent titre ».

Article 44

1. L'article 57 de la loi du 15 juin 2006 ne comporte qu'un seul alinéa. On commencera dès lors l'article 44 du projet par les mots « Dans le texte néerlandais de l'article 57 de la même loi ».

2. Considérant que la vérification concerne exclusivement le droit d'accès et non la sélection qualitative, on écrira à la fin du texte néerlandais de l'article 44 du projet « vervangen door de woorden 'verificatie van het toegangsrecht, de kwalitatieve selectie en onderzoek van' ». De cette manière, la formulation se rapprochera en outre davantage du texte français correspondant.

Article 46

L'exposé des motifs indique que l'article 59*bis*, en projet, de la loi du 15 juin 2006 vise à permettre à l'entité adjudicatrice, « comme le prévoit l'article 13 de la directive 2004/17/CE », d'imposer des exigences en vue de protéger le caractère confidentiel des informations qu'elle donne.

Force est de constater que l'article 59*bis*, en projet, de la loi déroge sur plusieurs points à la disposition susvisée de la directive. Ainsi, cette dernière énumère les cas dans lesquels l'entité adjudicatrice peut invoquer la confidentialité et règle également l'hypothèse dans laquelle les renseignements fournis à l'entité adjudicatrice par les opérateurs économiques sont « communiqués et signalés à titre confidentiel ».

La rédaction de l'article 59*bis*, en projet, de la loi devrait être adaptée afin d'être plus proche de celle de l'article 13 de la directive susvisée.

Article 52

1. On rédigera la phrase liminaire de l'article 52 du projet comme suit:

« À l'article 66 de la même loi, modifié par l'arrêté royal du 19 décembre 2010, les modifications suivantes sont apportées : ».

2. On commencera l’article 52, 2°, du projet par les mots « dans le texte néerlandais de la phrase introductive du paragraphe 2, ainsi qu’au 1°, d), le mot ... ».

3. Le remplacement des mots « die gegund werd » par « die geplaatst werd », dans le texte néerlandais de l’article 66, § 2, 3°, de la loi du 15 juin 2006 (article 52, 5°, du projet) est problématique dès lors qu’à la fin de la première phrase de l’article 66, § 2, 3°, actuel de la loi, il est écrit « die gegund werd na mededinging » et qu’aux termes de l’exposé des motifs, la passation du marché (« de plaatsing van de opdracht ») comprend « la mise en concurrence d’un marché ». Dès lors, ce n’est pas le texte néerlandais de l’article 66, § 2, 3°, de la loi qui devrait être adapté sur ce point, mais bien le texte français de cette disposition où le mot « passé » devrait être remplacé par le mot « attribué ».

Article 58

1. On commencera l’article 58 du projet par les mots “Dans la phrase introductive de l’article 70 de la même loi, les mots ...”.

2. La rédaction de la phrase introductive de l’article 70 de la loi du 15 juin 2006 correspond dans une large mesure à la rédaction de la phrase introductive de l’article 40 de cette loi. On comprend dès lors mal pourquoi les modifications que l’article 58 du projet vise à apporter dans la phrase introductive de l’article 70 de la loi ne correspondent pas pleinement aux modifications que l’article 32 du projet vise à opérer dans la disposition parallèle de la phrase introductive de l’article 40 de cette même loi. À moins qu’une raison particulière ne justifie cette différence, il y aurait lieu, par souci d’uniformité, de mieux harmoniser entre elles les dispositions modificatives de l’article 58 du projet et celles de l’article 32 du projet.

Article 60

Le remplacement du mot « conclus » par le mot « passés » dans le texte français de l’intitulé du chapitre III visé entraîne une discordance avec le texte néerlandais de cet intitulé. Il conviendra d’y remplacer le mot « gesloten » par le mot « geplaatst ».

Article 62

1. Si l'article 75, § 1er, alinéa 3, en projet, de la loi du 15 juin 2006 (article 62, 2°, du projet) a pour objet d'habiliter également le Roi à abroger, compléter, modifier ou remplacer des normes ayant force de loi, il conviendra de l'exprimer explicitement dans la disposition en projet. En effet, cette intention ne se déduit pas du fait que l'article 75, § 1er, alinéa 4, en projet, de cette loi dispose que les mesures à prendre par le Roi doivent faire l'objet d'une confirmation législative.

2. La condition de la confirmation législative, inscrite à l'article 75, § 1er, alinéa 4, en projet, de la loi du 15 juin 2006, doit être précisée. Ainsi, il conviendrait de prévoir un délai dans lequel la confirmation doit impérativement intervenir et d'indiquer les effets de l'absence ou de la tardiveté de la confirmation.[11]

Article 63

Par souci de cohérence et de clarté de la législation, il est recommandé d'intégrer des restrictions au champ d'application de la loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique dans cette loi même. L'article 57, § 3, alinéa 2, de la loi du 30 mars 1976 mentionne déjà plusieurs exceptions à l'interdiction d'indexation visée au paragraphe 1er de cet article. Mieux vaudrait dès lors mentionner les concessions et marchés publics concernés dans les exceptions à l'interdiction d'indexation énumérées à l'article 57, § 3, alinéa 2, de la loi susvisée du 30 mars 1976.

Article 64

1. Par souci de lisibilité, il convient d'utiliser correctement les guillemets dans le texte néerlandais de l'article 77, 1°, en projet, de la loi du 15 juin 2006.

2. Le texte néerlandais de l'article 4, § 1er, 4°, a), en projet, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux fait état, après le deuxième tiret, du « besluit

[11] Il pourrait par exemple être prévu que, si les mesures concernées ne sont pas impérativement confirmées dans un délai déterminé, ces dernières sont réputées n'avoir produit aucun effet.

van de Raad van 26 mei 1997 », alors qu'il est question dans le texte français de « l'acte du Conseil du 26 mai 1997 ». Il s'agit manifestement de faire référence à une convention conclue dans le cadre de l'Union européenne. Il est dès lors recommandé d'utiliser cette dénomination tant dans le texte néerlandais que dans le texte français de la disposition en projet.

Article 65

On rédigera la phrase liminaire de l'article 65 du projet comme suit : « À l'article 79*bis* de la même loi, inséré par la loi du 12 janvier 2007, les modifications suivantes sont apportées : ».

Article 66

La disposition en projet à l'article 66, 2°, du projet habilite le Roi, dans l'attente d'un nouveau régime de protection juridique en matière de marchés publics, à « maintenir en vigueur et le cas échéant [à] adapter », à titre transitoire, les dispositions du livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Cette habilitation appelle plusieurs observations.

Tout d'abord, la réglementation relative à la protection juridique figurant dans le livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 constitue une matière visée à l'article 77 de la Constitution. L'habilitation en projet à l'article 66, 2°, du projet, qui implique que la réglementation inscrite dans le livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 peut être maintenue en vigueur ou qu'elle peut éventuellement être adaptée, doit dès lors être également considérée comme une matière visée à l'article 77 de la Constitution. Pour ce motif, la disposition en projet ne peut être maintenue dans le projet de loi soumis pour avis.

La mention du fait que le Roi pourra « le cas échéant » adapter les dispositions du livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993, ne tient en outre pas suffisamment compte de ce que le maintien distinct des dispositions concernées impliquera inévitablement leur adaptation, ne serait-ce que parce que la définition de leur champ d'application s'opère par une référence à d'autres livres de la loi du 24 décembre 1993 qui ne s'appliqueront plus.[12]

[12] Voir notamment l'article 65/2 de la loi du 24 décembre 1993.

Enfin, l'habilitation concernée ne fait pas apparaître en quoi consiste exactement le pouvoir qui est conféré au Roi d'adapter les dispositions du livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 ni les critères sur la base desquels le Roi peut exercer ce pouvoir. À cet égard, il y a lieu de signaler que, conformément aux principes régissant les relations entre les pouvoirs législatif et exécutif, les choix politiques essentiels doivent être fixés par le pouvoir législatif et qu'en principe, seul le soin d'arrêter les modalités de leur mise en œuvre peut être laissé au pouvoir exécutif. Dans des matières que la Constitution réserve à la loi, la possibilité pour le législateur de déléguer des compétences au Roi est plus restreinte : dans ces matières, le législateur doit en effet définir avec une précision suffisante une délégation éventuelle et la délégation ne peut en principe concerner que l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés au préalable par le législateur. Ce n'est que dans certaines circonstances exceptionnelles que le législateur peut laisser au Roi le soin de fixer des éléments même essentiels à condition que cette habilitation soit explicite et sans équivoque et que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation.[13]

Le pouvoir qui est attribué au Roi dans la disposition énoncée à l'article 66, 2°, du projet en ce qui concerne le maintien en vigueur et l'éventuelle adaptation des dispositions qui figurent, quant à la protection juridique, dans le livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993, porte sur une matière que la Constitution réserve à la loi. Telle qu'elle est rédigée, cette habilitation est trop peu circonscrite et précise pour exclure qu'elle concerne également des éléments essentiels de la réglementation. Sur ce dernier point, on ne peut considérer l'habilitation comme étant suffisamment explicite et précise pour être admissible et il manque également une disposition prévoyant une confirmation législative, dans un délai relativement bref, des arrêtés royaux qui seront pris en vertu de la délégation concernée.

Il résulte de ce qui précède que la disposition en projet à l'article 66, 2°, doit être omise du projet et être inscrite dans un projet de loi distinct. Il s'impose toutefois au préalable de la revoir en profondeur et de la circonscrire davantage.

[13] Voir à cet égard, par exemple, Cour constitutionnelle n° 54/2008, 13 mars 2008, B.16; Cour constitutionnelle n° 83/2008, 27 mai 2008, B.5.2. Dans certains arrêts, il est encore ajouté qu'il convient de prévoir qu'en l'absence de confirmation dans le délai prévu, les dispositions concernées sont censées n'avoir jamais eu d'effet (voir, par exemple, Cour constitutionnelle n°195/2004, 1er décembre 2004, B.16.3).

Article 69

1. L’article 69 du projet dispose en ce qui concerne cet article et « les articles 63 et 67 » qu’ils entrent en vigueur le jour de leur publication au Moniteur belge.

À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur, fixé par l’article 4, alinéa 2, de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, il faut renoncer à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

Aucune raison spécifique n’a été communiquée au Conseil d’État, section de législation, justifiant que l’article 69 du projet déroge au délai usuel d’entrée en vigueur. À défaut d’un motif de l’espèce mieux vaut omettre l’article 69 du projet.

2. Sous réserve de l’observation formulée au point 1, on remplacera, à l’article 69 du projet, la mention des « articles 63 et 67 » par la mention des « articles 62 et 66 ». Selon le délégué, la référence aux articles 63 et 67 résulte en effet d’une erreur matérielle.

Annexes

À la fin de chaque annexe, doivent être apposées les mêmes signatures que celles qui figurent au bas du dispositif de la loi en projet. Les signatures doivent chaque fois être précédées de la formule usuelle « Vu pour être annexé à ... ».

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par M. P. T'KINDT, auditeur.

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