KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.979/1/V
VAN 2 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 8 juli 2011 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, van de inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van haar uitvoeringsbepalingen, alsook van de nadere toepassingsregels van die procedure', 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 zij te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

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, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het regelen van de procedure van de concurrentiedialoog welke een bij de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006) ingestelde wijze van gunning van overheidsopdracht is waarbij elke belangstellende aannemer, leverancier of dienstverlener mag vragen deel te nemen en waarbij de aanbestedende overheid een dialoog voert met de voor deze procedure geselecteerde kandidaten, teneinde één of meer oplossingen uit te werken die aan de behoeften van de aanbestedende overheid beantwoorden en op grond waarvan de gekozen kandidaten zullen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen[1].

In het verslag aan de Koning bij het ontwerp van koninklijk besluit wordt verduidelijkt dat de ontworpen regeling bedoeld is als een geheel van tijdelijke maatregelen die worden genomen naar aanleiding van een inbreukprocedure die de Europese Commissie recent heeft opgestart tegen het Koninkrijk België en naar aanleiding waarvan vragen zijn gerezen omtrent de overeenstemming van de interne wetgeving met de toepasselijke Europese richtlijnen, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft. Het is de bedoeling om op termijn te komen

[1]Artikel 3, 9°, van de wet van 15 juni 2006.

tot een integratie van de regeling inzake de concurrentiedialoog in het geheel van de bepalingen betreffende de overheidsopdrachten, eenmaal deze zullen zijn tot stand gekomen en in werking zullen zijn getreden.[2]

1.2. Voor de ontworpen regeling worden niet zozeer autonome bepalingen uitgewerkt, maar wordt gebruik gemaakt van reeds bestaande bepalingen die, al dan niet in aangepaste vorm, toepasselijk worden gemaakt op de procedure van de concurrentiedialoog.

Zo worden vooreerst een aantal bepalingen van de wet van 15 juni 2006 en van het koninklijk besluit van 15 juli 2011[3] 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', specifiek wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, in werking gesteld (artikelen 2 en 3 van het ontwerp).

Daarnaast wordt het koninklijk besluit van 26 september 1996 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken' toepasselijk gemaakt op de overheidsopdrachten die volgens de procedure van de concurrentiedialoog worden gegund, zij het dat van dat koninklijk besluit kan worden afgeweken "in de mate dat de bijzondere eisen van de opdrachten geplaatst in het kader van de concurrentiedialoog dit noodzakelijk zouden maken" (artikel 4).

Tot slot worden 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' toepasselijk gemaakt op de overheidsopdrachten die volgens de procedure van de concurrentiedialoog worden gegund, onder voorbehoud van een aantal aanpassingen die aan sommige bepalingen van het betrokken boek worden aangebracht, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de procedure van de concurrentiedialoog (artikelen 5 tot 10).

2.1. Artikel 2 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 80, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006, zoals die bepaling werd vervangen bij de wet van 20 juli 2011 'tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van

[2] Bedoeld worden vooral de bepalingen van de wet van 15 juni 2006 en van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', maar ook van een aantal normatieve teksten waarin nog in een actualisering zal worden voorzien van de regeling inzake rechtsbescherming en bij de uitvoering van overheidsopdrachten.

[3] Het betrokken koninklijk besluit is naar het zeggen van de gemachtigde op 15 juli 2011 tot stand gekomen, maar is nog niet bekendgemaakt op de datum waarop de Raad van State dit advies uitbrengt.

15 juni 2006[4]. In artikel 80, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 wordt de Koning opgedragen om de datum van inwerkingtreding van elk van de bepalingen van de laatstgenoemde wet vast te stellen. Tevens wordt erin bepaald dat de Koning sommige bepalingen van de voornoemde wet toepasselijk kan maken op de gunningswijzen die hij aanwijst.

2.2. Artikel 3 van het ontwerp kan worden geacht rechtsgrond te vinden in artikel 27, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006, dat de Koning opdraagt de bij een concurrentiedialoog na te leven voorschriften te bepalen. Die voorschriften betreffen luidens die wetsbepaling onder meer de gelijke behandeling van alle deelnemers tijdens de dialoog en de niet-bekendmaking aan de deelnemers van de voorgestelde oplossingen of andere door een deelnemer verstrekte vertrouwelijke inlichtingen zonder instemming van laatstgenoemde.

2.3. Artikel 39 van de wet van 15 juni 2006 biedt rechtsgrond voor artikel 4, eerste lid, van het ontwerp, waarin de bepalingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 toepasselijk worden gemaakt op de overheidsopdrachten die volgens de procedure van de concurrentiedialoog worden gegund. Het voornoemde artikel 39 draagt de Koning op om de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten te bepalen.

In artikel 39 van de wet van 15 juni 2006 wordt de Koning evenwel niet gemachtigd om in een mogelijkheid van afwijking te voorzien, zoals geregeld in artikel 4, tweede lid, van het ontwerp. De Raad van State ziet evenmin enige andere bepaling van de voornoemde wet die de Koning daartoe zou machtigen. Artikel 4, tweede lid, van het ontwerp ontbeert derhalve de noodzakelijke rechtsgrond.

2.4. De artikelen 5 tot 10 van het ontwerp vinden rechtsgrond in artikel 80, derde lid, van de wet van 15 juni 2006, zoals die bepaling werd ingevoegd bij de wet van 20 juli 2011 ‘tot wijziging van artikel 80 van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006’[5].

[4] Deze wet is evenmin reeds bekendgemaakt op de datum waarop de Raad van State dit advies uitbrengt. Pas bij de bekendmaking van de wet treedt het nieuwe artikel 80, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 in werking (zie artikel 71 van de wet van 20 juli 2011).

[5] Ook deze wet is op de datum waarop de Raad van State dit advies uitbrengt nog niet bekendgemaakt. Pas bij de bekendmaking van de wet treedt artikel 80, derde lid, van de wet van 15 juni 2006 in werking (zie artikel 3 van de betrokken wet van 20 juli 2011).

Artikel 80, derde lid, van de wet van 15 juni 2006 luidt:

> "De Koning kan, in voorkomend geval met gehele of gedeeltelijke aanpassing ervan, 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 toepasselijk maken op de beslissingen genomen op grond van deze wet of van de wet tot omzetting van 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"[6].

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. De ontworpen regeling treedt luidens artikel 11 van het ontwerp in werking op de vijfde dag volgend op de bekendmaking ervan. Er dient uiteraard op te worden toegezien dat de bepalingen van het ontwerp niet op een eerdere datum in werking treden dan de datum waarop de wetsartikelen die sommige bepalingen van het ontwerp tot rechtsgrond strekken, in werking treden. Te denken valt hierbij onder meer aan de artikelen 80, eerste en derde lid, van de wet van 15 juni 2006, die respectievelijk worden vervangen en ingevoegd bij de reeds genoemde wetten van 20 juli 2011, die momenteel evenwel nog niet in werking zijn getreden.

2. Uit de artikelen 2 en 3 van het ontwerp valt af te leiden dat de ontworpen regeling enkel van toepassing is op de overheidsopdrachten die onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking en dat derhalve de in het ontwerp geregelde concurrentiedialoog niet mogelijk is ten aanzien van overheidsopdrachten die enkel onderworpen zijn aan de Belgische bekendmaking.[7]

Het betrokken onderscheid zou, ter wille van de toegankelijkheid van de regelgeving, op een meer expliciete wijze tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp.

---

[6] De machtiging bedoeld in artikel 80, derde lid, van de wet van 15 juni 2006 strekt tot het nemen van maatregelen inzake motivering, informatie en rechtsmiddelen, wat de in artikel 80, vierde lid, van de wet vermelde opdrachten betreft; de maatregelen bedoeld in artikel 80, derde en vierde lid, van de voornoemde wet, dienen overeenkomstig artikel 80, vijfde lid, van dezelfde wet het voorwerp uit te maken van een wettelijke bekrachtiging binnen twee jaar na hun inwerkingtreding. Dergelijke bekrachtiging is derhalve vereist ten aanzien van de artikelen 5 tot 10 van het ontwerp.

[7] Dit valt af te leiden uit het gegeven dat in de lijst van in werking te stellen wetsbepalingen geen melding wordt gemaakt van artikel 19 van de wet van 15 juni 2006 en dat in artikel 3 van het ontwerp niet wordt verwezen naar de artikelen 29, § 1, derde lid, en 39 tot 41 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

Daarenboven rijst de vraag of dergelijk onderscheid, dat is gesteund op het al dan niet overschrijden van bepaalde drempelbedragen inzake de waarde van de betrokken overheidsopdracht[8], te verenigen valt met de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie. Die regels sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Deze verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.[9] Om bestaanbaar te zijn met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel moet het criterium waarop het verschil in behandeling berust pertinent zijn ten opzichte van het onderwerp van de betrokken maatregel en het doel dat ermee wordt nagestreefd.[10]

In artikel 27, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 wordt bepaald dat een aanbestedende overheid de concurrentiedialoog slechts kan gebruiken in geval van een bijzonder ingewikkelde opdracht, wanneer ze objectief niet in staat is de technische middelen te bepalen die aan haar behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische, financiële of juridische oplossingen, alsook als zij van oordeel is dat de toepassing van de open of beperkte procedure het onmogelijk maakt de opdracht te plaatsen. Het is niet op het eerste gezicht duidelijk dat overheidsopdrachten waarvan de waarde zich onder het Europees drempelbedrag situeert en waarvoor derhalve de concurrentiedialoog niet mogelijk zou zijn, per definitie niet kunnen beantwoorden aan de voorwaarden waarin artikel 27, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 voorziet voor de toepassing van de procedure van de concurrentiedialoog en dat, met andere woorden, het op de waarde van de overheidsopdracht gesteunde onderscheid pertinent is voor het bereiken van de doelstelling die aan de procedure van de concurrentiedialoog ten grondslag ligt.

Gelet op wat voorafgaat doen de stellers van het ontwerp er goed aan om het verslag aan de Koning aan te vullen met een verantwoording voor het onderscheid dat wordt gemaakt tussen overheidsopdrachten die onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking en overheidsopdrachten die enkel onderworpen zijn aan de Belgische bekendmaking.

---

[8] Zie de artikelen 32 en 33 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

[9] Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof; zie o.m. GwH nr. 15/2009, 5 februari 2009, B.9; GwH nr. 32/2010, 30 maart 2010, B.9.2; GwH nr. 132/2010, 25 november 2010, B.4.

[10] Zie bijv. GwH nr. 156/2010, 22 december 2010, B.5.

3. Om een gelijkaardige reden als die vermeld hiervoor onder 2 wordt in het verslag aan de Koning ook best een verantwoording opgenomen voor het feit dat het blijkbaar de bedoeling is om ook de overheidsopdrachten die worden onderverdeeld in percelen of in vaste en voorwaardelijke gedeelten, of die van bij de sluiting zijn gericht op verlengingen, uit te sluiten van de toepassing van de procedure van de concurrentiedialoog.[11] Ook op die wijze wordt immers een onderscheid ingevoerd tussen categorieën van overheidsopdrachten, zonder dat op het eerste gezicht duidelijk is of dat onderscheid redelijk verantwoord is.[12]

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. Rekening houdend met hetgeen in dit advies wordt opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond voor de ontworpen bepalingen is het overbodig om tevens een beroep te doen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, bedoeld in artikel 108 van de Grondwet. Het eerste lid van de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd, dient derhalve te worden weggelaten.

2. Voor het tweede lid van de aanhef – dat het eerste lid dient te worden – wordt de volgende redactie voorgesteld:

"Gelet op de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, artikelen 27, tweede lid, en 39, artikel 80, eerste lid, vervangen bij de wet van 20 juli 2011, en artikel 80, derde lid, ingevoegd bij de wet van 20 juli 2011;".

[11] Die bedoeling valt af te leiden uit de aan de Raad van State meegedeelde stukken waaruit blijkt dat de verwijzing naar de artikelen 36 en 37 van de wet van 15 juni 2006 in artikel 2 van het ontwerp is weggelaten op advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten. Deze bedoeling zou evenwel, ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving, op een meer expliciete wijze tot uiting moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp.

[12] De fragmentering van een overheidsopdracht naar het voorwerp of in de tijd kan bijvoorbeeld wijzen op of samenhangen met het ingewikkelde karakter van de opdracht en zou derhalve zelfs de toepassing van de procedure van de concurrentiedialoog kunnen billijken.

Artikel 2

1. In artikel 2, 1°, van het ontwerp wordt artikel 2, 1° en 5° (niet: artikel 2, eerste lid, 1° en 5°), van de wet van 15 juni 2006 in werking gesteld. Artikel 2 van de voornoemde wet omschrijft diverse begrippen met het oog op de toepassing van die wet. Met de artikelen 2 en 3 van het ontwerp worden evenwel bepalingen van respectievelijk de wet van 15 juni 2006 en het koninklijk besluit van 15 juli 2011 in werking gesteld, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, waarin diverse begrippen worden gebruikt die in andere onderdelen van artikel 2 van de voornoemde wet, dan die onder 1° en 5° van die bepaling, worden omschreven. De verwijzing in artikel 2, 1°, van het ontwerp, mag derhalve niet beperkt blijven tot artikel 2, 1° en 5°, van de betrokken wet, maar dient te worden verruimd tot de begripsomschrijvingen die voorkomen in artikel 2, 6° tot 12°, van dezelfde wet.

Om dezelfde reden dient in artikel 2, 2°, van het ontwerp, de verwijzing naar artikel 3, 9°, van de wet van 15 juni 2006, te worden aangevuld met een verwijzing naar andere onderdelen van artikel 3 van de wet, te weten naar de begripsomschrijvingen in artikel 3, 1° tot 6°, en 16° tot 21°.

2. Rekening houdend met de verduidelijking die door de gemachtigde is verstrekt met betrekking tot de reden waarom in artikel 3 van het ontwerp niet wordt gerefereerd aan artikel 4 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, redigere men artikel 2, 3°, van het ontwerp als volgt: “de artikelen 5 tot 12, eerste lid;”.

3. In artikel 2, 4°, van het ontwerp worden de artikelen 16 tot 18 van de wet van 15 juni 2006 in werking gesteld, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft. Artikel 16 van de wet maakt titel II van de wet, “Overheidsopdrachten”, van toepassing op de in artikel 3, 1° tot 4°, 10° tot 12° en 15°, van de wet omschreven overheidsopdrachten die gegund worden door de in artikel 12 van dezelfde wet bedoelde aanbestedende overheden. Artikel 16 van de wet maakt geen melding van artikel 3, 9°, van dezelfde wet, waarin het begrip “concurrentiedialoog” wordt omschreven en dat door artikel 2, 2°, van het ontwerp in werking wordt gesteld. Vraag is derhalve of de verwijzing naar artikel 16 van de wet, in artikel 2, 4°, van het ontwerp, wel coherent is en of in deze laatste bepaling niet moet worden volstaan met de volgende redactie: “de artikelen 17 en 18;”.

4. Wat de in artikel 2, 6°, van het ontwerp, voorkomende verwijzing naar artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 betreft, lijkt die verwijzing te moeten worden beperkt tot de eerste twee leden van die wetsbepaling in de mate de ontworpen regeling enkel toepasselijk wordt geacht op overheidsopdrachten die onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking.

Nog wat artikel 2, 6°, van het ontwerp betreft, bevestigde de gemachtigde dat de verwijzing naar paragraaf 3 van artikel 26 van de wet van 15 juni 2006, die uitsluitend betrekking heeft op het verloop van de onderhandelingsprocedure, niet functioneel is voor de ontworpen regeling en dient te worden weggelaten.[13]

5. In artikel 2, 11°, van het ontwerp wordt artikel 72*bis* van de wet van 15 juni 2006 in werking gesteld, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft. Naar het zeggen van de gemachtigde zouden evenwel ook de artikelen 73 en 74 van de voornoemde wet[14], toepasselijk kunnen zijn in geval van concurrentiedialoog. Indien dat zo is, dient in artikel 2, 11°, van het ontwerp te worden geschreven “de artikelen 72*bis* tot 74”.

Artikel 3

1. De lijst van bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 die in werking worden gesteld, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, dient te worden afgestemd op de lijst van in werking gestelde bepalingen van de wet van 15 juni 2006, die in artikel 2 van het ontwerp voorkomt. Dat is nu niet steeds het geval.

Zo werd in artikel 2 van het ontwerp de vermelding weggelaten van de artikelen 36 en 37 van de wet van 15 juni 2006 (zie de algemene opmerkingen onder 3), maar wordt in artikel 3 van het ontwerp nog steeds verwezen naar de uitvoeringsbepalingen van de voornoemde wetsartikelen, zijnde de artikelen 11, 24, eerste lid, 2°, 4° en 5°, 33, 54, § 2, tweede lid, en 58, § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

---

[13] In artikel 3 van het ontwerp worden trouwens evenmin de uitvoeringsbepalingen met betrekking tot de onderhandelingsprocedure, zijnde de artikelen 105 tot 110 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, in werking gesteld.

[14] Artikel 73 van de wet van 15 juni 2006 heeft betrekking op opdrachten gegund met het oog op de uitoefening van meerdere activiteiten; artikel 74 van dezelfde wet regelt de bevoegdheden inzake het gunnen en uitvoeren van opdrachten voor rekening van publiekrechtelijke personen.

Diverse bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 refereren aan begrippen met betrekking tot de wijze van totstandkoming van overheidsopdrachten die zijn vervat in bepalingen van de wet van 15 juni 2006 die evenwel niet in werking worden gesteld door artikel 2 van het ontwerp. Dat is het geval voor de artikelen 24, eerste lid, 3°, 6° en 7°, 38, § 1, derde en vierde lid, 47, § 1, derde lid, 50, eerste lid, en 161, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Dat is ook het geval voor sommige bepalingen van het voornoemde koninklijk besluit waarin wordt verwezen naar bepaalde bijlagen van de wet van 15 juni 2006.[15] De overeenkomstige wetsbepalingen zouden derhalve eveneens best in werking worden gesteld door middel van een vermelding ervan in artikel 2 van het ontwerp.

Gelet op wat voorafgaat dienen de stellers van het ontwerp erop toe te zien dat de samenhang tussen de artikelen 2 en 3 van het ontwerp wordt verbeterd.

2. Er moet rekening mee worden gehouden dat sommige bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 in werking worden gesteld, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, maar dat de gelding van die bepalingen afhankelijk is van andere bepalingen van dat koninklijk besluit die evenwel niet in werking worden gesteld door artikel 3 van het ontwerp. Dat is bijvoorbeeld het geval in de Nederlandse tekst van artikel 3, 4°, van het ontwerp, in de mate erin wordt verwezen naar de laatste zin van artikel 29, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.[16] Dat is ook het geval in artikel 3, 14°, van het ontwerp in de mate daarin mede wordt verwezen naar artikel 70, derde lid, van het voornoemde koninklijk besluit.[17] Ook wordt in sommige in werking gestelde bepalingen van hetzelfde koninklijk besluit verwezen naar een bijlage bij dat besluit die evenwel niet in werking wordt gesteld.[18]

De in artikel 3 van het ontwerp opgenomen lijst van in werking te stellen bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 dient ook vanuit dat oogpunt aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen.

---

[15] Zie bijv. de artikelen 21, § 3, zesde lid, 27, § 4, en 32, eerste lid, 3°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

[16] In de betrokken zin wordt verwezen naar een onderdeel van het niet in werking gestelde artikel 40 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Op te merken valt wel dat dit bezwaar enkel rijst ten aanzien van de Nederlandse tekst van het ontwerp: in de Franse tekst van artikel 3, 4°, van het ontwerp, wordt immers verwezen naar de eerste zin van artikel 29, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit. Deze discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst dient in ieder geval te worden weggewerkt.

[17] In artikel 70, derde lid, van het koninklijk besluit wordt verwezen naar de “vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking”, bedoeld in artikel 2, § 1, 3°, van hetzelfde koninklijk besluit, welke bepaling evenwel niet in werking wordt gesteld (zie artikel 3, 1°, van het ontwerp).

[18] Zie bijv. de artikelen 30 en 32, eerste lid, 2° en 3°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

3. In artikel 3, 17°, van het ontwerp wordt verwezen naar artikel 162 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Dat artikel bevat evenwel de inwerkingtredingsbepaling. Het in werking stellen daarvan is, gelet op het bepaalde in artikel 11 van het ontwerp, overbodig, zodat de verwijzing naar het voornoemde artikel 162 moet worden weggelaten.

Artikel 4

Om de reden uiteengezet onder 2.3 bij de bespreking van de rechtsgrond van het ontwerp kan enkel het eerste lid van artikel 4 in het ontwerp worden behouden.

Artikel 5

Aangezien het de bedoeling is om de ontworpen regeling enkel van toepassing te maken op de overheidsopdrachten die onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking, kunnen in die veronderstelling enkel de titels I, II en IV van boek II*bis* van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, op zinvolle wijze van toepassing worden verklaard op de overheidsopdrachten die volgens de procedure van de concurrentiedialoog worden gegund. De redactie van artikel 5 van het ontwerp dient dan in die zin te worden aangepast.

Tevens moet het “voorbehoud van de artikelen 6 tot 10”, waaraan wordt gerefereerd aan het einde van artikel 5 van het ontwerp, aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen in het licht van de beperking van het toepassingsgebied van de ontworpen regeling tot de overheidsopdrachten die onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking. Zo zijn bijvoorbeeld in dat geval de artikelen 65/3, derde lid,[19] en 65/12, 1°, van de wet van 24 december 1993 niet van toepassing en zouden de betrokken bepalingen in die zin moeten worden gelezen. Dat houdt in dat de lijst van aan te passen artikelen van de laatstgenoemde wet, die het voorwerp is van de artikelen 6 tot 10 van het ontwerp, op dat punt moet worden vervolledigd.[20]

[19] Het tweede lid van artikel 65/3 van de wet van 24 december 1993 betreft de defensieopdrachten en is evenmin toepasselijk op de procedure van de concurrentiedialoog.

[20] Voor bepaalde artikelen wordt geen aangepaste lezing ontworpen, alhoewel dit om redactionele redenen wel nodig is. Zo dienen in artikel 65/6, van de wet van 24 december 1993 de woorden “In de klassieke sectoren wordt dit proces-verbaal” te worden vervangen door de woorden “Dit proces-verbaal wordt”.

Artikelen 6 tot 10

1. In de artikelen 6 tot 10 van het ontwerp worden sommige bepalingen van de wet van 24 december 1993 overgenomen in een lezing die is aangepast aan de specifieke omstandigheden van de procedure van de concurrentiedialoog. Ter wille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer zouden bij die overname de onderdelen van de betrokken bepalingen moeten worden weggelaten die, gelet op wat op andere plaatsen in het ontwerp wordt bepaald, geen toepassing kunnen vinden op de procedure van de concurrentiedialoog. Op die wijze zou de aangepaste lezing van de betrokken wetsbepalingen beperkt blijven tot uitsluitend die onderdelen die noodzakelijk zijn voor de toepassing ervan op de procedure van de concurrentiedialoog. Hiermee rekening houdend, lijkt het nut van een overname van de volgende bepalingen van de wet van 24 december 1993 te kunnen worden betwijfeld: artikel 65/1, 1° en 2° (artikel 6 van het ontwerp), artikel 65/4, eerste lid, 1°, 2° en 3°, en derde lid (artikel 8 van het ontwerp), artikel 65/5, 4° (artikel 9 van het ontwerp), en artikel 65/7, § 2 (artikel 10 van het ontwerp).

2. Mede rekening houdend met opmerking 1 bij artikel 2 van het ontwerp, wordt voor de omschrijving van het begrip “opdracht”, in de ontworpen lezing van artikel 65/1, 3°, van de wet van 24 december 1993 (artikel 6 van het ontwerp), de volgende redactie in overweging gegeven:

“opdracht: de overheidsopdracht in de zin van artikel 3, 1°, van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006;”.

3. Voor de definitie van het begrip “aanbestedende instantie”, in de ontworpen lezing van artikel 65/1, 4°, van de wet van 24 december 1993 (artikel 6 van het ontwerp), lijkt met de volgende redactie te kunnen worden volstaan:

“aanbestedende instantie: de aanbestedende overheid in de zin van artikel 2, 1°, van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006;”.

4. De ontworpen lezing van artikel 65/2 van de wet van 24 december 1993 (artikel 7 van het ontwerp) kan worden gepreciseerd als volgt:

“Dit boek heeft hetzelfde toepassingsgebied als artikel 2 van het koninklijk besluit van (datum en opschrift van het ontworpen koninklijk besluit).”

5. Indien wordt ingegaan op de in dit advies gedane suggestie tot het niet-overnemen van het bepaalde in artikel 65/4, eerste lid, 1°, 2° en 3°, van de wet van 24 december 1993, dient in de ontworpen lezing van artikel 65/4, van die wet (artikel 8 van het ontwerp) het tweede lid aan te vangen als volgt: “In de gevallen vermeld in het eerste lid, 2°/1, dienen ...”.

6. Ermee rekening houdend dat in de ontworpen lezing van artikel 65/5, 2°, van de wet van 24 december 1993 (artikel 9 van het ontwerp) de vermelding van de onderhandelingsprocedure niet relevant is en de verwijzing naar de concurrentiedialoog overbodig is, gelet op de inleidende zin van artikel 9 van het ontwerp, schrappe men in de betrokken bepaling de zinsnede “in geval van een onderhandelingsprocedure of concurrentiedialoog,”.

7. In de ontworpen lezing van artikel 65/5, 5°/1, van de wet van 24 december 1993 (artikel 9 van het ontwerp) moet in de Nederlandse tekst uiteraard worden geschreven “van wie de oplossing al dan niet *is* gekozen na afloop van de dialoog”.

8. In de ontworpen lezing van artikel 65/7, § 3, van de wet van 24 december 1993 (artikel 10 van het ontwerp), is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst. Waar aan het einde van de Nederlandse tekst van de betrokken paragraaf wordt geschreven “de deelnemers van wie de oplossing niet is gekozen”, wordt in de Franse tekst uitsluitend melding gemaakt van “[les] participants”. Deze discordantie moet worden verholpen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. VAN NIEUWENHOVE, B. THYS,	staatsraden,
	J. VELAERS,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS	griffier.

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

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS M. VAN DAMME

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 49.979/1/V
DU 2 AOÛT 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Premier Ministre, le 8 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'fixant, en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif, l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses règles d'exécution, ainsi que les modalités particulières d'application de cette procédure', 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.

*
* *

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 de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*
* *

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1.1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de régler la procédure de dialogue compétitif, qui est un mode de passation du marché public instauré par la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' (ci-après : loi du 15 juin 2006), qui prévoit que tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut demander à participer et que le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats retenus seront invités à remettre une offre [1].

Le rapport au Roi joint au projet d'arrêté royal précise que le régime en projet est conçu comme un ensemble de mesures temporaires prises à la suite d'une procédure d'infraction récemment lancée par la Commission européenne à l'encontre du Royaume de Belgique et qui a soulevé des questions quant à la conformité de la législation interne avec les directives européennes applicables, en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif. L'objectif est d'intégrer à terme le régime en matière de dialogue compétitif dans l'ensemble des dispositions

[1] Article 3, 9°, de la loi du 15 juin 2006.

concernant les marchés publics, une fois que celles-ci auront été concrétisées et seront entrées en vigueur. [2]

1.2. Plutôt que d'élaborer des dispositions autonomes, le régime en projet fait usage de dispositions existantes qui, sous une forme adaptée ou non, sont rendues applicables à la procédure de dialogue compétitif.

C'est ainsi que certaines dispositions de la loi du 15 juin 2006 et de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 [3] 'à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques' sont d'abord mises en vigueur, plus spécifiquement en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif (articles 2 et 3 du projet).

En outre, l'arrêté royal du 26 septembre 1996 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics' est rendu applicable aux marchés publics passés selon la procédure de dialogue compétitif, étant entendu qu'il peut être dérogé à cet arrêté royal « dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières des marchés à passer dans le cadre d'un dialogue compétitif » (article 4).

Enfin, les dispositions du livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services' sont rendues applicables aux marchés publics passés selon la procédure de dialogue compétitif, sous réserve d'un certain nombre d'adaptations apportées à certaines dispositions du livre concerné et compte tenu des caractéristiques spécifiques de la procédure de dialogue compétitif (articles 5 à 10).

2.1. L'article 2 du projet trouve un fondement juridique dans l'article 80, alinéa 1er, de la loi du 15 juin 2006, telle que cette disposition a été remplacée par la loi du 20 juillet 2011 'modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' [4]. L'article 80, alinéa 1er, de la loi du 15 juin 2006 charge le Roi de fixer la date d'entrée en vigueur de chacune des dispositions de cette dernière loi. En outre, il

[2] Sont surtout visées les dispositions de la loi du 15 juin 2006 et de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 'à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', mais également celles d'un certain nombre de textes normatifs visant à actualiser les règles en matière de protection juridique et de l'exécution de marchés publics.

[3] Si, selon le délégué, l'arrêté royal concerné est intervenu le 15 juillet 2001, il n'était toutefois pas encore publié à la date à laquelle le Conseil d'État rend le présent avis.

[4] Cette loi non plus n'était pas encore publiée à la date à laquelle le Conseil d'État rend le présent avis. Ce n'est qu'à la publication de la loi que le nouvel article 80, alinéa 1er, de la loi du 15 juin 2006 entrera en vigueur (voir article 71 de la loi du 20 juillet 2011).

dispose que le Roi peut rendre certaines dispositions de la loi précitée applicables aux modes de passation qu'il désigne.

2.2. L'article 3 du projet peut être réputé trouver un fondement juridique dans l'article 27, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006, qui charge le Roi de fixer les règles à respecter lors d'un dialogue compétitif. Selon cette disposition législative, ces règles concernent notamment l'égalité de traitement de tous les participants au cours du dialogue et la non-divulgation aux participants des solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.

2.3. L'article 39 de la loi du 15 juin 2006 procure un fondement juridique à l'article 4, alinéa 1er, du projet qui rend applicables les dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 aux marchés publics passés selon la procédure du dialogue compétitif. L'article 39 précité charge le Roi de fixer les règles générales d'exécution des marchés publics.

L'article 39 de la loi du 15 juin 2006 n'habilite toutefois pas le Roi à autoriser une éventuelle dérogation, comme à l'article 4, alinéa 2, du projet. Le Conseil d'État n'aperçoit pas non plus d'autre disposition de la loi précitée qui habiliterait le Roi à cet effet. L'article 4, alinéa 2, du projet est dès lors dépourvu du fondement juridique requis.

2.4. Les articles 5 à 10 du projet trouvent un fondement juridique dans l'article 80, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006, telle que cette disposition a été insérée par la loi du 20 juillet 2011 'modifiant l'article 80 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' [5].

[5] Cette loi n'était pas davantage publiée à la date à laquelle le Conseil d'État rend le présent avis. Ce n'est qu'à la publication de la loi que le nouvel article 80, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006 entrera en vigueur (voir article 3 de la loi concernée du 20 juillet 2011).

L'article 80, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006 énonce :

« Le Roi peut rendre applicable, le cas échéant en les adaptant, tout ou partie des 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 aux décisions prises en vertu de la présente loi ou de la loi transposant 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 des entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE » [6].

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Selon l'article 11 du projet, le régime en projet entre en vigueur le cinquième jour après sa publication. Il faudra évidemment veiller à ce que les dispositions du projet n'entrent pas en vigueur à une date antérieure à la date d'entrée en vigueur des articles de loi qui procurent le fondement juridique à certaines dispositions du projet. À cet égard, il faut notamment citer l'article 80, alinéas 1er et 3, de la loi du 15 juin 2006, qui sont respectivement remplacé et inséré par les lois précitées du 20 juillet 2011 qui, à l'heure actuelle, ne sont toutefois pas encore entrées en vigueur.

2. Il se déduit des articles 2 et 3 du projet que le régime en projet ne s'applique qu'aux marchés publics soumis à la publication européenne et que le dialogue compétitif réglé dans le projet n'est dès lors pas possible à l'égard des marchés publics qui sont uniquement soumis à la publication belge. [7]

Dans un souci d'accessibilité de la réglementation, la distinction concernée devrait être exprimée de manière plus explicite dans le texte du projet.

---

[6] L'habilitation prévue par l'article 80, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006 porte uniquement sur l'adoption de dispositions en matière de motivation, d'information et de voies de recours, en ce qui concerne les marchés mentionnés à l'article 80, alinéa 4, de la loi; conformément à l'article 80, alinéa 5, de la loi précitée, les mesures prévues à l'article 80, alinéas 3 et 4, de la même loi font l'objet d'une confirmation législative dans les deux ans suivant leur entrée en vigueur. Pareille confirmation s'impose donc pour les articles 5 à 10 du projet.

[7] Conclusion est tirée du fait que la liste des dispositions législatives à mettre en vigueur ne fait pas mention de l'article 19 de la loi du 15 juin 2006 et que l'article 3 du projet ne vise pas les articles 29, § 1er, alinéa 3, et 39 à 41 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Par ailleurs, la question se pose de savoir si pareille distinction, fondée sur le dépassement ou non de certains seuils relatifs à la valeur du marché public concerné [8], se concilie avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination. Ces règles constitutionnelles n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Cette justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause. Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [9]. Pour être compatible avec le principe d'égalité constitutionnel, le critère sur lequel repose la différence de traitement doit être pertinent par rapport à l'objet de la mesure considérée et au but qu'elle poursuit. [10]

L'article 27, alinéa 1er, de la loi du 15 juin 2006 dispose qu'un pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure du dialogue compétitif que dans le cas d'un marché particulièrement complexe lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques, de même que lorsqu'il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas de passer le marché. Il n'est pas clair à première vue, que les marchés publics dont la valeur est inférieure au seuil européen et pour lesquels le dialogue compétitif ne serait dès lors pas possible ne peuvent pas remplir, par définition, les conditions prévues par l'article 27, alinéa 1er, de la loi du 15 juin 2006 en matière de recours à la procédure de dialogue compétitif et si, en d'autres termes, la distinction fondée sur la valeur du marché public est pertinente pour atteindre le but que poursuit cette procédure.

Les auteurs du projet veilleront par conséquent à compléter le rapport au Roi par un commentaire justifiant la distinction qui est faite entre les marchés publics soumis à la publication européenne et ceux qui ne sont soumis qu'à la publication belge.

3. Pour une raison analogue à celle mentionnée sous le point 2 ci-dessus, mieux vaudrait également que le rapport au Roi justifie le fait que l'intention est manifestement d'exclure également du recours à la procédure du dialogue compétitif les marchés publics subdivisés en lots ou fractionnés en tranches fermes et conditionnelles, ou encore ceux qui dès la

[8] Voir les articles 32 et 33 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

[9] Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle; voir notamment C.C. n° 15/2009, 5 février 2009, B.9; C.C. n° 32/2010, 30 mars 2010, B.9.2; C.C. n° 132/2010, 25 novembre 2010, B.4.

[10] Voir p.ex. C.C. n° 156/2010, 22 décembre 2010, B.5.

conclusion prévoient des reconductions [11]. En effet, une distinction est également instaurée ainsi entre des catégories de marchés publics, sans que l'on aperçoive, à première vue, si celle-ci est raisonnablement justifiée. [12]

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

1. Compte tenu des observations formulées dans le présent avis sur le fondement juridique des dispositions en projet, il n'y a pas lieu d'invoquer, en outre, le pouvoir général d'exécution du Roi, visé à l'article 108 de la Constitution. On omettra, dès lors, le premier alinéa du préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis.

2. Il est proposé de rédiger le deuxième alinéa du préambule – qui devient le premier alinéa – comme suit :

« Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, les articles 27, alinéa 2, et 39, l'article 80, alinéa 1er, remplacé par la loi du 20 juillet 2011, et l'article 80, alinéa 3, inséré par la loi du 20 juillet 2011; ».

Article 2

1. L'article 2, 1°, du projet, met en vigueur l'article 2, 1° et 5° (non : l'article 2, alinéa 1er, 1° et 5°), de la loi du 15 juin 2006. L'article 2 de la loi précitée définit différentes notions en vue de l'application de cette loi. Les articles 2 et 3 du projet mettent toutefois en vigueur certaines dispositions, respectivement, de la loi du 15 juin 2006 et de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif, qui utilisent différentes notions définies dans d'autres subdivisions de l'article 2 de la loi précitée que les 1° et 5° de cette

[11] Cette intention se déduit des documents communiqués au Conseil d'État dont il ressort que la référence aux articles 36 et 37 de la loi du 15 juin 2006 a été omise à l'article 2 du projet sur l'avis de la Commission des marchés publics. Pour la clarté de la réglementation, le texte du projet devrait toutefois exprimer plus explicitement cette intention.

[12] La fragmentation d'un marché public selon l'objet ou dans le temps peut par exemple être indicative de la complexité du marché ou en être fonction, et pourrait même justifier, dès lors, le recours à la procédure du dialogue compétitif.

disposition. La référence à l'article 2, 1°, du projet ne peut dès lors pas être limitée à l'article 2, 1° et 5°, de la loi concernée, mais doit être élargie aux définitions figurant à l'article 2, 6° à 12°, de la même loi.

Par identité de motifs, la référence que l'article 2, 2°, du projet fait à l'article 3, 9°, de la loi du 15 juin 2006 doit être complétée par une référence à d'autres subdivisions de l'article 3 de la loi, à savoir aux définitions inscrites à l'article 3, 1° à 6°, et 16° à 21°.

2. Compte tenu de la précision donnée par le délégué sur la raison pour laquelle l'article 3 du projet ne vise pas l'article 4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, on rédigera l'article 2, 3°, du projet comme suit : « les articles 5 à 12, alinéa 1er; ».

3. L'article 2, 4°, du projet met en vigueur les articles 16 à 18 de la loi du 15 juin 2006, en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif. L'article 16 de la loi rend applicable le titre II de la loi, « Des marchés publics », aux marchés publics définis à l'article 3, 1° à 4°, 10° à 12° et 15°, de la loi et passés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 12 de la même loi. L'article 16 de la loi ne fait pas mention de l'article 3, 9°, de la même loi, qui définit la notion de « dialogue compétitif » et que met en vigueur l'article 2, 2°, du projet. La question se pose dès lors de savoir si la référence à l'article 16 de la loi, faite à l'article 2, 4°, du projet, est bien cohérente et s'il ne suffit pas de rédiger cette dernière disposition comme suit : « les articles 17 et 18; ».

4. En ce qui concerne la référence à l'article 26, § 1er, 1°, e), de la loi du 15 juin 2006, figurant à l'article 2, 6°, du projet, il semble que cette référence doive être limitée aux deux premiers alinéas de cette disposition législative dans la mesure où le régime en projet est réputé s'appliquer uniquement aux marchés publics soumis à la publication européenne.

Toujours à propos de l'article 2, 6°, du projet, le délégué a confirmé que la référence au paragraphe 3 de l'article 26 de la loi du 15 juin 2006, qui porte exclusivement sur le déroulement de la procédure de négociation, n'est pas fonctionnelle en ce qui concerne le régime en projet et doit être omise. [13]

[13] Du reste, l'article 3 du projet ne met pas non plus en vigueur les modalités d'exécution relatives à la procédure de négociation, à savoir les articles 105 à 110 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

5. L'article 2, 11°, du projet met en vigueur l'article 72*bis* de la loi du 15 juin 2006, en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif. Selon le délégué, les articles 73 et 74 de la loi précitée [14] pourraient toutefois également s'appliquer en cas de dialogue compétitif. Dans l'affirmative, on écrira à l'article 2, 11°, du projet « les articles 72*bis* à 74 ».

Article 3

1. La liste des dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui sont mises en vigueur en ce qui concerne la procédure du dialogue compétitif, doit s'aligner sur la liste des dispositions de la loi du 15 juin 2006 mises en vigueur, qui figure à l'article 2 du projet, ce qui n'est pas toujours le cas actuellement.

Ainsi, l'article 2 du projet omet de mentionner les articles 36 et 37 de la loi du 15 juin 2006 (voir les observations générales formulées au point 3), alors que l'article 3 du projet fait toujours référence aux dispositions d'exécution des articles de loi précités, à savoir les articles 11, 24, alinéa 1er, 2°, 4° et 5°, 33, 54, § 2, alinéa 2, et 58, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Diverses dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 font référence à des notions concernant le mode de passation des marchés publics figurant dans des dispositions de la loi du 15 juin 2006 qui ne sont toutefois pas mises en vigueur par l'article 2 du projet. C'est le cas pour les articles 24, alinéa 1er, 3°, 6° et 7°, 38, § 1er, alinéas 3 et 4, 47, § 1er, alinéa 3, 50, alinéa 1er, et 161, alinéa 2, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. C'est également le cas pour certaines dispositions de l'arrêté royal précité qui font référence à certaines annexes de la loi du 15 juin 2006. [15] Dès lors, il serait préférable de mettre en vigueur les dispositions légales correspondantes en les mentionnant dans l'article 2 du projet.

Compte tenu de ce qui précède, les auteurs du projet veilleront à améliorer l'articulation des articles 2 et 3 du projet.

[14] L'article 73 de la loi du 15 juin 2006 concerne les marchés destinés à la poursuite de plusieurs activités; l'article 74 de la même loi règle les compétences en matière de passation et d'exécution des marchés pour le compte de personnes de droit public.

[15] Voir, p. ex., les articles 21, § 3, alinéa 6, 27, § 4, et 32, alinéa 1er, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

2. On tiendra compte du fait que certaines dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 sont mises en vigueur en ce qui concerne la procédure du dialogue compétitif, mais que la validité de ces dispositions est tributaire d'autres dispositions de cet arrêté royal qui ne sont toutefois pas mises en vigueur par l'article 3 du projet. C'est le cas, par exemple, à l'article 3, 4°, du texte néerlandais du projet, dans la mesure où il fait référence à la dernière phrase de l'article 29, § 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. [16] C'est également le cas pour l'article 3, 14°, du projet dans la mesure où il fait notamment référence à l'article 70, alinéa 3, de l'arrêté royal précité. [17] Certaines dispositions du même arrêté royal, mises en vigueur, font également référence à une annexe de cet arrêté qui n'est toutefois pas mise en vigueur. [18]

La liste des dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui doivent être mises en vigueur, figurant à l'article 3 du projet, doit également être soumise à un examen complémentaire sous cet angle.

3. L'article 3, 17°, du projet vise l'article 162 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Cet article comporte toutefois la disposition fixant l'entrée en vigueur. Vu le dispositif de l'article 11 du projet, il est superflu de mettre en vigueur l'article 162 précité, si bien que la référence à cet article doit être omise.

Article 4

Pour le motif exposé au point 2.3 concernant l'examen du fondement juridique du projet, seul l'alinéa 1er de l'article 4 peut être maintenu dans le projet.

[16] La phrase en question fait référence à une subdivision de l'article 40 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui n'a pas été mis en vigueur. Il est à noter toutefois que cette remarque ne porte que sur le texte néerlandais du projet : en effet, le texte français de l'article 3, 4°, du projet fait référence à la première phrase de l'article 29, § 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal. Il s'impose en tout état de cause d'éliminer cette discordance entre le texte français et le texte néerlandais.

[17] L'article 70, alinéa 3, de l'arrêté royal fait référence à la « procédure négociée directe avec publicité » visée à l'article 2, § 1er, 3°, du même arrêté royal, laquelle disposition n'est toutefois pas mise en vigueur (voir l'article 3, 1°, du projet).

[18] Voir, p. ex., les articles 30 et 32, alinéa 1er, 2° et 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Article 5

L'intention étant de rendre les dispositions en projet uniquement applicables aux marchés publics soumis à la publicité européenne, seuls, dans cette hypothèse, les titres I[er], II et IV du livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services' peuvent être utilement déclarés applicables aux marchés publics passés selon la procédure du dialogue compétitif. On adaptera donc l'énoncé de l'article 5 du projet en ce sens.

En outre, la mention « sous réserve des articles 6 à 10 », figurant à la fin de l'article 5 du projet, doit être revue compte tenu de la limitation du champ d'application des mesures en projet aux marchés publics soumis à la publicité européenne. Ainsi, par exemple, les articles 65/3, alinéa 3, [19] et 65/12, 1°, de la loi du 24 décembre 1993 ne sont pas applicables dans ce cas et les dispositions concernées devraient être lues en ce sens. Il en résulte que la liste des articles de cette loi devant être adaptés, qui fait l'objet des articles 6 à 10 du projet, doit être complétée sur ce point. [20]

Articles 6 à 10

1. Les articles 6 à 10 du projet reproduisent certaines dispositions de la loi du 24 décembre 1993 sous une forme adaptée aux circonstances particulières de la procédure du dialogue compétitif. Pour la clarté de l'ordonnancement juridique, il y aurait lieu, à cette occasion, d'omettre les subdivisions des dispositions concernées qui, vu ce qui est énoncé dans d'autres dispositions du projet, ne peuvent être appliquées à la procédure du dialogue compétitif. Ainsi, seules seraient adaptées les subdivisions des dispositions législatives concernées, nécessaires pour l'application de ces dispositions à la procédure du dialogue compétitif. Compte tenu de ce qui précède, il est permis de douter de l'utilité de reproduire les dispositions suivantes de la loi du 24 décembre 1993 : l'article 65/1, 1° et 2° (article 6 du projet), l'article 65/4, alinéa 1[er], 1°, 2° et 3°, et alinéa 3 (article 8 du projet), l'article 65/5, 4° (article 9 du projet), et l'article 65/7, § 2 (article 10 du projet).

[19] L'alinéa 2 de l'article 65/3 de la loi du 24 décembre 1993 concerne les marchés en matière de défense et n'est pas non plus applicable à la procédure du dialogue compétitif.

[20] Il n'est pas envisagé d'adapter la formulation de certains articles, bien que cela soit nécessaire pour des raisons rédactionnelles. Ainsi, à l'article 65/6 de la loi du 24 décembre 1993, on remplacera les mots « Dans les secteurs classiques, ce procès-verbal » par les mots « Ce procès-verbal ».

2. Compte tenu notamment de l'observation 1 concernant l'article 2 du projet, il est suggéré de définir la notion de « marché », dans la lecture en projet de l'article 65/1, 3°, de la loi du 24 décembre 1993 (article 6 du projet), comme suit :

« marché : le marché public au sens de l'article 3, 1°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; ».

3. Pour définir la notion d'« autorité adjudicatrice » dans la lecture en projet de l'article 65/1, 4°, de la loi du 24 décembre 1993 (article 6 du projet), il suffirait d'écrire :

« autorité adjudicatrice : le pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; ».

4. La lecture en projet de l'article 65/2 de la loi du 24 décembre 1993 (article 7 du projet) pourrait être précisé comme suit :

« Le présent livre a le même champ d'application que l'article 2 de l'arrêté royal du (date et intitulé de l'arrêté royal en projet). »

5. Dans l'hypothèse où serait accueillie la suggestion faite dans le présent avis de ne pas reproduire l'article 65/4, alinéa 1er, 1°, 2° et 3°, de la loi du 24 décembre 1993, il y aurait lieu de rédiger le début de l'article 65/4, alinéa 2, dans la lecture en projet, de cette loi (article 8 du projet) comme suit : « Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1er, 2°/1, les motifs … ».

6. Compte tenu du fait qu'il n'y a pas lieu de mentionner la procédure négociée dans la lecture en projet de l'article 65/5, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 (article 9 du projet) et que la référence au dialogue compétitif est superflue, vu la phrase liminaire de l'article 9 du projet, on supprimera le segment de phrase « en cas de procédure négociée ou de dialogue compétitif, » dans la disposition concernée.

7. Dans le texte néerlandais, dans la lecture en projet, de l'article 65/5, 5°/1, de la loi du 24 décembre 1993 (article 9 du projet), on écrira évidemment « van wie de oplossing al dan niet *is* gekozen na afloop van de dialoog ».

8. Les textes français et néerlandais, dans la lecture en projet, de l'article 65/7, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 (article 10 du projet), présentent une discordance. Alors qu'à la fin du paragraphe concerné le texte néerlandais mentionne « de deelnemers van wie de oplossing niet is gekozen », le texte français mentionne uniquement « [les] participants ». Il y a lieu de remédier à cette discordance.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. VAN NIEUWENHOVE, B. THYS,	conseillers d'État,
	J. VELAERS,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	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

A.-M. GOOSSENS M. VAN DAMME