

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.137/1/V
VAN 29 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 29 juli 2011 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 7 september 2011, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende plaatsing van overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied', heeft het volgende advies gegeven:

1. 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 de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

VOORAFGAANDE OPMERKING

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

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. De regeling die in het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit is vervat, betreft een bijzondere soort overheidsopdrachten, zijnde die bedoeld in de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied (hierna: “de wet van 13 augustus 2011”).¹

Met het ontwerp wordt vooreerst beoogd om de voornoemde wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten aan te vullen, door middel van een verdere omzetting in het interne recht 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 (hierna: “richtlijn 2009/81/EG”).

Het ontwerp strekt tevens tot uitvoering van de wet van 13 augustus 2011, met dien verstande dat de wet, luidens het verslag aan de Koning, “noch de bepalingen betreffende de

¹ Die wet is op de datum van dit advies nog niet bekendgemaakt, maar naar de gemachtigde heeft medegedeeld, wel bekrachtigd door de Koning. Voor de tekst aangenomen in plenaire vergadering, zie *Parl.St.* Kamer, 2010-11, nr. 53-1592/005.

bevoegdheidsdelegaties en sommige toezichtsmaatregelen voor de overheidsopdrachten op federaal niveau, noch de bepalingen inzake de rechtsbescherming” bevat.

Benevens een aantal algemene bepalingen (hoofdstuk 1) bevat het ontwerp regels in verband met de raming van het opdrachtbedrag (hoofdstuk 2), de bekendmaking (hoofdstuk 3), de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes (hoofdstuk 4), het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie (hoofdstuk 5), en het verloop van de onderscheiden gunningsprocedures bij aanbesteding en offerteaanvraag (hoofdstuk 6), bij een onderhandelingsprocedure (hoofdstuk 7), en bij een concurrentiedialoog (hoofdstuk 8). Daarnaast zijn er een aantal regels betreffende specifieke of aanvullende opdrachten en procedures (hoofdstuk 9), regels die van toepassing zijn op de opdrachten in onderaanneming (hoofdstuk 10), algemene uitvoeringsregels (hoofdstuk 11) en bepalingen inzake opdrachten geplaatst door aanbestedende entiteiten en door aanbestedende overheden en overheidsbedrijven, respectievelijk bedoeld in de artikelen 2, 3°, en 72 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (hoofdstuk 12). Verder zijn er nog een aantal slotbepalingen (hoofdstuk 13).

Er wordt met betrekking tot de overheidsopdrachten op het gebied van defensie en veiligheid derhalve een afzonderlijke uitvoeringsregeling uitgewerkt, die valt te onderscheiden van de algemene uitvoeringsregeling inzake de plaatsing van overheidsopdrachten, weze het in de zogenaamde “klassieke” dan wel in de “speciale” sectoren.² Dat neemt niet weg dat vrij veel bepalingen van de ontworpen regeling identiek zijn aan of vergelijkbaar met bepalingen van de algemene regeling, zeker bij vergelijking met het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (hierna: “het koninklijk besluit van 15 juli 2011”).³ Tevens worden in het ontwerp een aantal bepalingen overgenomen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, meer in het bijzonder voor zover het bepalingen betreft die reeds in acht moeten worden genomen vóór de fase van de uitvoering van een overheidsopdracht.

² Algemene regeling die, naar geldend recht, is terug te vinden in respectievelijk het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en in het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

³ Over de ontwerpen die tot dat koninklijk besluit hebben geleid, heeft de Raad van State op 2 december 2010 en 26 mei 2011 respectievelijk de adviezen 48.803/1 en 49.698/1 gegeven.

Bij het ontwerp horen voorts een aantal bijlagen die onder meer enkele modelformulieren voor opdrachtdocumenten bevatten. In dat opzicht verschilt het ontwerp van de algemene regeling. Het aantal formulieren en dus het aantal bijlagen is een stuk geringer, omdat er veelvuldig voor wordt geopteerd om op dat vlak te verwijzen naar de modellen opgenomen in verordening (EG) nr. 1564/2005 van de Commissie van 7 september 2005 tot vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten (hierna: “verordening (EG) nr. 1564/2005”)

¹.

4.1. Onder voorbehoud van hetgeen onder de volgende nummers zal worden opgemerkt in verband met de rechtsgrond van sommige bepalingen van het ontwerp, kan dat laatste worden geacht rechtsgrond te vinden in de artikelen van de wet van 13 augustus 2011 waarvan melding wordt gemaakt in het tweede lid van de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

4.2. Voor artikel 2, 4°, van het ontwerp, dat de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking omschrijft, wordt, in zoverre die procedure daardoor ook wordt gecreëerd als een uitsluitend voor overheidsopdrachten beneden de Europese drempels aan te wenden onderhandelingsprocedure met bekendmaking waarvoor elke belangstellende aannemer, leverancier of dienstverlener een offerte mag indienen, rechtsgrond geboden door artikel 3, 8°, *in fine*, van de wet van 13 augustus 2011.

4.3. Artikel 7, § 1, derde lid, van de wet van 13 augustus 2011 biedt rechtsgrond voor artikel 21 van het ontwerp. Die wetsbepaling houdt in dat de herziening van de prijzen moet tegemoetkomen aan de prijsevolutie van de hoofdcomponenten van de kostprijs, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels.

4.4. Voor zover het koninklijk besluit van 26 september 1996 een regeling bevat in verband met het toestaan van voorschotten, vindt artikel 148 van het ontwerp rechtsgrond in artikel 8, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011.

¹ Die verordening wordt evenwel “ingetrokken” (lees: opgeheven) bij uitvoeringsverordening (EU) nr. 842/2011 van de Commissie van 19 augustus 2011 tot vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1564/2005 (artikel 5), op de twintigste dag na die van de bekendmaking van de nieuwe verordening in het Publicatieblad van de Europese Unie (artikel 6). De steller van het ontwerp zal met dit gegeven dienen rekening te houden en waar nodig het ontwerp moeten aanpassen (zie bijv. artikel 37, § 1, derde lid, ervan).

4.5. Een aantal bepalingen van het ontwerp die strekken tot omzetting van richtlijn 2009/81/EG kunnen worden geacht rechtsgrond te vinden in de algemene delegatiebepalingen van artikel 46, § 1, eerste lid,² en § 2,³ van de wet van 13 augustus 2011.

Dat is het geval voor, enerzijds, de artikelen 1, 11, 12, § 3, 15, 22, 25 tot 28, 30 tot 32 (wat de Europese bekendmaking betreft), 33, eerste lid, 34 tot 39 en 149 tot 151, en anderzijds artikel 33, tweede lid, van het ontwerp.

4.6. Sommige bepalingen van het ontwerp geven niet als zodanig uitvoering aan een uitdrukkelijke delegatiebepaling van de wet van 13 augustus 2011, maar kunnen niettemin worden ingepast in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning zoals die voortvloeit uit artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van de wet van 13 augustus 2011.

Het betreft meer bepaald de artikelen 5, 12, §§ 1 en 2, 14, 16 tot 20, 23, 24, 29 en 152 van het ontwerp.

4.7. Artikel 123, tweede lid, van het ontwerp bepaalt voor de promotieopdracht van werken dat, wanneer de aanbestedende overheid een recht van opstal toekent, de promotor niet de rechten heeft welke zijn vermeld in de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal.

Die bepaling kan in verband worden gebracht met artikel 28, derde lid, van de wet van 13 augustus 2011, waarbij de Koning wordt gemachtigd om bij het vaststellen van de voorwaarden voor de promotieopdracht van werken, af te wijken van de twee voormelde artikelen van de genoemde wet van 10 januari 1824 “[v]oor zover dit noodzakelijk is voor de organisatie en het beheer van de promotieopdracht”.

Artikel 123, tweede lid, van het ontwerp voorziet zonder enige nadere bepaling in een afwijking van de betrokken artikelen van de laatstbedoelde wet.

² Artikel 46, § 1, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011 luidt: “De Koning kan de maatregelen nemen, met inbegrip van de opheffing, aanvulling, wijziging of vervanging van wetsbepalingen, die nodig zijn om te voorzien in de omzetting van de verplichte bepalingen die voortvloeien uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de internationale akten die genomen werden krachtens dit verdrag en die betrekking hebben op de in deze wet bedoelde overheidsopdrachten en de opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

³ Artikel 46, § 2, van de wet van 13 augustus 2011 bepaalt: “De Koning kan de Eerste Minister belasten met de aanpassing van bepaalde bedragen die in de uitvoeringsmaatregelen voorkomen in functie van de herzieningen voorzien in de Europese richtlijnen en die de waarde aangeven van de drempels waarvan sprake in deze richtlijnen”.

Voor zover de steller van het ontwerp van oordeel is dat er een algemene noodzaak tot afwijking van de betrokken opstalvoorschriften bestaat,⁴ verdient het aanbeveling die algemene noodzaak in het verslag aan de Koning te verduidelijken.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

5. Aan de ontworpen regeling ligt mede de bedoeling ten grondslag om de omzetting in het interne recht van richtlijn 2009/81/EG verder te zetten. Die omzetting gebeurt door middel van uiteenlopende normatieve teksten. Sommige bepalingen van de richtlijn zijn omgezet door de wet van 13 augustus 2011. Andere bepalingen van de richtlijn zullen door andere, afzonderlijke wetten en uitvoeringsbesluiten worden omgezet.⁵ Nog andere bepalingen van de richtlijn zullen worden omgezet door besluiten ter uitvoering van de wet van 13 augustus 2011. Het voorliggende ontwerp is een besluit in die laatste zin.

Doordat de steller van het ontwerp ervoor opteert om sommige bepalingen van de richtlijn om te zetten door middel van een aantal wetten en de overige richtlijnbevestigingen om te zetten door middel van uitvoeringsbesluiten, dient erop te worden toegezien dat de omzetting, over de verspreid liggende teksten heen, volledig is. De toegankelijkheid van de ontworpen regeling zou ermee zijn gebaat indien de verhouding met richtlijn 2009/81/EG niet enkel zou worden verduidelijkt in het verslag aan de Koning, doch indien dat verslag tevens zou worden vergezeld van een omzettingstabel waarin duidelijk wordt aangegeven welke artikelen van de wet van 13 augustus 2011 en van het voorliggende ontwerp strekken tot omzetting van welke bepalingen van de voornoemde richtlijn en, omgekeerd, welke richtlijnbevestigingen in het interne recht worden omgezet door welke normatieve bepalingen.

⁴ Bij de totstandkoming van artikel 28, derde lid, van de wet van 13 augustus 2011 lijkt daarvan te zijn uitgegaan; zie immers de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot die wet heeft geleid, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1592/1, 51: "Het is de bedoeling om in het besluit dat aan de beoogde wettelijke bepaling uitvoering zal geven, net zoals in de huidige reglementering, te bepalen dat de promotor niet de rechten geniet als bedoeld in de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 januari 1824 over het recht van opstal. Bijgevolg mag de promotor met name de gebouwen en andere werken niet afbreken, noch de aanplantingen vernielen of rooien, terwijl het recht van natrekking ervoor zorgt dat de gebouwen, werken en aanplantingen, bij het verstrijken van het recht van opstal, eigendom worden van de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf".

⁵ Zo zal de omzetting van artikel 37 en titel IV (artikelen 55 tot 64) van richtlijn 2009/81/EG, in het kader van een nieuwe omzetting van de richtlijnen betreffende de rechtsbescherming (zie boek IIbis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten), door middel van een afzonderlijke wet en een uitvoeringsbesluit gebeuren.

6.1. Uit wat voorafgaat volgt dat met het ontwerp niet een volledige omzetting van richtlijn 2009/81/EG in het interne recht is beoogd. Vraag is of de aldus geconcipieerde gedeeltelijke omzetting van de voornoemde richtlijn naar behoren gebeurt en of de omzetting, binnen haar beperkte contouren, niet onvolledig of onjuist is op bepaalde punten. Op basis van een vergelijking van de tekst van het ontwerp met de tekst van richtlijn 2009/81/EG en de door de gemachtigde aan de Raad van State meegedeelde omzettingstabel, is gebleken dat er diverse vragen rijzen en opmerkingen zijn te maken met betrekking tot de met het ontwerp beoogde omzetting van de voornoemde richtlijn. Die vragen en opmerkingen worden onder de hierna volgende randnummers weergegeven.

6.2. De gemachtigde heeft bevestigd dat het ontwerp, wat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking betreft, nog is aan te vullen met een bepaling, vergelijkbaar met artikel 109, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, die voorziet in de omzetting van artikel 26, lid 3, van richtlijn 2009/81/EG, en, in het verlengde daarvan, van artikel 38, lid 5, van dezelfde richtlijn, voor zover die laatste richtlijn bepaling betrekking heeft op het gebruik van de door eerstgenoemde richtlijn bepaling geboden mogelijkheid tot vermindering van het aantal inschrijvingen waarover moet worden onderhandeld.⁶

6.3. Artikel 29, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 2009/81/EG bepaalt dat de looptijd van een raamovereenkomst niet langer mag zijn dan zeven jaar, behalve in daarin nader omschreven uitzonderlijke omstandigheden. Luidens de daaropvolgende alinea verstrekken de aanbestedende diensten in deze uitzonderlijke omstandigheden een adequate rechtvaardiging voor deze omstandigheden in de in artikel 30, lid 3, bedoelde aankondiging, zijnde de aankondiging betreffende de resultaten van die procedure.

Gevraagd naar de precieze bepaling houdende omzetting van artikel 29, lid 2, vijfde alinea, van richtlijn 2009/81/EG, heeft de gemachtigde verwezen naar artikel 30, vierde lid, van de wet van 13 augustus 2011 en naar de modellen van aankondigingen die de Europese Commissie voorbereidt ter aanpassing van verordening (EG) nr. 1564/2005.

⁶ Voor zover artikel 38, lid 5, van de richtlijn het gebruik betreft van de door artikel 27, lid 4, van de richtlijn geboden mogelijkheid tot vermindering van het aantal bij de concurrentiedialoog te bespreken oplossingen, is het daarentegen wel reeds omgezet in artikel 115, § 3, van het ontwerp. In verband met de afwijking in artikel 60, § 2, eerste lid, van het ontwerp, van artikel 38, lid 3, eerste alinea, eerste streepje, van de richtlijn, wat de beperkte procedure betreft (bepaling van het minimumaantal geselecteerden op vijf in plaats van op drie), kan de verklaring van de gemachtigde worden aangenomen dat het om een toegelaten strengere oplossing gaat.

Die verklaring voldoet niet. Met de genoemde wetsbepaling wordt immers enkel artikel 29, lid 2, vierde alinea, van de richtlijn omgezet, terwijl de bedoelde aankondigingsmodellen slechts de vorm aannemen van bijlagen bij de betrokken verordening. Dergelijke bijlagen kunnen evenwel in beginsel geen rechten of verplichtingen bevatten die niet worden vermeld in het dispositief van de normatieve tekst waar ze bijhoren.

6.4. Onvolkomen is ook de omzetting, via artikel 37, § 2, van het ontwerp, van artikel 30, lid 1, eerste en tweede alinea, van richtlijn 2009/81/EG.

In die laatste richtlijnbeeping wordt de verplichting tot spoedige bekendmaking van de vooraankondiging nadat is beslist tot goedkeuring van het project van de voorgenomen opdracht, immers niet beperkt tot opdrachten voor werken, zoals in voornoemde bepaling van het ontwerp. Bovendien hebben de alinea's in kwestie ook betrekking op raamovereenkomsten.

6.5. Op de vraag welke bepalingen van het ontwerp de omzetting realiseren van artikel 32, leden 2 en 6, van richtlijn 2009/81/EG, of waarom van die omzetting kan worden afgezien (zoals voor artikel 32, lid 5, waaromtrent een toelichting wordt gegeven in het verslag aan de Koning), heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“Artikel 32, lid 2, eerste zin: in België wordt de redactie van aankondigingen online praktisch gezien nog [het] enige gebruikte middel: op jaarbasis krijgt het Bulletin der Aanbestedingen nog een paar (minder dan 10) aankondigingen via de post of via fax (op ongeveer 20.000). Begin 2012 wordt beslist maar de redactie online nog toe te laten (*sic*). Deze regel van de FOD P&O (verantwoordelijk voor het [Bulletin der Aanbestedingen]) zal dus ook gelden voor de overheidsopdrachten die zowel op [het] Belgisch als op het Europees niveau moeten bekendgemaakt worden.

Artikel 32, lid 2, tweede zin: zie artikel 48, § 1, tweede en derde lid.

Artikel 32, lid 6: zoals voor het KB van 15 juli 2011, herhaalt het verslag aan de Koning deze technische beperking volgens dewelke de inhoud van de aankondiging beperkt is tot ongeveer 650 woorden wanneer deze aankondiging niet met elektronische middelen wordt verzonden. Het gaat ook om een modaliteit die ook afhankelijk is van het Bureau voor Publicaties van de Europese Unie en waarover de lidstaten geen invloed kunnen hebben”.

Met dat antwoord kan worden ingestemd. In voorkomend geval dient wel de meegedeelde omzettingstabel te worden aangevuld.

6.6. Artikel 46 van richtlijn 2009/81/EG bestaat in grote mate uit bepalingen die in een andere dan de ontworpen regeling zijn om te zetten. Met het voorliggende ontwerp worden de leden 2, 3 en 4 van het genoemde artikel omgezet door de artikelen 72, tweede lid, 2°, en 84 van het ontwerp.

De redactie van artikel 84 is vanuit dat oogpunt echter voor verbetering vatbaar. Het bij het eerste lid van dat artikel ingestelde vermoeden van geschiktheid dient immers ook met de hypothese van een door een certificeringsinstelling afgegeven certificaat rekening te houden.⁷ Ook dient, zoals de gemachtigde heeft erkend, in de eerste zin van hetzelfde lid te worden verwezen naar onderdeel 8° (niet: 7°) van artikel 63, § 2, van het ontwerp.

6.7. Wat de omzetting betreft van artikel 48, lid 7, tweede alinea, van richtlijn 2009/81/EG, ontbreekt in het ontwerp de bepaling dat de uitnodiging om deel te nemen aan de elektronische veiling het tijdschema voor elke fase van de veiling dient te vermelden. Een precisering in die zin is logischerwijze aan te brengen in artikel 133 van het ontwerp, waarmee de overige bepalingen van artikel 48, lid 7, van de richtlijn worden omgezet.

6.8. Inzake de regels die van toepassing zijn op de opdrachten in onderaanneming, is de gemachtigde gevraagd welke bepalingen de omzetting verwezenlijken van de artikelen 21, lid 4, laatste alinea, en lid 6, en 50, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2009/81/EG.

Zijn antwoord luidt:

“-voor artikel 21, lid 4, laatste alinea: deze bepaling verwijst naar titel III van de richtlijn, omgezet door hoofdstuk 10 van het ontwerp KB. Volgens ons is het logisch dat het opgelegde percentage moet bij de gunning gerespecteerd worden. Indien toch nodig geacht kan een precisering bijgevoegd worden;

-voor artikel 21, lid 6: zie de artikelen 139 tot 144;

-voor artikel 50, lid 2, tweede alinea: zie artikel 37, § 2, 2°, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011. De aanpassing van de lijst wordt niet vermeld in de wet of in het ontwerp KB. Een precisering kan ook indien nodig geacht bijgevoegd worden”.

Het verdient inderdaad aanbeveling om de ontworpen regeling inzake opdrachten in onderaanneming op die drie punten aan te vullen, opdat zij nog nauwer bij die van de richtlijn zou aansluiten.

7. Op diverse plaatsen in het ontwerp wordt zonder duidelijke of aannemelijke reden afgeweken van de terminologie of de redactie van richtlijn 2009/81/EG. Bij de artikelsgewijze bespreking van het ontwerp worden wat dat betreft diverse voorbeelden gegeven. Uitgangspunt dient te zijn dat in beginsel zo nauw als mogelijk bij de richtlijn wordt aangesloten, tenzij een afwijking hiervan kan worden gebillijkt doordat een term of wijze van redigeren meer

⁷ Het gaat in dat verband immers om elementen die hun oorsprong vinden “in een andere lidstaat”, zodat het dienaangaande niet relevant is dat België geen certificeringsinstellingen in de zin van artikel 46 van de richtlijn kent.

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

8. In eerdere adviezen drukte de Raad van State, afdeling Wetgeving, de bekommernis uit om te komen tot een meer eenvormig en consequent gebruik van bepaalde basisbegrippen met het oog op een beter begrijpelijke en toegankelijke regelgeving inzake overheidsopdrachten.⁸ Zoals voor het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 augustus 2011, dient evenwel opnieuw te worden vastgesteld dat in het voorliggende ontwerp bepaalde van die basisbegrippen, zoals “gunning van de overheidsopdracht” (*attribution du marché public*) en “sluiting van de overheidsopdracht” (*conclusion du marché public*), die in die wet worden omschreven,⁹ in diverse bepalingen van het ontwerp niet consequent worden gebruikt in de zin van de aldus omschreven begrippen. Zo worden bijvoorbeeld bij herhaling de begrippen “gunningsprocedures”, “gunningsregels” en “gunningswijzen”, in de Nederlandse tekst, weergegeven door respectievelijk “procédures de passation”, “règles de passation” en “modes de passation”, in de Franse tekst.¹⁰

Zoals voor het voormelde voorontwerp van wet, valt op te merken dat het in diverse bepalingen van het ontwerp gebruikte begrip “plaatsing” van de opdracht (“*passation du marché*”), in de tekst van dat ontwerp nergens wordt omschreven, terwijl zo een omschrijving ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving nochtans aanbeveling verdient. Het betrokken begrip is immers vatbaar voor een verschillende uitlegging¹¹ en moet worden onderscheiden van de eerder vermelde begrippen “gunning” en “sluiting” van de overheidsopdracht. De vaststelling

⁸ Zie onder meer de opmerkingen die de Raad van State, afdeling Wetgeving, in dat verband formuleerde in het advies 38.703/1/V van 6 september 2005 over een voorontwerp van wet dat de wet van 15 juni 2006 is geworden, en in advies 48.803/1 van 2 december 2010 over een eerste versie van het ontwerp dat het koninklijk besluit van 15 juli 2011 is geworden.

⁹ Zie artikel 3, 13° en 14°, van die wet.

¹⁰ Aldus bijvoorbeeld in de artikelen 11, § 2, eerste lid, 13, tweede lid, 24, 41, § 2, eerste lid, 5°, 46, 61, 2° en 3°, 66, § 1, eerste lid, 67 en 152, eerste lid, *in limine*.

¹¹ In advies 49.698/1 van 26 mei 2011 over een tweede versie van het ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 15 juli 2011, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, erop gewezen dat de betekenis die aan het begrip “plaatsing” wordt gegeven in dat besluit verschilt van degene die eraan wordt gehecht in het ontwerp van wet “tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006”, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 5 mei 2011 advies 49.529/1 heeft verleend.

dat de term “gunning”, in de Nederlandse tekst, nu eens wordt weergegeven met “attribution”, dan weer met “passation”, in de Franse tekst, bevestigt de noodzaak van een adequate omschrijving en een meer coherent gebruik van de betrokken begrippen doorheen het ontwerp. Een bijkomend onderzoek van de tekst op dat punt is bijgevolg noodzakelijk.

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

9. Uit de bespreking van de rechtsgrond van het ontwerp volgt dat in het tweede lid van de aanhef nog bijkomend is te verwijzen naar andere bepalingen van de wet van 13 augustus 2011.

10. Het advies van de Commissie voor de Overheidsopdrachten, waarvan melding wordt gemaakt in het derde lid van de aanhef, dateert van 20 juli 2011 (niet: 30 mei 2011).

Artikel 6

11. Uit de vermelding in het verslag aan de Koning van “de ontvangst van het bericht door de bestemming en de datum en het tijdstip van ontvangst” als deel van de elementen waarvan een aangetekende zending het bewijs moet leveren, blijkt dat eigenlijk een aangetekende zending “met ontvangstmelding” wordt bedoeld. Als dat overeenstemt met de bedoeling van de steller van het ontwerp, dient artikel 6, § 3, van het ontwerp in die zin te worden aangevuld.

Artikel 7

12. Artikel 7, § 1, eerste lid, van het ontwerp komt neer op een loutere herhaling van artikel 40, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011.

Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Een dergelijke werkwijze is immers niet alleen overbodig op het normatieve vlak aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar kan bovendien tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en inzonderheid tot gevolg hebben dat uit het oog wordt verloren dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen.

Het betrokken lid moet dan ook in beginsel worden weggelaten. Zo het voor de toegankelijkheid van de regelgeving toch nuttig wordt geacht om het wettelijk voorschrift te herhalen, dient een verwijzing te worden opgenomen naar de betrokken wetsbepaling (“Overeenkomstig...”).

13. Rekening houdend met de opvolging van de Europese Gemeenschap door de Europese Unie, vermeldde men in artikel 7, § 1, tweede lid, van het ontwerp het “recht van de Europese Unie” in plaats van het “Gemeenschapsrecht”.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 83 van het ontwerp. Ook de aanwending van het adjectief “communautaire” in die laatste bepaling en ook al in artikel 10, derde lid, van het ontwerp is om dezelfde reden niet langer adequaat.

Artikel 9

14. Met betrekking tot artikel 9, eerste lid, van het ontwerp, dat de inhoud van artikel 38, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011 herneemt, geldt dezelfde opmerking als die welke hiervoor bij artikel 7, § 1, eerste lid, van het ontwerp is gemaakt.

Artikel 11

15. Luidens artikel 11, § 2, eerste lid, van het ontwerp zijn vrije varianten niet toegestaan bij aanbesteding. In artikel 11, § 3, wordt bepaald dat de aanbestedende overheid een vrije variatie niet mag weren om de enkele reden dat een opdracht voor diensten daardoor een opdracht voor leveringen zou worden of omgekeerd. Uit het verslag aan de Koning valt evenwel af te leiden dat de aanbestedende overheid over diverse mogelijkheden beschikt om de voornoemde variatie aan beperkingen te onderwerpen of zelfs uit te sluiten en om naar aanleiding hiervan in een absolute nietigheid te voorzien. Van die in het verslag aan de Koning beoogde mogelijkheden zou op een meer expliciete wijze gewag moeten worden gemaakt in het dispositief.

Artikel 17

16. Wat de belasting over de toegevoegde waarde betreft, dient de aanbestedende overheid verplicht te opteren voor één van de procedés, vermeld onder a) of b) van artikel 17, tweede lid, van het ontwerp. Teneinde daarover geen twijfel te laten bestaan, wordt in de inleidende zin van de voornoemde bepaling het woord “kan” dan ook beter vervangen door het woord “zal”, of, zoals in de tegenhanger van die bepaling binnen het koninklijk besluit van 15 juli 2011 (artikel 16, tweede lid), door een rechtstreekse vermelding van de betrokken handeling zelf.

Artikel 22

17. In artikel 22, § 3, tweede lid, van het ontwerp wordt melding gemaakt van “een prijs”. Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vermeldt “eenheidsprijzen of totale prijzen”. Vraag is of niet zou moeten worden verduidelijkt dat het begrip “prijs” in artikel 22, § 3, tweede lid, van het ontwerp zowel eenheids- als totale prijzen omvat. Dergelijke verduidelijking zou in het verslag aan de Koning kunnen worden opgenomen.

Artikel 25

18. De redactie van de inleidende zin van artikel 25, eerste lid, van het ontwerp, wijkt af van die van artikel 9, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2009/81/EG. Zo wordt onder meer in de voornoemde bepaling van het ontwerp niet geëxpliciteerd dat het om een bedrag gaat “exclusief BTW”, zoals wel gebeurt in artikel 9, lid 1, van de richtlijn. De tekst van de inleidende zin van artikel 25, eerste lid, van het ontwerp dient beter op de tekst van artikel 9, lid 1, eerste alinea, van de voornoemde richtlijn te worden afgestemd.

Artikel 28

19. In tegenstelling tot wat het geval is in artikel 9, lid 8, van richtlijn 2009/81/EG, waarin melding wordt gemaakt van “andere vormen van beloning” wordt in artikel 28, § 1, tweede lid, van het ontwerp, telkens melding gemaakt van “andere vormen van vergoeding” (in de Franse tekst: “autres modes de rémunération”). De steller van het ontwerp geeft er kennelijk de voorkeur aan om in een van de betrokken richtlijn afwijkende terminologie te voorzien. Het ware nuttig in het verslag aan de Koning ook op dat punt enige toelichting te verstrekken.

Artikel 37

20. In artikel 37, § 2, van het ontwerp ontbreekt in de Nederlandse tekst het woord “bekendgemaakt” na de woorden “zo spoedig mogelijk”.

Artikel 42

21. Het opstellen van een lijst van geselecteerden en het instellen van een kwalificatiesysteem (artikel 42, §§ 2 en 3, van het ontwerp) staan volgens het verslag aan de Koning niet de gunning van een afzonderlijke opdracht via de bekendmaking van een aankondiging van opdracht in de weg. Ter wille van de duidelijkheid zou zulks best in de tekst van artikel 42 van het ontwerp worden vermeld.

Artikel 45

22. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, is er een discrepantie tussen het ontwerp en het koninklijk besluit van 15 juli 2011, meer bepaald tussen artikel 45 van het ontwerp en de tegenhanger ervan in het koninklijk besluit van 15 juli 2011 (artikel 44), op het vlak van de gelding van de verkorte termijn van vier dagen voor mededeling van aanvullende inlichtingen door de aanbestedende overheid.¹⁵ De steller van het ontwerp dient na te gaan of het ontwerp in het licht daarvan geen aanpassing behoeft.

Artikel 52

23. In artikel 52, tweede lid, 4°, van het ontwerp verdient het aanbeveling de daarin bedoelde documenten nader te preciseren, rekening houdend met hetgeen is bepaald in artikel 34, lid 5, d), van richtlijn 2009/81/EG en de omzetting van de artikelen waarnaar in die richtlijn bepaling wordt verwezen.

¹⁵ In artikel 45 van het ontwerp wordt niet verwezen naar artikel 50, derde lid, ervan, terwijl in artikel 44 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 wel wordt verwezen naar het gelijklopende artikel 48, derde lid, van dat besluit; omgekeerd ontbreekt in genoemd artikel 44 dan weer een verwijzing naar artikel 49, § 2, van het besluit, terwijl in artikel 45 van het ontwerp wel melding wordt gemaakt van het identieke artikel 51, § 2.

Artikel 54

24. Aangezien in artikel 54, § 1, eerste lid, 4°, van het ontwerp het gegeven centraal staat dat niemand vóór de uiterste datum toegang kan hebben tot de aanvragen tot deelneming of offertes, dient de redactie van de Franse tekst, naar het voorbeeld van de Nederlandse tekst, te worden aangepast. Meer in het bijzonder dient de zinsnede “avant la date et l’heure limites fixées” op een andere plaats in de betrokken bepaling te worden ingevoegd.

Artikel 57

25. Artikel 57 van het ontwerp bepaalt dat in de opdrachtdocumenten het gezamenlijk indienen van één enkele offerte door verscheidene geselecteerden kan worden beperkt of verboden. Volgens het verslag aan de Koning strekt deze bepaling ertoe “een voldoende mededinging te garanderen, met name wanneer het aantal geselecteerden beperkt is en bijgevolg het risico bestaat dat laatstgenoemden een offerte zouden indienen binnen één enkele combinatie”. Het verdient aanbeveling om in artikel 57, derde lid, van het ontwerp te expliciteren dat de erin bedoelde beperking of het erin beoogde verbod enkel mogelijk is omwille van het waarborgen van de mededinging.

Artikel 61

26. In artikel 61, 2°, van het ontwerp heeft het begrip “situatie” een dermate algemene connotatie dat ermee ook zou kunnen worden bedoeld op bijvoorbeeld aangelegenheden betreffende de privésfeer van een kandidaat of inschrijver. Het betrokken begrip dient derhalve nader te worden omschreven of te worden vervangen door een ander, meer afgebakend begrip.

27. In zoverre artikel 61, 3°, van het ontwerp betrekking heeft op documenten en inlichtingen die reeds met toepassing van de wet van 16 januari 2003¹⁶ onder de verplichte eenmalige gegevensverzameling vallen, is die bepaling op een te algemene wijze geredigeerd omdat ermee de indruk wordt gewekt dat wordt afgeweken van de voornoemde wettelijke regeling, terwijl dat niet kan. Er kan worden overwogen om in artikel 61, 3°, van het ontwerp, te expliciteren dat documenten en inlichtingen worden bedoeld die niet met toepassing van de wet van 16 januari 2003 kunnen worden verkregen.

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

Artikel 63

28. In acht genomen dat in artikel 63, § 1, van het ontwerp wordt gerefereerd aan wat reeds in artikel 20 van de wet van 13 augustus 2011 wordt bepaald, is het aangewezen in het eerste lid, 4°, van die paragraaf mede melding te maken van de hypothesen van uitlokking van, medeplichtigheid aan of poging tot het plegen van een terroristisch misdrijf of strafbaar feit in verband met terroristische activiteiten.

Artikel 71

29. Aan het einde van artikel 71, 8°, van het ontwerp stemmen de Nederlandse en de Franse tekst niet overeen. In de Nederlandse tekst wordt immers geschreven “om de kwaliteit te waarborgen”, terwijl in de Franse tekst wordt vermeld “pour contrôler la qualité”. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 73, 7°, en 74, 8°, van het ontwerp.

Artikel 73

30. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 73, 4°, van het ontwerp:

“aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting van de door de leverancier getroffen maatregelen om de kwaliteit te waarborgen en van de door zijn onderneming geboden mogelijkheden op het vlak van studie en onderzoek alsook de interne regels inzake intellectuele eigendom;”.

31. Met het oog op een grotere overeenstemming met artikel 42, lid 1, eerste alinea, d), van richtlijn 2009/81/EG dienen in artikel 73, 7°, van het ontwerp de woorden “op de technische capaciteit” te worden vervangen door de woorden “op de productiecapaciteit of op de technische bekwaamheid”.

Artikel 77

32. Gevraagd naar een verklaring voor de discrepantie tussen artikel 77 van het ontwerp en de tegenhanger ervan in het koninklijk besluit van 15 juli 2011 (artikel 73), meer bepaald wat de artikelen betreft waarnaar wordt verwezen, heeft de gemachtigde verklaard dat de verwijzing in artikel 77 *mutatis mutandis* dient te worden afgestemd op die van voornoemd artikel 73. Daarmee kan worden ingestemd.

Artikel 88

33. Indien met de term “connaissances”, in de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 88, § 2, eerste lid, van het ontwerp, wordt bedoeld op de beroepsmatige kennis (zie de Nederlandse tekst), schrijve men beter “connaissances professionnelles”.

Artikel 95

34. Luidens artikel 95, § 2, tweede lid, van het ontwerp worden offertes die laattijdig bij de voorzitter toekomen, geweigerd of ongeopend behouden (lees: bewaard), welke ook de oorzaak van de laattijdigheid is. Die bepaling mag uiteraard geen afbreuk doen aan het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Dat kan nochtans het geval zijn wanneer een onregelmatigheid wordt veroorzaakt door de aanbestedende overheid zelf en daardoor nadeel wordt berokkend aan één of meer specifieke inschrijvers en niet aan andere inschrijvers. Indien het daarenboven de bedoeling is om de inschrijvers ook de mogelijkheid te ontnemen om overmacht in te roepen, lijkt voor een dergelijke bevoegdheid geen rechtsgrond voorhanden in de wet van 13 augustus 2011.

Artikel 100

35. Mede gelet op de inhoud van artikel 95, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 mag worden aangenomen dat de opsomming van artikelen in artikel 100, tweede lid, van het ontwerp dient aan te vangen met artikel 6 (niet: 5), § 1.

36. Gevraagd naar de redenen voor de verschillen tussen de verwijzingen in artikel 100, derde lid, 1°, van het ontwerp, enerzijds, en in artikel 95, vierde lid, 1°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, anderzijds, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Algemene opmerking: het is misschien nuttig dezelfde schikking te volgen als voor artikel 95 van het KB van 15 juli 2011: een vierde lid zou dan beginnen met de woorden “Bovendien kan de aanbestedende overheid...”;

Afdeling 11 van hoofdstuk 1 moet ook vermeld worden”.

Met die voorstellen tot aanpassing van de tekst kan worden ingestemd. Mogelijk komt ook hoofdstuk 10 van het ontwerp (“Regels die van toepassing zijn op de opdrachten in onderaanneming”) in aanmerking voor opname in de betrokken opsomming, daar in artikel 95, vierde lid, 1°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, immers ook hoofdstuk 1, afdeling 8 (“Onderaanneming”), in de opsomming is begrepen.

Artikel 101

37. In de Franse tekst van artikel 101, § 4, van het ontwerp, wordt de zinsnede “zonder daarbij de inhoud te wijzigen”, die in de Nederlandse tekst voorkomt, niet op adequate wijze weergegeven met de woorden “sans la modifier”. Het verdient aanbeveling om ook in de Franse tekst er uitdrukkelijk melding van te maken dat de beoogde wijziging niet inhoudelijk van aard mag zijn.

Artikel 102

38. In artikel 102, § 2, tweede lid, van het ontwerp dient de verwijzing naar “artikel 88, § 2, tweede streepje” te worden gecorrigeerd, aangezien een dergelijke bepaling als zodanig niet voorkomt in het ontwerp.

Artikel 103

39. De Nederlandse en de Franse tekst van artikel 103, § 2, van het ontwerp moeten met elkaar in overeenstemming worden gebracht (“verbeterd” - “modifié”). Wellicht is de Franse tekst correct.

Artikel 105

40. In artikel 105, § 3, eerste lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel “52, tweede lid, 3°” in plaats van naar artikel “52, 3°”.

Die opmerking geldt ook voor de artikelen 106, § 3, eerste lid, 108, vierde lid, 2°, en 109, vierde lid, 2°, van het ontwerp.

41. In de Nederlandse tekst van artikel 105, § 3, eerste lid, wordt bovendien verkeerdelijk verwezen naar artikel 56, § 2, in plaats van naar artikel 53, § 2, van het ontwerp, wat dan ook moet worden gecorrigeerd.

Artikel 108

42. In artikel 108, eerste lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 31 in plaats van naar artikel 30 van de wet van 13 augustus 2011.

Ook in artikel 109, eerste lid, van het ontwerp wordt verkeerdelijk verwezen naar artikel 30 in plaats van naar artikel 31 van de wet van 13 augustus 2011.

Artikel 110

43. In artikel 110, § 1, 4°, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 114 (niet: 115), tweede lid, van het ontwerp.

De gemachtigde heeft bovendien bevestigd dat in artikel 110, § 2, eerste lid, niet naar artikel 29 dient te worden verwezen.

Artikel 111

44. Een inhoudelijke vergelijking met de bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 met dezelfde finaliteit¹⁷, wijst erop dat de verwijzingen in artikel 111, § 1, van het ontwerp niet juist zijn en op de hierna volgende wijze dienen te worden aangepast:

¹⁷ Zie de artikelen 106, § 1, eerste lid, 1°, en 106, § 1, tweede lid, j° artikel 61, § 2, 5°, van dat besluit.

- in het eerste lid, 1°: verwijzing naar artikel 6 in plaats van naar artikel 5;
- in het tweede lid: verwijzing naar artikel 63, § 2, 6° in plaats van 5°.

45. Uit die vergelijking blijkt ook een discrepantie tussen artikel 111, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp en artikel 106, § 1, eerste lid, 1°, van voormeld koninklijk besluit: de eerstgenoemde bepaling bevat geen equivalent voor de verwijzing in de laatstgenoemde bepaling naar artikel 54.

Indien die beperktere draagwijdte van artikel 111, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp strookt met de bedoeling van de steller ervan, verdient het aanbeveling dat in het verslag aan de Koning nader toe te lichten.

Artikel 117

46. De mededeling van de motivering van de aanbestedende overheid ten opzichte van deelnemers aan de concurrentiedialoog waarvan de oplossingen niet worden gekozen is verplicht op grond van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Derhalve is het hernemen van zulk een motiveringsplicht in artikel 117, § 2, van het ontwerp, tegelijk overbodig en misleidend. Het hernemen van dergelijke verplichting in het ontwerp is overbodig omdat die verplichting reeds voortvloeit uit de voornoemde wet. Het is bovendien misleidend omdat erdoor de verkeerde indruk wordt gewekt dat de formele motiveringsplicht slechts geldt in de mate deze in het ontwerp wordt voorgeschreven. Het verdient in zulk een geval dan ook de voorkeur dat in het verslag aan de Koning zou worden geëxpliciteerd dat de betrokken motieven hoe dan ook moeten worden meegedeeld met toepassing van de wet van 29 juli 1991, zonder daarvan ook in de tekst van het ontwerp melding te maken.

Onverminderd hetgeen hiervóór is gesteld, moet bovendien worden vastgesteld dat in de Nederlandse en de Franse tekst van de laatste zin van artikel 117, § 2, van het ontwerp, op het eerste gezicht op een uiteenlopende wijze invulling wordt gegeven aan de betrokken motivering (“licht de deelnemers op gemotiveerde wijze in over hun niet gekozen oplossingen”, dus motivering gericht op wat niet is gekozen, tegenover “communiquer les motifs de son choix aux participants dont la solution n’a pas été retenue”, dus motivering gericht op wat wel is gekozen). Het komt de Raad van State, afdeling Wetgeving, voor dat die discrepantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst veeleer is op te vatten als een probleem van vertaling, waarbij de Franse tekst wellicht de juiste is.

Hoe dan ook houdt de betrokken motiveringsregeling essentieel verband met de regeling van informatieverstrekking en rechtsbescherming, waarvoor het klaarblijkelijk de bedoeling is om een onderscheiden regelgevend initiatief te nemen. Dat maakt dat de voornoemde regeling alleen al daarom beter niet wordt opgenomen in de thans in ontwerpvorm voorliggende tekst.¹⁸

Artikel 118

47. In artikel 118, § 1, tweede lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 117 (niet: 119), § 1, derde lid, laatste zin, van het ontwerp.

48. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, beoogt artikel 118, § 2, van het ontwerp de omzetting van artikel 27, lid 7, van richtlijn 2009/81/EG.

Artikel 118, § 2, draagt echter het risico in zich ruimer te worden opgevat dan de betrokken richtlijnbeepaling, voor zover erin wordt gesteld dat de aanbestedende overheid “de deelnemers [kan] verzoeken de eindoffertes toe te lichten, te verduidelijken of aan te vullen” en dat die “toelichtende, verduidelijkende of aanvullende gegevens” slechts “de essentiële elementen van de offerte of het beschrijvend document” niet mogen wijzigen wanneer dat de mededinging kan verstoren of een discriminerend effect kan hebben. Artikel 27, lid 7, tweede alinea, van de richtlijn bepaalt evenwel dat enkel “de inschrijver die de economisch voordeligst bevonden inschrijving heeft ingediend, verzocht [kan] worden aspecten van zijn inschrijving te verduidelijken of in de inschrijving vervatte verbintenissen te bevestigen,¹⁹ op voorwaarde dat dit de inhoudelijke²⁰ aspecten van de inschrijving of van de uitnodiging tot inschrijving ongewijzigd laat en niet dreigt te leiden tot concurrentievervalsing of discriminatie”.

De redactie van artikel 118, § 2, van het ontwerp zou nauwer moeten aansluiten bij die van de ermee om te zetten richtlijnbeepaling.

¹⁸ Zie in dat verband ook het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 15 juli 2011, de bespreking van artikel 113, § 2, inzonderheid over het gevolg dat op het betrokken punt is gegeven aan de opmerking daarover in het advies van de Raad van State.

¹⁹ Er wordt dus geen gewag gemaakt van het “aanvullen” van gegevens.

²⁰ Dus niet “essentiële” aspecten.

Artikel 137

49. Artikel 137 van het ontwerp stemt niet altijd geheel overeen met artikel 29, lid 4, van richtlijn 2009/81/EG waarvan het de omzetting beoogt.

In vergelijking met artikel 29, lid 4, eerste alinea, is in artikel 137, eerste lid, sprake van “geschikte offertes”, terwijl in artikel 137, tweede lid, 2°, a), de zinsnede “die in staat zijn de opdracht uit te voeren”, uit artikel 29, lid 4, tweede alinea, tweede streepje, a), niet voorkomt.

Artikel 137 zou in dat opzicht nog kunnen worden aangevuld.

Artikel 140

50. In artikel 140 van het ontwerp dient:

- in het eerste lid niet te worden verwezen naar artikel 37, tweede lid, 2°, maar naar artikel 37, § 2, eerste lid, 2°, van de wet;
- in het tweede lid gewag te worden gemaakt van “dit artikel” en niet van “deze paragraaf”;
- in de Nederlandse tekst van het derde lid een redactionele fout te worden weggewerkt.

Artikel 142

51. In artikel 142, derde lid, dient niet te worden verwezen naar de “eerste zin” van artikel 30, § 2, eerste lid, van het ontwerp. De bedoelde bepaling bestaat immers slechts uit één zin.

Artikel 144

52. In de Nederlandse tekst van artikel 144, eerste lid, van het ontwerp schrijve men aan het einde van de eerste zin: “die hij voor de kwalitatieve selectie van onderaannemers zal toepassen”.

In het tweede lid van hetzelfde artikel wordt het woord “inmededingingstelling” beter vervangen door het begrip “oproep tot mededinging” of eenvoudigweg door het begrip “plaatsing”.

Artikel 145

53. In artikel 145, tweede lid, dient te worden gepreciseerd dat het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt bedoeld.

Artikel 148

54. In artikel 148 van het ontwerp 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 verklaard op de overheidsopdrachten onderworpen aan de voorliggende regeling.

Die regeling bevat evenwel reeds bepalingen - al dan niet gewijzigd - die uit het besluit van 26 september 1996 zijn overgenomen. Teneinde bijgevolg te vermijden dat - in voorkomend geval conflicterende - bepalingen van toepassing zijn op de in het ontwerp bedoelde overheidsopdrachten, dient de algemene verwijzing naar het koninklijk besluit van 26 september 1996 te worden vervangen door een opsomming van de bepalingen van dat besluit die op de overheidsopdrachten onderworpen aan de voorliggende regeling hetzij wel (positieve lijst), hetzij niet (negatieve lijst) van toepassing zijn.²¹

Artikel 149

55. In de Nederlandse tekst van artikel 149, eerste lid, van het ontwerp dient het woord “zijn” te worden vervangen door het woord “waarborgen”, dat verderop in dat lid moet worden weggelaten.

56. In artikel 149, tweede lid, dient bij de verwijzing naar onderdelen van artikel 2 geen melding te worden gemaakt van paragrafen, aangezien dat artikel niet als zodanig is onderverdeeld.

57. De gemachtigde heeft bevestigd dat in de opsomming in artikel 149, tweede lid, ook een verwijzing naar artikel 3 dient te worden opgenomen.

²¹ Vergelijk bijvoorbeeld artikel 126, 4°, van het ontwerp met artikel 15, § 1, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 26 september 1996.

58. Gevraagd naar de criteria om bepalingen van het ontwerp al dan niet in bedoelde opsomming op te nemen, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Wat betreft de methode: voor de overheidsopdrachten zijn de regels gevormd door zowel bepalingen uit de richtlijn als door “Belgische” regels (bvb onder de Europese drempel). Voor de opdrachten van aanbestedende entiteiten onder hoofdstuk 12 blijft men zoveel mogelijk bij de bepalingen van de richtlijn in kwestie. Daarom moet men bij elke bepaling verifiëren of de bron ervan in de richtlijn te vinden is”.

Vraag is of de toepassing van dit criterium volstaat om het al dan niet opnemen van bepalingen van het ontwerp in de opsomming op afdoende wijze te verklaren. Aangezien ook bepaalde aanbestedende overheden en overheidsbedrijven onder het toepassingsgebied van artikel 149 van het ontwerp vallen, dient bijvoorbeeld te worden nagegaan of niet ook de artikelen 23 en 24 van het ontwerp (over belangvermenging en afspraken) in die opsomming moeten worden vermeld.

De opsomming in artikel 149, tweede lid, van het ontwerp wordt dan ook best aan een bijkomend onderzoek onderworpen.

Artikel 150

59. Met betrekking tot artikel 150 van het ontwerp heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Het gaat om een “noodoplossing”. Artikel 43 van de wet van 13 augustus verwijst inderdaad naar o.a. artikel 25, 1°, c [lees: d], eerste lid, van de wet. Men moest ook refereren naar het derde lid ervan en dit werd pas na de stemming van de wet ontdekt. De bepaling werd dus hier bijgevoegd als artikel 150 dat van toepassing is voor opdrachten vanaf de Europese drempel”.

Artikel 43 van de wet van 13 augustus 2011 bevat een limitatieve opsomming van bepalingen van die wet die van toepassing zijn op overheidsopdrachten geplaatst door de in dat artikel genoemde entiteiten, overheden en bedrijven. Bepalingen die niet in die opsomming voorkomen, zijn derhalve van die toepassing uitgesloten. Een uitbreiding van de opsomming dient dan ook te worden verwezenlijkt door een aanpassing van het betrokken wetsartikel zelf. Artikel 150 dient bijgevolg uit het ontwerp te worden weggelaten.

Artikel 153

60. Artikel 153 van het ontwerp laat de inwerkingtreding van het ontworpen besluit samenvallen met die van de wet van 13 augustus 2011.

Die wet heeft evenwel in beginsel geen eenvormige datum van inwerkingtreding, aangezien artikel 50, eerste lid, ervan de Koning machtigt om voor iedere bepaling van de titels 1, 2, 3 en 4 van die wet de datum van inwerkingtreding vast te stellen, en artikel 50, tweede lid, ervan, benevens dat artikel zelf, artikel 46 van de wet laat in werking treden op de dag van de bekendmaking. Tenzij de Koning alsnog met toepassing van voornoemde wetsbepaling alle bepalingen van die wet op dezelfde datum in werking laat treden, dient voor het ontworpen besluit in een andere regeling van inwerkingtreding te worden voorzien, bijvoorbeeld door te verwijzen naar de inwerkingtreding van een of meer specifieke wetsbepalingen.

De datum van inwerkingtreding van het voorliggende besluit mag in elk geval niet voorafgaan aan de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 13 augustus 2011 die de ontworpen regeling tot rechtsgrond strekken.

Slotopmerking

61. Rekening houdende met de opmerkingen die hiervóór zijn gemaakt, zal ook het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning op tal van punten dienen te worden aangepast. Binnen het bestek van het door de Raad van State gevoerde onderzoek kon hierop evenwel niet nader worden ingegaan.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	E. BREWAEYS,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

P. LEMMENS

ROYAUME BELGIQUE

Avis 50.137/1/V
DU 29 AOUT 2011

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Premier Ministre, le 29 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 7 septembre 2011, sur un projet d'arrêté royal « relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité », a donné l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, 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.

*
* * *

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

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

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Les dispositions prévues dans le projet d'arrêté royal soumis pour avis concernent un type particulier de marchés publics, à savoir les marchés visés dans la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité (ci-après : « la loi du 13 août 2011 »)¹.

Le projet vise tout d'abord à compléter la législation existante précitée relative aux marchés publics en poursuivant la transposition en droit interne de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (ci-après : « directive 2009/81/CE »).

Le projet a en outre pour objet de pourvoir à l'exécution de la loi du 13 août 2011, étant entendu que, selon le rapport au Roi, elle ne contient « ni les dispositions relatives aux

¹ Au moment où le présent avis est donné, cette loi n'a pas encore été publiée, mais selon le délégué, elle a en revanche été sanctionnée par le Roi. Pour le texte adopté en séance plénière, voir *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1592/005.

délégations de pouvoirs et à certaines mesures de contrôle des marchés publics du niveau fédéral, ni les dispositions en matière de protection juridique ».

Outre un certain nombre de dispositions générales (chapitre 1^{er}), le projet contient des règles concernant l'estimation du montant du marché (chapitre 2), la publicité (chapitre 3), le dépôt des demandes de participation et des offres (chapitre 4), le droit d'accès et la sélection qualitative (chapitre 5) ainsi que le déroulement des différentes procédures d'attribution en adjudication et en appel d'offres (chapitre 6), en procédure négociée (chapitre 7) et en dialogue compétitif (chapitre 8). Il prévoit en outre un certain nombre de règles concernant les marchés et procédures spécifiques ou complémentaires (chapitre 9), des règles applicables aux contrats de sous-traitance (chapitre 10), des règles générales d'exécution (chapitre 11) et des dispositions concernant les marchés passés par des entités adjudicatrices et par des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques au sens, respectivement, des articles 2, 3^o, et 72 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (chapitre 12). Viennent ensuite un certain nombre de dispositions finales (chapitre 13).

Pour les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, il élabore par conséquent un régime d'exécution particulier qui se distingue des règles générales d'exécution relatives à la passation des marchés publics, que ce soit dans les secteurs « classiques » ou « spéciaux »². Il n'empêche qu'un nombre relativement important de dispositions du régime en projet sont identiques ou comparables aux règles générales, certainement par comparaison à l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après : « l'arrêté royal du 15 juillet 2011 »)³. Par ailleurs, le projet emprunte un certain nombre de dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, notamment dans la mesure où il s'agit de dispositions qui doivent déjà être prises en compte dans la phase précédant l'exécution d'un marché public.

Le projet est en outre accompagné d'un certain nombre d'annexes contenant entre autres quelques formulaires types de documents de marché. De ce point de vue, le projet diffère des règles générales. Le nombre de formulaires, et donc d'annexes, est nettement moindre, l'option étant clairement de faire référence sur ce point aux modèles prévus par le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la

² Règles générales qui, selon la législation en vigueur, sont inscrites respectivement dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics ainsi que dans l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

³ Le Conseil d'État a respectivement donné, le 2 décembre 2010 et le 26 mai 2011, les avis 48.803/1 et 49.698/1 sur les projets qui sont devenus cet arrêté royal.

publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics (ci-après : « règlement (CE) n° 1564/2005 ») ⁴.

4.1. Sous réserve des observations qui seront formulées ci-après concernant le fondement juridique de certaines dispositions du projet, on peut considérer que celui-ci trouve son fondement juridique dans les articles de la loi du 13 août 2011 mentionnée au deuxième alinéa du préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis à la section de législation du Conseil d'État.

4.2. Dans la mesure où il crée également une procédure négociée avec publicité exclusivement applicable aux marchés publics qui n'atteignent pas les seuils européens, dans laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut remettre une offre, l'article 2, 4°, du projet, qui définit la procédure négociée directe avec publicité, trouve un fondement juridique dans l'article 3, 8°, *in fine*, de la loi du 13 août 2011.

4.3. L'article 7, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 13 août 2011 procure un fondement juridique à l'article 21 du projet. Cette disposition législative implique que la révision des prix doit refléter l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient, conformément aux modalités fixées par le Roi.

4.4. Dans la mesure où l'arrêté royal du 26 septembre 1996 règle l'octroi d'avances, l'article 148 du projet trouve un fondement juridique dans l'article 8, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011.

⁴ Ce règlement a toutefois été abrogé par le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n° 1564/2005 (article 5) le vingtième jour suivant celui de la publication du nouveau règlement au Journal officiel de l'Union européenne (article 6). L'auteur du projet devra en tenir compte et adapter le texte en conséquence (voir par exemple l'article 37, § 1^{er}, alinéa 3, du projet).

4.5. On peut considérer qu'un certain nombre de dispositions du projet ayant pour objet de transposer la directive 2009/81/CE trouvent un fondement juridique dans les délégations générales prévues à l'article 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er},⁵ et § 2,⁶ de la loi du 13 août 2011.

C'est le cas pour, d'une part, les articles 1^{er}, 11, 12, § 3, 15, 22, 25 à 28, 30 à 32 (en ce qui concerne la publicité européenne), 33, alinéa 1^{er}, 34 à 39 et 149 à 151, et, d'autre part, l'article 33, alinéa 2, du projet.

4.6. Certaines dispositions du projet ne pourvoient pas en tant que telles à l'exécution d'une délégation expresse de la loi du 13 août 2011, mais peuvent néanmoins relever du pouvoir d'exécution général du Roi, tel qu'il découle de l'article 108 de la Constitution, combiné avec certaines dispositions de la loi du 13 août 2011.

Il s'agit notamment des articles 5, 12, §§ 1^{er} et 2, 14, 16 à 20, 23, 24, 29 et 152 du projet.

4.7. L'article 123, alinéa 2, du projet dispose, en ce qui concerne le marché de promotion de travaux, que lorsque le pouvoir adjudicateur cède un droit de superficie, le promoteur ne bénéficie pas des droits prévus aux articles 5 et 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

Cette disposition peut être mise en relation avec l'article 28, alinéa 3, de la loi du 13 août 2011 qui autorise le Roi à déroger aux deux articles susvisés de la loi précitée du 10 janvier 1824 lorsqu'il fixe les conditions du marché de promotion de travaux « (p)our autant que cela s'avère nécessaire pour l'organisation et la gestion du marché de promotion ».

L'article 123, alinéa 2, du projet prévoit sans autre précision une dérogation aux articles concernés de la loi visée en dernier lieu.

⁵ L'article 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011 dispose : « Le Roi peut prendre les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement de dispositions légales, pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci et concernant les marchés publics et les marchés de travaux, de fournitures et de services visés par la présente loi ».

⁶ L'article 46, § 2, de la loi du 13 août 2011 dispose : « Le Roi peut charger le premier ministre d'adapter certains montants fixés dans les mesures d'exécution en fonction des révisions prévues dans les directives européennes, déterminant la valeur des seuils indiqués dans ces directives ».

Dans la mesure où l'auteur du projet estime que, d'une manière générale, il est nécessaire de déroger aux règles de superficie concernées⁷, il est recommandé de préciser cette nécessité générale dans le rapport au Roi.

EXAMEN DU TEXTE

Observations générales

5. L'intention à la base de la réglementation en projet est notamment de poursuivre la transposition en droit interne de la directive 2009/81/CE. Cette transposition s'opère au moyen de différents textes normatifs. Certaines dispositions de la directive ont été transposées par la loi du 13 août 2011. D'autres seront transposées par d'autres lois et arrêtés d'exécution distincts⁸. D'autres encore le seront par des arrêtés d'exécution de la loi du 13 août 2011. Le projet d'arrêté à l'examen en est un exemple.

Dès lors que l'auteur du projet choisit de transposer certaines dispositions de la directive par un certain nombre de lois, et les autres au moyen d'arrêtés d'exécution, on veillera à ce que la transposition, dans des textes épars, soit complète. La réglementation en projet serait ainsi davantage accessible non seulement si l'articulation avec la directive 2009/81/CE était précisée dans le rapport au Roi, mais également si ce dernier était accompagné d'un tableau de transposition indiquant clairement quels articles de la loi du 13 août 2011 et du projet à l'examen visent la transposition de quelles dispositions de la directive susvisée et, inversement, quelles dispositions européennes sont transposées en droit interne par quelles dispositions normatives.

6.1. Il ressort de ce qui précède que le projet ne vise pas à transposer complètement la directive 2009/81/CE en droit interne. La question se pose de savoir si la transposition partielle, ainsi conçue, de la directive susvisée est adéquate et si, par ses limitations, elle n'est pas

⁷ Telle paraît avoir été l'intention qui a présidé à l'adoption de l'article 28, alinéa 3, de la loi du 13 août 2011; voir en effet l'exposé des motifs du projet qui est devenu cette loi, *Doc. parl.*, Chambre 2010-11, n° 1592/1, 51 : « L'intention est de prévoir dans l'arrêté qui exécutera la disposition légale envisagée, comme dans la réglementation actuelle, que le promoteur ne bénéficie pas des droits prévus aux articles 5 et 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie. Il en résulte notamment que le promoteur ne peut pas démolir les bâtiments et autres ouvrages, ni arracher ou enlever les plantations, tandis qu'à l'expiration du droit de superficie, les bâtiments, ouvrages et plantations deviennent, par le droit d'accession, propriété du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique ».

⁸ Ainsi, la transposition de l'article 37 et du titre IV (articles 55 à 64) de la directive 2009/81/CE se fera au moyen d'une loi distincte et d'un arrêté d'exécution, dans le cadre d'une nouvelle transposition des directives relatives à la protection juridique (voir le livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services).

incomplète ou inexacte sur certains points. La comparaison entre le texte du projet et le texte de la directive 2009/81/CE et du tableau de transposition communiqué au Conseil d'État par le délégué, a montré que la transposition de la directive susmentionnée, envisagée par le projet, donne lieu à diverses questions et observations. Ces questions et observations seront rappelées sous les numéros qui suivent.

6.2. Le délégué a confirmé que le projet, en ce qui concerne la procédure négociée avec publicité, sera encore complété par une disposition comparable à l'article 109, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui transpose l'article 26, paragraphe 3, de la directive 2009/81/CE ainsi que, pour y faire suite, l'article 38, paragraphe 5, de la même directive, dans la mesure où cette dernière disposition européenne concerne le recours à la faculté de réduire le nombre d'offres à négocier prévue par la disposition de la directive citée en premier lieu ⁹.

6.3. L'article 29, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive 2009/81/CE dispose que la durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser sept ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées dans cette disposition. L'alinéa suivant dispose que, dans de telles circonstances exceptionnelles, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices justifient de façon appropriée ces circonstances exceptionnelles dans l'avis visé à l'article 30, paragraphe 3, à savoir un avis concernant les résultats de cette procédure.

Invité à préciser la disposition qui transpose l'article 29, paragraphe 2, cinquième alinéa, de la directive 2009/81/CE, le délégué renvoie à l'article 30, alinéa 4, de la loi du 13 août 2011 et aux modèles d'avis que la Commission européenne prépare en vue de l'adaptation du règlement (CE) n° 1564/2005.

Ces explications ne sont pas suffisantes. En effet, la disposition légale précitée transpose uniquement l'article 29, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive, alors que les modèles d'avis visés ne sont que des annexes du règlement concerné. Or, ces annexes ne peuvent en principe pas contenir de droits ou d'obligations qui ne sont pas mentionnés dans le dispositif du texte normatif auquel elles se rapportent.

6.4. La transposition de l'article 30, paragraphe 1, premier et deuxième alinéas, de la directive 2009/81/CE, effectuée à l'article 37, § 2, du projet, est également incomplète.

⁹ Par contre, dans la mesure où il concerne le recours à la faculté de réduire le nombre de solutions à discuter dans le dialogue compétitif, prévue à l'article 27, paragraphe 4, de la directive, l'article 38, paragraphe 5, de la directive a déjà été transposé par l'article 115, § 3, du projet. En ce qui concerne la dérogation à l'article 38, paragraphe 3, premier alinéa, premier tiret, de la directive, prévue à l'article 60, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, pour la procédure restreinte (fixation du nombre minimum de candidats sélectionnés à cinq au lieu de trois), on peut admettre la déclaration du délégué selon laquelle il s'agit d'une solution plus rigoureuse autorisée.

En effet, contrairement à la disposition précitée du projet, cette dernière disposition de la directive ne limite pas aux marchés de travaux, l'obligation de publier l'avis de préinformation le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le projet du marché envisagé. En outre, les alinéas en question concernent également les accords-cadres.

6.5. Invité à préciser quelles dispositions du projet transposent l'article 32, paragraphes 2 et 6, de la directive 2009/81/CE ou pourquoi cette transposition peut être omise (comme pour l'article 32, paragraphe 5, qui fait l'objet d'un commentaire dans le rapport au Roi), le délégué a répondu en ces termes :

« Artikel 32, lid 2, eerste zin: in België wordt de redactie van aankondigingen online praktisch gezien nog [het] enige gebruikte middel: op jaarbasis krijgt het Bulletin der Aanbestedingen nog een paar (minder dan 10) aankondigingen via de post of via fax (op ongeveer 20.000). Begin 2012 wordt beslist maar de redactie online nog toe te laten (*sic*). Deze regel van de FOD P&O (verantwoordelijk voor het [Bulletin der Aanbestedingen]) zal dus ook gelden voor de overheidsopdrachten die zowel op [het] Belgisch als op het Europees niveau moeten bekendgemaakt worden.

Artikel 32, lid 2, tweede zin: zie artikel 48, § 1, tweede en derde lid.

Artikel 32, lid 6: zoals voor het KB van 15 juli 2011, herhaalt het verslag aan de Koning deze technische beperking volgens dewelke de inhoud van de aankondiging beperkt is tot ongeveer 650 woorden wanneer deze aankondiging niet met elektronische middelen wordt verzonden. Het gaat ook om een modaliteit die ook afhankelijk is van het Bureau voor Publicaties van de Europese Unie en waarover de lidstaten geen invloed kunnen hebben ».

Cette réponse peut être admise. Le cas échéant, il faudra toutefois compléter le tableau de transposition communiqué.

6.6. L'article 46 de la directive 2009/81/CE contient essentiellement des dispositions qui doivent être transposées dans un autre cadre que le régime en projet. Les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article précité sont transposés par les articles 72, alinéa 2, 2°, et 84 du projet à l'examen.

De ce point de vue, l'énoncé de l'article 84 est toutefois perfectible. En effet, la présomption d'aptitude prévue à l'alinéa 1^{er} de cet article doit également intégrer l'hypothèse dans laquelle un certificat serait délivré par un organisme de certification.¹⁰ Ainsi que l'a reconnu le délégué, il faut également que la première phrase du même alinéa vise le 8° (et non le 7°) de l'article 63, § 2, du projet.

¹⁰ Il s'agit en effet à cet égard d'éléments qui trouvent leur origine « dans un autre État membre », si bien que l'absence, en Belgique, d'organismes de certification au sens de l'article 46 de la directive est sans pertinence.

6.7. En ce qui concerne la transposition de l'article 48, paragraphe 7, deuxième alinéa, de la directive 2009/81/CE, le projet ne contient pas de disposition selon laquelle l'invitation à participer à l'enchère électronique doit indiquer le calendrier de chaque phase de l'enchère. Il faudra logiquement préciser en ce sens l'article 133 du projet qui transpose les autres dispositions de l'article 48, paragraphe 7, de la directive.

6.8. En ce qui concerne les règles applicables aux contrats de sous-traitance, il a été demandé au délégué quelles dispositions transposent les articles 21, paragraphe 4, dernier alinéa, et paragraphe 6, et 50, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2009/81/CE.

Il a répondu en ces termes :

« -pour article 21, lid 4, laatste alinea: deze bepaling verwijst naar titel III van de richtlijn, omgezet door hoofdstuk 10 van het ontwerp KB. Volgens ons is het logisch dat het opgelegde percentage moet bij de gunning gerespecteerd worden. Indien toch nodig geacht kan een precisering bijgevoegd worden;

-voor artikel 21, lid 6: zie de artikelen 139 tot 144;

-voor artikel 50, lid 2, tweede alinea: zie artikel 37, § 2, 2°, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011. De aanpassing van de lijst wordt niet vermeld in de wet of in het ontwerp KB. Een precisering kan ook indien nodig geacht bijgevoegd worden ».

Il est en effet recommandé de compléter les règles en projet concernant les contrats de sous-traitance sur ces trois points afin qu'elles se rapprochent encore plus des dispositions de la directive.

7. Diverses dispositions du projet s'écartent sans raison apparente ou plausible de la terminologie ou de la rédaction de la directive 2009/81/CE. Le commentaire des articles du projet citera divers exemples à ce sujet. Le principe, en substance, est de se rapprocher le plus possible de la directive, à moins qu'il puisse se justifier de s'en écarter parce qu'un terme ou une formulation sont plus courants et plus précis dans l'ordre juridique interne et que le résultat visé par la directive ne s'en trouve donc pas affecté.

8. Dans des avis antérieurs, le Conseil d'État, section de législation, a exprimé le souci de faire un usage plus uniforme et cohérent de certaines notions fondamentales afin d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité de la législation sur les marchés publics¹¹. Toutefois,

¹¹ Voir notamment les observations que le Conseil d'État, section de législation, a formulées à cet égard dans l'avis 38.703/1/V du 6 septembre 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 15 juin 2006 et dans l'avis 48.803/1 du 2 décembre 2010 sur une première version du projet devenu l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

comme pour l'avant-projet devenu la loi du 13 août 2011, force est de constater à nouveau que, dans diverses dispositions du projet à l'examen, certaines de ces notions fondamentales, telles que l'« attribution du marché public » (*gunning van de overheidsopdracht*) et la « conclusion du marché public » (*sluiting van de overheidsopdracht*), qui sont définies dans cette loi ¹², ne sont pas utilisées de manière cohérente dans le sens des notions ainsi définies. Ainsi, par exemple, les notions « procédures de passation », « règles de passation » et « modes de passation », dans le texte français, sont rendues à plusieurs reprises, respectivement, par les mots « *gunningsprocedures* », « *gunningsregels* » et « *gunningswijzen* », dans le texte néerlandais ¹³.

Comme pour l'avant-projet de loi précité, il est à noter que la notion « passation » du marché (« *plaatsing van de opdracht* ») utilisée dans diverses dispositions du projet n'est définie nulle part dans le texte de ce projet, alors qu'il est néanmoins recommandé d'en donner une définition pour la clarté de la législation. La notion concernée est en effet susceptible de faire l'objet d'une interprétation différente ¹⁴ et doit être distinguée des notions précitées « attribution » et « conclusion » du marché public. La constatation que le terme « *gunning* », dans le texte néerlandais, est tantôt rendu par le mot « attribution », tantôt par le mot « passation », dans le texte français, confirme la nécessité d'une définition adéquate et d'un usage plus cohérent des notions concernées dans l'ensemble du texte du projet. À cet effet, il y aura lieu de soumettre ce dernier à un examen complémentaire.

Observations particulières

Préambule

9. Il résulte de l'examen du fondement juridique du projet que le deuxième alinéa du préambule doit également viser d'autres dispositions de la loi du 13 août 2011.

10. L'avis de la Commission des marchés publics, qui est mentionné au troisième alinéa du préambule, date du 20 juillet 2011 (et non du 30 mai 2011).

¹² Voir l'article 3, 13° et 14°, de cette loi.

¹³ Il en est ainsi, par exemple, aux articles 11, § 2, alinéa 1^{er}, 13, alinéa 2, 24, 41, § 2, alinéa 1^{er}, 5°, 46, 61, 2° et 3°, 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 67 et 152, alinéa 1^{er}, *in limine*.

¹⁴ Dans l'avis 49.698/1 du 26 mai 2011 sur une deuxième version du projet devenu l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le Conseil d'État, section de législation, a souligné que la signification donnée à la notion de « passation » dans cet arrêté diffère de celle que lui donne le 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 » sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné, le 5 mai 2011, l'avis 49.529/1.

Article 6

11. Étant donné que le rapport au Roi mentionne « la réception de l'information par le destinataire et la date et l'heure de la réception » comme étant un des éléments dont l'envoi recommandé doit faire la preuve, il s'agit en fait d'un envoi recommandé « avec accusé de réception ». Si telle est l'intention de l'auteur du projet, on complétera l'article 6, § 3, du projet en ce sens.

Article 7

12. L'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet reproduit simplement l'article 40, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011.

Il faut éviter de reproduire des dispositions extraites d'une norme hiérarchiquement supérieure dans un acte de valeur inférieure. Un tel procédé est non seulement superflu d'un point de vue normatif, dès lors qu'il ne crée aucune nouvelle norme, mais il est également susceptible de semer la confusion quant à la nature exacte de la prescription énoncée dans l'acte de valeur inférieure, et il risque notamment de faire oublier par la suite que seul le législateur supérieur est en droit de modifier la prescription concernée.

Dès lors, l'alinéa concerné doit en principe être omis. Si, dans un souci d'accessibilité de la réglementation, il est néanmoins jugé utile de répéter la prescription légale, il s'impose de faire référence à la disposition législative concernée (« Conformément... »).

13. Compte tenu du fait que l'Union européenne a succédé à la Communauté européenne, on mentionnera à l'article 7, § 1^{er}, alinéa 2, du projet « droit de l'Union européenne » au lieu de « droit communautaire ».

La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 83 du projet. L'utilisation de l'adjectif « communautaire » dans cette dernière disposition ainsi qu'à l'article 10, alinéa 3, du projet, n'est plus adéquate non plus pour le même motif.

Article 9

14. En ce qui concerne l'article 9, alinéa 1^{er}, du projet, qui reproduit la teneur de l'article 38, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011, on peut formuler la même observation que celle qui a été faite ci-dessus concernant l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet.

Article 11

15. Selon l'article 11, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, les variantes libres ne sont pas autorisées en cas d'adjudication. L'article 11, § 3, dispose que le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une variante libre pour la seule raison qu'un marché de services deviendrait un marché de fournitures ou inversement. Il se déduit toutefois du rapport au Roi que le pouvoir adjudicateur dispose de diverses possibilités pour soumettre à des limitations ou même exclure la variante précitée et pour prévoir à cette occasion une nullité absolue. Le dispositif devrait mentionner d'une manière plus explicite les éventualités envisagées dans le rapport au Roi.

Article 17

16. En ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement opter pour un des procédés mentionnés sous a) ou b) de l'article 17, alinéa 2, du projet. Afin de ne laisser subsister aucun doute à ce sujet, mieux vaudrait remplacer le mot « peut » par le mot « doit » dans la phrase introductive de la disposition précitée ou, comme dans la disposition correspondante de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (article 16, alinéa 2), par une mention directe de l'acte concerné proprement dit.

Article 22

17. L'article 22, § 3, alinéa 2, du projet fait mention d'« un prix ». L'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 mentionne « prix unitaires ou globaux ». On peut se demander s'il ne faudrait pas préciser que la notion de « prix » à l'article 22, § 3, alinéa 2, du projet comprend aussi bien les prix unitaires que les prix globaux. Une telle précision pourrait figurer dans le rapport au Roi.

Article 25

18. Le libellé de la phrase introductive de l'article 25, alinéa 1^{er}, du projet, s'écarte de celle de l'article 9, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2009/81/CE. Ainsi, la disposition précitée du projet ne précise pas, notamment, qu'il s'agit d'un montant « hors TVA », comme c'est le cas à l'article 9, paragraphe 1, de la directive. Il s'impose de mieux harmoniser le texte de la phrase introductive de l'article 25, alinéa 1^{er}, du projet et celui de l'article 9, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive précitée.

Article 28

19. Contrairement à l'article 9, paragraphe 8, de la directive 2009/81/CE, dont le texte néerlandais mentionne « andere vormen van beloning », le texte néerlandais de l'article 28, § 1^{er}, alinéa 2, du projet mentionne chaque fois « andere vormen van vergoeding » (dans le texte français : autres modes de rémunération). De toute évidence, l'auteur du projet préfère employer une terminologie différente de la directive concernée. Il serait utile que le rapport au Roi apporte quelques précisions sur ce point également.

Article 37

20. Dans le texte néerlandais de l'article 37, § 2, du projet, après les mots « zo spoedig mogelijk », il manque le mot « bekendgemaakt ».

Article 42

21. Selon le rapport au Roi, l'établissement d'une liste des candidats sélectionnés et l'instauration d'un système de qualification (article 42, §§ 2 et 3, du projet) n'excluent pas la passation d'un marché distinct par le recours à la publication d'un avis de marché. Dans un souci de clarté, il serait préférable que le texte de l'article 42 du projet le mentionne.

Article 45

22. Comme l'a confirmé le délégué, il y a une divergence entre le projet et l'arrêté royal du 15 juillet 2011, plus précisément entre l'article 45 du projet et l'article correspondant de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (article 44) en ce qui concerne l'application du délai abrégé de

quatre jours pour la communication de renseignements complémentaires par le pouvoir adjudicateur.¹⁵ L'auteur du projet doit vérifier si le projet ne doit pas être adapté en conséquence.

Article 52

23. Il faut mieux spécifier les documents visés à l'article 52, alinéa 2, 4°, du projet, en tenant compte des prescriptions de l'article 34, paragraphe 5, d), de la directive 2009/81/CE et de la transposition des articles auxquels cette disposition de la directive fait référence.

Article 54

24. Dès lors que l'article 54, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, du projet vise essentiellement à garantir que personne ne puisse avoir accès aux demandes de participation ou aux offres avant la date limite, il faut adapter la rédaction du texte français sur le modèle du texte néerlandais. Plus précisément, le membre de phrase « avant la date et l'heure limites fixées » doit être inséré dans cette disposition à un autre endroit.

Article 57

25. L'article 57 du projet dispose que les documents du marché peuvent limiter ou interdire la remise d'une offre commune par plusieurs candidats sélectionnés. Le rapport au Roi indique que cette disposition est destinée « à garantir un niveau suffisant de concurrence, notamment lorsque le nombre de candidats sélectionnés est limité et que le risque existe dès lors de voir ceux-ci présenter une offre à travers un seul groupement ». L'article 57, alinéa 3, du projet devrait expliciter que la limitation ou l'interdiction qui y est prévue n'est autorisée que pour garantir la concurrence.

¹⁵ L'article 45 du projet ne fait pas référence à son article 50, alinéa 3, alors que l'article 44 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 fait en revanche référence à l'article 48, alinéa 3, de cet arrêté, qui est identique; inversement, l'article 44, précité, omet quant à lui de faire référence à l'article 49, § 2, de cet arrêté, alors que l'article 45 du projet fait en revanche référence à l'article 51, § 2, qui y correspond identiquement.

Article 61

26. À l'article 61, 2°, du projet, la notion de « situation » est à ce point générale qu'elle pourrait par exemple également viser des éléments relevant de la vie privée d'un candidat ou d'un soumissionnaire. Il faut par conséquent mieux définir la notion ou y substituer une autre, aux contours plus précis.

27. Dans la mesure où l'article 61, 3°, du projet concerne des documents et informations auxquels s'applique déjà le principe de la collecte unique des données prévu par la loi du 16 janvier 2003¹⁶, la rédaction de cette disposition est trop générale parce qu'elle donne à penser qu'elle déroge à ce principe légal, alors que ce n'est pas possible. On peut envisager d'explicitier à l'article 61, 3°, du projet qu'on vise des documents et informations qui ne peuvent pas être obtenus en application de la loi du 16 janvier 2003.

Article 63

28. Dès lors que l'article 63, § 1^{er}, du projet fait référence à ce que prévoit déjà l'article 20 de la loi du 13 août 2011, l'alinéa 1^{er}, 4°, de ce paragraphe devrait également mentionner les hypothèses d'incitation, aide, complicité ou tentative de commettre une infraction terroriste ou une infraction liée aux activités terroristes.

Article 71

29. À la fin de l'article 71, 8°, du projet, les textes français et néerlandais ne correspondent pas. En effet, alors que le texte français mentionne « pour contrôler la qualité », le texte néerlandais mentionne « om de kwaliteit te waarborgen ». Cette discordance doit être éliminée.

La même observation peut être formulée en ce qui concerne les articles 73, 7°, et 74, 8°, du projet.

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

Article 73

30. Dans un souci de lisibilité, le texte néerlandais de l'article 73, 4°, du projet sera rédigé comme suit :

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

31. Afin de se conformer plus étroitement à l'article 42, paragraphe 1, premier alinéa, d), de la directive 2009/81/CE, les mots « sur la capacité technique » seront remplacés par les mots « sur les capacités de production ou sur la capacité technique ».

Article 77

32. Interrogé au sujet de la divergence entre l'article 77 du projet et son équivalent dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (article 73), notamment en ce qui concerne les articles auxquels il est fait référence, le délégué a déclaré qu'il fallait aligner *mutatis mutandis* la référence faite dans l'article 77 sur celle faite dans l'article 73 précité. Cette suggestion peut être admise.

Article 88

33. Si le terme « connaissances » figurant dans le texte français de la phrase introductive de l'article 88, § 2, du projet vise les connaissances professionnelles (voir le texte néerlandais), il serait préférable d'écrire « connaissances professionnelles ».

Article 95

34. L'article 95, § 2, alinéa 2, du projet dispose que les offres parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes, quelle que soit la cause du retard. Il va sans dire que cette disposition ne peut pas porter atteinte au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Il pourrait cependant en être ainsi lorsque c'est l'autorité adjudicatrice elle-même qui est à l'origine d'une irrégularité et que seuls un ou plusieurs

soumissionnaires spécifiques s'en trouvent préjudiciés et pas d'autres. Si l'intention est en outre d'également priver les soumissionnaires du droit d'invoquer la force majeure, la loi du 13 août 2011 ne semble pas pouvoir procurer de fondement juridique pour ce faire.

Article 100

35. Eu égard notamment à l'article 95, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2001, on peut considérer que l'énumération des articles figurant à l'article 100, alinéa 2, du projet doit commencer par l'article 6 (et non : 5), § 1^{er}.

36. Invité à expliquer ce qui justifie que les références figurant à l'article 100, alinéa 3, 1°, du projet, ne sont pas les mêmes que celles qui figurent à l'article 95, alinéa 4, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Algemene opmerking: het is misschien nuttig dezelfde schikking te volgen als voor artikel 95 van het KB van 15 juli 2011: een vierde lid zou dan beginnen met de woorden 'Bovendien kan de aanbestedende overheid ...' ;

Afdeling 11 van hoofdstuk 1 moet ook vermeld worden ».

Ces propositions d'adaptation du texte peuvent être approuvées. Le chapitre 10 du projet (« Règles applicables aux contrats de sous-traitance ») peut probablement aussi faire partie de cette énumération, dès lors qu'à l'article 95, alinéa 4, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le chapitre 1^{er}, section 8 (« Sous-traitance ») est inclus dans l'énumération.

Article 101

37. Dans le texte français de l'article 101, § 4, du projet, les mots « sans la modifier » ne reflètent pas adéquatement le membre de phrase « zonder daarbij de inhoud te wijzigen » figurant dans le texte néerlandais. Il serait préférable que le texte français mentionne également d'une manière explicite que la modification visée ne peut pas avoir un caractère substantiel.

Article 102

38. À l'article 102, § 2, alinéa 2, du projet, il y a lieu de corriger la référence à « l'article 88, § 2, deuxième tiret », dès lors qu'une telle disposition ne figure pas sous cette forme dans le projet.

Article 103

39. Les textes français et néerlandais de l'article 103, § 2, du projet doivent être harmonisés (« modifié » - « verbeterd »). Le texte français est sans doute le texte correct.

Article 105

40. L'article 105, § 3, alinéa 1^{er}, du projet doit faire référence à l'article « 52, alinéa 2, 3° » et non pas à l'article « 52, 3° ».

La même observation peut être faite à l'égard des articles 106, § 3, alinéa 1^{er}, 108, alinéa 4, 2°, et 109, alinéa 4, 2°, du projet.

41. Le texte néerlandais de l'article 105, § 3, alinéa 1^{er}, fait en outre erronément référence à l'article 56, § 2, du projet plutôt qu'à l'article 53, § 2, de celui-ci, ce qui impose par conséquent une correction.

Article 108

42. L'article 108, alinéa 1^{er}, du projet doit faire référence à l'article 31 et non pas à l'article 30 de la loi du 13 août 2011.

De même, l'article 109, alinéa 1^{er}, du projet fait erronément référence à l'article 30 plutôt qu'à l'article 31 de la loi du 13 août 2011.

Article 110

43. L'article 110, § 1^{er}, 4°, du projet doit faire référence à l'article 114 (et non : 115), alinéa 2, du projet.

Le délégué a en outre confirmé que l'article 110, § 2, alinéa 1^{er}, ne devait pas faire référence à l'article 29.

Article 111

44. Une comparaison avec le contenu des dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ayant la même finalité¹⁷ montre que les références figurant à l'article 111, § 1^{er}, du projet ne sont pas exactes et qu'il faut les adapter de la manière suivante :

- dans l'alinéa 1^{er}, 1° : référence à l'article 6 et non pas à l'article 5 ;
- dans l'alinéa 2 : référence à l'article 63, § 2, 6° et non pas 5°.

45. Cette comparaison révèle également une divergence entre l'article 111, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, du projet et l'article 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, de l'arrêté royal précité : la référence à l'article 54 qui se trouve dans la dernière disposition citée n'a pas d'équivalent dans la disposition citée en premier.

Si cette portée plus restreinte de l'article 111, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, du projet correspond à la volonté de son auteur, il serait préférable que le rapport au Roi le précise.

Article 117

46. La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs impose que le pouvoir adjudicateur communique la motivation aux participants au dialogue dont les solutions n'ont pas été retenues. Répéter cette obligation de motivation à l'article 117, § 2, du projet est dès lors à la fois superflu et de nature à induire en erreur. Superflu parce que cette obligation résulte déjà de la loi précitée. De nature à induire en erreur parce qu'on donne ainsi à

¹⁷ Voir les articles 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, et 106, § 1^{er}, alinéa 2, lu en combinaison avec l'article 61, § 2, 5°, de cet arrêté.

penser que l'obligation de motivation formelle ne s'applique que dans la mesure où celle-ci est inscrite dans le projet. Il est par conséquent préférable, dans ce cas de figure, d'explicitier dans le rapport au Roi que la loi du 29 juillet 1991 impose en toute hypothèse la communication de cette motivation, sans la mentionner également dans le texte du projet.

Indépendamment de ce qui précède, il faut aussi constater qu'à première vue, les textes français et néerlandais de la dernière phrase de l'article 117, § 2, du projet, donnent un sens différent à cette motivation (« communique les motifs de son choix aux participants dont la solution n'a pas été retenue », c'est-à-dire, une motivation centrée sur ce qui a effectivement été retenu, à comparer à « licht de deelnemers op gemotiveerde wijze in over hun niet gekozen oplossingen », c.-à-d. une motivation centrée sur ce qui n'a pas été retenu). Il apparaît au Conseil d'État, section de législation, qu'il faut plutôt considérer cette divergence entre les textes français et néerlandais comme un problème de traduction, le texte correct étant sans doute le texte français.

En toute hypothèse, cette obligation de motivation est étroitement liée au droit à l'information et à la protection juridique, à propos duquel on a manifestement l'intention de prendre une initiative réglementaire distincte. Pour ce seul motif, il est déjà préférable ne pas inclure la règle précitée dans le texte dont le projet est à l'examen.¹⁸

Article 118

47. L'article 118, § 1^{er}, alinéa 2, du projet doit faire référence à l'article 117 (et non : 119), § 1^{er}, alinéa 3, dernière phrase, du projet.

48. Comme l'a confirmé le délégué, l'article 118, § 2, du projet vise à transposer l'article 27, paragraphe 7, de la directive 2009/81/CE.

L'article 118, § 2, risque toutefois d'être interprété plus largement que cette disposition de la directive, en ce qu'il prévoit que le pouvoir adjudicateur « peut demander aux participants de clarifier, préciser ou compléter leur ou leurs offres finales » et que ces « clarifications, précisions ou compléments » ne peuvent modifier « les éléments essentiels de l'offre ni ceux du document descriptif », lorsque cette modification est susceptible de fausser la

¹⁸ Voir également à cet égard le rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la discussion de l'article 113, § 2, notamment en ce qui concerne la suite qui est donnée à l'observation que l'avis du Conseil d'État formule à cet égard.

concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. L'article 27, paragraphe 7, deuxième alinéa, de la directive dispose cependant que seul « le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci ¹⁹, à condition que cela n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels ²⁰ de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations ».

La rédaction de l'article 118, § 2, du projet devrait s'aligner plus étroitement sur celle de la disposition de la directive qu'il vise à transposer.

Article 137

49. L'article 137 du projet ne correspond pas toujours entièrement avec l'article 29, paragraphe 4, de la directive 2009/81/CE qu'il vise à transposer.

Lorsqu'on le compare avec l'article 29, paragraphe 4, premier alinéa, on constate que l'article 137, alinéa 1^{er}, utilise le terme « offres appropriées », tandis que dans l'article 137, alinéa 2, 2°, a), on ne retrouve pas le membre de phrase « qui sont capables de réaliser le marché » inscrit dans l'article 29, paragraphe 4, deuxième alinéa, deuxième tiret, a).

L'article 137 pourrait encore être complété sur ce point.

Article 140

50. À l'article 140 du projet :

- l'alinéa 1^{er} ne doit pas faire référence à l'article 37, alinéa 2, 2°, mais à l'article 37, § 2, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi ;
- l'alinéa 2 doit faire référence au « présent article » et non pas au « présent paragraphe » ;
- dans le texte néerlandais de l'alinéa 3, une faute rédactionnelle doit être éliminée.

¹⁹ Il n'est donc pas question de « compléter » des éléments.

²⁰ Donc pas des aspects « essentiels ».

Article 142

51. L'article 142, alinéa 3, ne doit pas faire référence à la « 1^{ère} phrase » de l'article 30, § 2, alinéa 1^{er}, du projet. La disposition visée ne comporte en effet qu'une seule phrase.

Article 144

52. La fin du texte néerlandais de la première phrase de l'article 144, alinéa 1^{er}, du projet sera rédigée comme suit : « die hij voor de kwalitatieve selectie van onderaannemers zal toepassen ».

Dans le texte néerlandais du deuxième alinéa du même article, mieux vaudrait remplacer le mot « inmededingingstelling » par les mots « oproep tot mededinging » ou tout simplement par le mot « plaatsing ».

Article 145

53. L'article 145, alinéa 2, doit préciser qu'on vise le Traité sur le fonctionnement de l'Union.

Article 148

54. L'article 148 du projet rend applicable l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics aux marchés publics soumis au régime à l'examen.

Ce régime comporte toutefois déjà des dispositions – remaniées ou non – issues de l'arrêté du 26 septembre 1996. Il s'ensuit qu'afin d'éviter que des dispositions – qui pourraient être contradictoires – s'appliquent aux marchés publics que vise le projet, il y a lieu de remplacer la référence générale à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 par une énumération des dispositions de cet arrêté qui, soit s'appliquent (liste positive), soit ne s'appliquent pas (liste négative) aux marchés publics soumis au régime à l'examen.²¹

²¹ Comparer par exemple l'article 129, 4°, du projet avec l'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

Article 149

55. Dans le texte néerlandais de l'article 149, alinéa 1^{er}, du projet, le mot « zijn » sera remplacé par le mot « waarborgen », lequel sera omis dans la suite de cet alinéa.

56. La référence aux divisions de l'article 2 figurant dans l'article 149, alinéa 2, ne doit pas faire mention de paragraphes, dès lors que cet article n'en comporte pas.

57. Le délégué a confirmé que l'énumération figurant à l'article 149, alinéa 2, doit également faire référence à l'article 3.

58. Interrogé au sujet des critères qui justifient d'inclure ou non des dispositions du projet dans cette énumération, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Wat betreft de methode: voor de overheidsopdrachten zijn de regels gevormd door zowel bepalingen uit de richtlijn als door "Belgische" regels (bvb onder de Europese drempel). Voor de opdrachten van aanbestedende entiteiten onder hoofdstuk 12 blijft men zoveel mogelijk bij de bepalingen van de richtlijn in kwestie. Daarom moet men bij elke bepaling verifiëren of de bron ervan in de richtlijn te vinden is ».

On peut se demander si l'application de ce critère peut suffire à justifier adéquatement que des dispositions du projet soient ou non incluses dans l'énumération. Dès lors que certains pouvoirs adjudicateurs et entreprises publiques entrent également dans le champ d'application de l'article 149 du projet, il faut par exemple examiner s'il n'y a pas lieu d'aussi inclure dans cette énumération les articles 23 et 24 du projet (relatifs aux conflits d'intérêts et aux ententes).

Mieux vaudrait par conséquent réexaminer l'énumération de l'article 149, alinéa 2, du projet.

Article 150

59. À propos de l'article 150 du projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het gaat om een 'noodoplossing'. Artikel 43 van de wet van 13 augustus verwijst inderdaad naar o.a. artikel 25, 1°, c [lees: d], eerste lid, van de wet. Men moest ook refereren naar het derde lid ervan en dit werd pas na de stemming van de wet ontdekt. De bepaling werd dus hier bijgevoegd als artikel 150 dat van toepassing is voor opdrachten vanaf de Europese drempel ».

L'article 43 de la loi du 13 août 2011 comporte une énumération limitative des dispositions de cette loi qui sont applicables aux marchés passés par les entités, pouvoirs et entreprises visés par cet article. Les dispositions qui ne se trouvent pas dans cette énumération ne sont par conséquent pas applicables. Une extension de l'énumération requiert dès lors une adaptation de cet article de loi lui-même. L'article 150 doit par conséquent être omis du projet.

Article 153

60. L'article 153 du projet fait correspondre l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet avec celle de la loi du 13 août 2011.

En principe, cette loi n'a toutefois pas une date d'entrée en vigueur uniforme, dès lors que son article 50, alinéa 1^{er}, habilite le Roi à fixer la date de l'entrée en vigueur de chacune des dispositions des titres 1, 2, 3 et 4 de cette loi et que son article 50, alinéa 2, fait entrer, outre cet article lui-même, l'article 46 de la loi en vigueur le jour de la publication. À moins que, toujours en application de la disposition législative précitée, le Roi fasse entrer en vigueur toutes les dispositions de cette loi à la même date, il faut prévoir un autre régime d'entrée en vigueur pour l'arrêté en projet, en faisant par exemple référence à une ou plusieurs dispositions législatives spécifiques.

La date d'entrée en vigueur de l'arrêté à l'examen ne peut en tout cas pas être antérieure à celle des dispositions de la loi du 13 août 2011 qui procurent un fondement juridique au régime en projet.

Observation finale

61. Eu égard aux observations qui ont été formulées ci-dessus, le rapport au Roi joint au projet devra également être remanié sur de nombreux points. Dans le cadre de l'examen

effectué par le Conseil d'État, il n'était cependant pas possible de procéder à une analyse plus approfondie à cet égard.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LEMMENS,	président de chambre,
	E. BREWAEYS,	
	W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. TISON,	assesseur de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

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

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de Monsieur W. VAN VAERENBERGH.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A. BECKERS

P. LEMMENS