

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.198/1
VAN 20 OKTOBER 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 16 augustus 2011 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 28 oktober 2011, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, 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 verrat, betreft de overheidsopdrachten in de zogenaamde “speciale sectoren”, zijnde de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, bedoeld in titel III van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 (hierna “wet van 15 juni 2006” genoemd).

Luidens artikel 44, eerste lid, van die wet is titel III ervan van toepassing op de “aanbestedende overheden”, bedoeld in artikel 2, 1°, alsook op de “overheidsbedrijven”, bedoeld in artikel 2, 2°, voor de opdrachten die betrekking hebben op taken van openbare dienst als bedoeld in een wet, een decreet of een ordonnantie. Uit artikel 45 van dezelfde wet volgt voorts dat de genoemde titel toepassing vindt op de onderscheiden soorten door die aanbestedende overheden en overheidsbedrijven geplaatste overheidsopdrachten, maar niet op de concessies voor openbare werken “die worden toegekend door aanbestedende overheden of overheidsbedrijven die één of meerdere activiteiten bedoeld in deze titel uitoefenen wanneer deze

concessies worden toegekend voor de uitoefening van deze activiteiten". Wat de bedoelde activiteiten betreft, wordt het toepassingsgebied van titel III van de wet nader omschreven in de afdeling III van die titel, die de artikelen 46 tot 52 omvat.

Met het ontwerp wordt vooreerst beoogd om de voornoemde regeling inzake overheidsopdrachten aan te vullen door middel van een verdere omzetting in het interne recht van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna "richtlijn 2004/17/EG" genoemd).

Het ontwerp strekt tevens tot uitvoering van titel III van de wet van 15 juni 2006, met dien verstande dat het, luidens het verslag aan de Koning, niet "de specifieke voorschriften [bevat] die van toepassing zijn op defensie- en veiligheidsgebied zoals bedoeld in Richtlijn 2009/81/EG, noch de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten en evenmin de bepalingen betreffende de bevoegdheidsdelegaties en sommige toezichtsmaatregelen voor de overheidsopdrachten op federaal niveau".¹

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) en bij een onderhandelingsprocedure (hoofdstuk 7). Daarnaast zijn er een aantal regels betreffende specifieke of aanvullende opdrachten en procedures (hoofdstuk 8) en een aantal slotbepalingen (hoofdstuk 9).

De ontworpen regeling is in essentie bedoeld om mettertijd in de plaats te komen van de regeling die nu is vervat in het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (hierna "koninklijk besluit van 10 januari 1996" genoemd). Er zijn in het ontwerp evenwel ook een aantal bepalingen of onderdelen overgenomen uit het

¹ Wat de omzetting van richtlijn 2009/81/EG betreft, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, respectievelijk op 5 mei en 29 augustus 2011 de adviezen 49.530/1 en 50.137/1/V gegeven over de in dat verband ontworpen wettelijke en reglementaire teksten. In het verslag aan de Koning wordt eveneens vermeld dat het ontwerp niet handelt "over de opdrachten van de aanbestedende entiteiten [bedoeld in artikel 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006] in dezelfde sectoren"; de wettelijke regeling betreffende die opdrachten ligt dan ook vervat in titel IV van de wet van 15 juni 2006. Verder zij nog opgemerkt dat de ontworpen regeling evenmin betrekking heeft op de rechtsbescherming bij de plaatsing van de erdoor beheerste overheidsopdrachten; op dat gebied zal nog een afzonderlijke regeling worden uitgewerkt die, volgens de gemachtigde, over de diverse sectoren heen zal gelden.

koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken (hierna "koninklijk besluit van 26 september 1996" genoemd), met inbegrip van de algemene aannemingsvoorwaarden die er de bijlage van vormen, meer in het bijzonder voor zover het bepalingen betreft die reeds in acht zijn te nemen vóór de fase van de uitvoering van een overheidsopdracht.

Bij het ontwerp horen diverse bijlagen die voornamelijk modelformulieren voor opdrachtdocumenten bevatten, evenals een niet-limitatieve lijst van publiekrechtelijke instellingen die het toepassingsgebied van de wet van 15 juni 2006 en van het ontworpen besluit moet verduidelijken.

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

3.2. In het eerste lid van de aanhef wordt ook gerefereerd aan artikel 54 van de wet van 15 juni 2006. Die wetsbepaling houdt geen delegatie van bevoegdheid aan de Koning in en strekt de ontworpen regeling niet tot rechtsgrond.

Daarentegen lijkt artikel 55 van de voornoemde wet wel rechtsgrond te kunnen bieden, al wordt van die bepaling geen melding gemaakt in het eerste lid van de aanhef. Het beoogde artikel 55 bevat weliswaar evenmin een delegatiebepaling, doch het eerste lid ervan verwijst naar talrijke bepalingen van titel II van de wet, die aldus toepasselijk worden verklaard op de overheidsopdrachten bedoeld in titel III. Artikel 55, derde lid, van de wet breidt de toepassing van artikel 30 van de wet in het kader van die laatste titel zelfs uit tot de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Voor zover in de bepalingen in kwestie van titel II van de wet wel delegaties aan de Koning vervat liggen en daarvan in het voorliggende ontwerp gebruik wordt gemaakt, kunnen die bepalingen, gelezen in samenhang met de voormelde onderdelen van artikel 55 van de wet, worden geacht rechtsgrond te bieden voor het ontwerp.²

3.3. Voor artikel 2, § 1, 4°, van het ontwerp, dat de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking omschrijft, wordt, in zoverre die procedure

² Zie bv. artikel 20 van het ontwerp, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, derde lid, van de wet van 15 juni 2006, de artikelen 5 en 57 van het ontwerp, gelezen in samenhang met artikel 10 van de wet, of de artikelen 131 tot 137 van het ontwerp, gelezen in samenhang met artikel 33, § 1, eerste lid, van de wet.

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 15 juni 2006.

3.4. Sommige bepalingen van het ontwerp geven niet als zodanig uitvoering aan een uitdrukkelijke delegatiebepaling van de wet van 15 juni 2006, maar kunnen niettemin worden ingepast in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning zoals die voortvloeit uit artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van de voornoemde wet.

Het betreft meer in het bijzonder de artikelen 4, 10, 13, 15 tot 19, 22, 23, 28 en 139 van het ontwerp.

3.5. Artikel 114, 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 15 juni 2006, 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 114, tweede lid, van het ontwerp voorziet zonder enige nadere bepaling in een afwijking van de betrokken artikelen van de laatstbedoelde wet.

Voor zover de steller van het ontwerp van oordeel is dat er een algemene noodzaak tot afwijking van de betrokken opstalvoorschriften bestaat,³ verdient het aanbeveling die algemene noodzaak in het verslag aan de Koning te verduidelijken.

³ Bij de totstandkoming van artikel 28, derde lid, van de wet van 15 juni 2006 lijkt daarvan te zijn uitgegaan; zie immers de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot die bepaling heeft geleid, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1590/1, 11: “Het is onder meer de bedoeling om in het bedoelde besluit, net zoals in de huidige reglementering, te bepalen dat de promotor niet de rechten geniet als bedoeld in de artikelen 5 en 6 van voormelde wet 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.”

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

4. Aan de ontworpen regeling ligt mede de bedoeling ten grondslag om de omzetting in het interne recht van richtlijn 2004/17/EG verder te zetten. Die omzetting gebeurt door middel van uiteenlopende normatieve teksten. Sommige bepalingen van de richtlijn zijn omgezet door de wet van 15 juni 2006. Andere bepalingen van de richtlijn zullen door andere, afzonderlijke wetten en uitvoeringsbesluiten worden omgezet.⁴ Nog andere bepalingen van de richtlijn zullen worden omgezet door besluiten ter uitvoering van de wet van 15 juni 2006. Het voorliggende ontwerp is een besluit in die 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 richtlijnbeoordelingen 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 2004/17/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 15 juni 2006 en van het voorliggende ontwerp strekken tot omzetting van welke bepalingen van de voornoemde richtlijn en, omgekeerd, welke richtlijnbeoordelingen in het interne recht worden omgezet door welke normatieve bepalingen.

Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is in dat verband effectief een omzettingstabel meegedeeld. De betrokken tabel biedt evenwel enkel een overzicht van de omzetting van de richtlijn door de wet van 15 juni 2006 en het voorliggende ontwerp van uitvoeringsbesluit. Een tabel die een verificatie in omgekeerde richting mogelijk maakt, is daarentegen niet bezorgd, wat het onderzoek op dat vlak heeft bemoeilijkt.

⁴ Zo zal de omzetting van artikel 49 van richtlijn 2004/17/EG, in het kader van een nieuwe omzetting van de richtlijnen betreffende de rechtsbescherming (zie hoofdstuk IIbis van titel II 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.

De meegedeelde omzettingstabel dient overigens aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen. Zij bevat immers een aantal vermeldingen die niet correct zijn en die moeten worden rechtgezet.⁵ Bovendien is zij soms onnauwkeurig of zelfs onvolledig.⁶

4.1. Uit wat voorafgaat volgt dat met het ontwerp niet een volledige omzetting van richtlijn 2004/17/EG in het interne recht is beoogd. Vraag is of de aldus geconcipeerde gedeeltelijke omzetting van de voornoemde richtlijn naar behoren gebeurt en of de omzetting, binnen haar beperkte contouren, niet onvolledig of onjuist is op bepaalde punten. Op basis van een vergelijking van de tekst van het ontwerp met de tekst van richtlijn 2004/17/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.

4.2. In het ontwerp ontbreekt de omzetting van bepaalde artikelen van richtlijn 2004/17/EG. Zoals door de gemachtigde werd bevestigd, zal de ontworpen regeling op die punten moeten worden aangevuld. Zo dient artikel 24 van het ontwerp te worden aangevuld met het oog op de omzetting van artikel 17, lid 5, van de voornoemde richtlijn. Met het oog op de omzetting van artikel 41, lid 2, van dezelfde richtlijn 2004/17/EG dient ook artikel 36 van het ontwerp te worden aangevuld. Voor de omzetting van artikel 43, lid 3, van de richtlijn wordt best artikel 41, § 3, van het ontwerp vervolledigd.

4.3. De regeling inzake raming van de waarde van opdrachten voor leveringen of diensten die een bepaalde regelmaat vertonen of die bestemd zijn om in de loop van een bepaalde periode te worden hernieuwd in, respectievelijk, artikel 26, eerste lid, en artikel 27, § 3, van het ontwerp, stemt niet overeen met de regeling in artikel 17, lid 7, van richtlijn 2004/17/EG.

In het verslag aan de Koning wordt in dat verband het volgende vermeld:

⁵ Zo wordt bv. op foutieve wijze gerefereerd aan artikel 24 in plaats van aan artikel 32 van het ontwerp, wat de omzetting van artikel 61 van de richtlijn betreft. Het bepaalde in artikel 41, lid 2, van richtlijn 2004/17/EG wordt niet omgezet door artikel 39 van het ontwerp, net zomin als artikel 57, § 1, van het ontwerp de omzetting inhoudt van artikel 48, lid 5, d), van die richtlijn. Overigens laten ook de verwijzingen naar de omzetting door de bepalingen van de wet van 15 juni 2006 in de omzettingstabel te wensen over. Zo wordt, wat de omzetting van de artikelen 1 en 2 van de richtlijn betreft, herhaaldelijk verkeerdelijk gerefereerd aan onderdelen van de artikelen 46 en 45 in plaats van aan de artikelen 45 en 44 van de wet.

⁶ Zo wordt niet vermeld dat de artikelen 11, 22bis, 46 en 69 van richtlijn 2004/17/EG worden omgezet door respectievelijk de artikelen 70 en 71, 17, § 2, *juncto* 55, eerste lid, 48 en 49, en 32, tweede lid, van het ontwerp. Er wordt ook geen rekening mee gehouden dat sommige bepalingen van het ontwerp, zoals artikel 2, § 1, 13°, en verschillende onderdelen van de opsomming in artikel 57, § 1, zijn terug te brengen tot de inhoud van de bijlagen XI en XIV van de richtlijn.

“Artikel 17, [lid] 7, van Richtlijn 2004/17/EG voorziet in twee verschillende ramingswijzen voor dit soort opdrachten. In dit ontwerp wordt gekozen voor de meest strenge ramingswijze om foutieve interpretaties te voorkomen.”

In de mate wordt bedoeld op de ramingswijze die wordt vermeld in artikel 17, lid 7, b), van de richtlijn valt op te merken dat in die richtlijn bepaling wordt geschreven “of over het boekjaar, indien dit zich over meer dan twaalf maanden uitstrekt”, terwijl in de artikelen 26, eerste lid, en 27, § 3, van het ontwerp telkens de zinsnede voorkomt “of, indien deze meer bedraagt dan twaalf maanden, over de volledige looptijd van de opdracht”. Het is niet duidelijk waarom de redactie van het ontwerp op dat punt afwijkt van de overeenkomstige richtlijn bepaling. Het verdient aanbeveling om hetzij in dat verband enige toelichting te verstrekken in het verslag aan de Koning, hetzij de redactie van de betrokken bepaling aan te passen.

4.4. Naar het zeggen van de gemachtigde is de omzetting van artikel 17, lid 8, van de richtlijn in het ontwerp “overbodig gelet op artikel 3, 4°, van de voormelde wet van 15 juni 2006 betreffende de definitie van opdracht voor diensten, in samenlezing met artikel 45 van dezelfde wet”. De voornoemde wetsbepalingen bevatten evenwel geen voorschriften betreffende de raming van de waarde van een opdracht, wat wel het geval is in artikel 17, lid 8, van de richtlijn. Het valt derhalve niet goed in te zien dat van de omzetting van deze laatste bepaling zou kunnen worden afgezien.

4.5. Ter wille van een correcte omzetting van artikel 35, lid 1, van richtlijn 2004/17/EG vervange men in artikel 7, § 1, van het ontwerp de woorden “opdrachten voor aanneming van werken” door de woorden “opdrachten voor werken, leveringen of diensten vermeld in bijlage II, A, van de wet”.⁷ De gemachtigde treedt de voorgestelde aanpassing bij.

4.6. Aan het einde van artikel 36, § 1, eerste lid, van het ontwerp is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst. Waar in de Nederlandse tekst wordt verwezen naar “de artikelen 52, § 1, tweede lid, en 51, § 2, derde lid”, wordt in de Franse tekst melding gemaakt van “[les] articles 51, § 1^{er}, alinéa 2, et 52, § 2, alinéa 3”. Naar het zeggen van de gemachtigde is de verwijzing naar de artikelen 51, § 1, tweede lid, en 52, § 2, derde lid, de enige correcte en dient derhalve volgens hem de Nederlandse tekst van artikel 36, § 1, eerste lid, van het ontwerp te worden aangepast.

Dergelijke aanpassing doet evenwel vragen rijzen met betrekking tot de correcte omzetting van richtlijn 2004/17/EG.

⁷ Mede gelet op artikel 32 van de richtlijn.

Blijkens de omzettingstabel die aan de Raad van State is meegedeeld, strekt artikel 36, § 1, eerste lid, van het ontwerp tot omzetting van artikel 41, lid 1, van de voornoemde richtlijn. In artikel 41, lid 1, voorlaatste alinea, van de richtlijn wordt evenwel enkel aan “artikel 45, lid 4” van dezelfde richtlijn gerefereerd, welke bepaling overeenkomstig de omzettingstabel wordt omgezet in het interne recht door artikel 51, § 1, tweede lid, van het ontwerp.

Hierover om toelichting verzocht, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“In het ontworpen artikel 36, § 1, eerste lid, wordt, rekening gehouden met de voormelde correctie in de Nederlandse tekst, naast artikel 52, § 1, tweede lid, van het ontwerp – dat overeenstemt met artikel 45.4. van de richtlijn – inderdaad ook nog verwezen naar artikel 52, § 2, derde lid, van het ontwerp. Dit laatste artikel stemt overeen met de bepalingen van artikel 45.5 en 6. van de richtlijn die betrekking hebben op de mogelijkheid om de termijnen voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes, al naargelang, in te korten met 7 dagen wanneer de aankondiging van opdracht via elektronische middelen is opgesteld en verzonden, en, wat betreft de termijn voor de ontvangst van de offertes, bijkomend met nog eens 5 dagen wanneer de aanbestedende overheid via een in de aankondiging vermeld internetadres vrije, rechtstreekse, onmiddellijke en volledige toegang biedt tot de opdrachtdocumenten. In artikel 41.1. van de richtlijn wordt naar de laatstgenoemde inkortingsmogelijkheden van artikel 45.5 en 6. niet verwezen, daar deze algemeen toepasselijk zijn (dus ook op het geval van de, desgevallend reeds ingekorte, bekendmakingstermijn na een periodieke indicatieve aankondiging). In het voorliggend ontwerp is evenwel niet voorzien in een algemene bepaling voor de inkortingsmogelijkheden als bedoeld in artikel 45.5. en 6. van de richtlijn en bijgevolg wordt waar nodig telkens naar de daartoe specifieke bepalingen in het ontwerp verwezen, in casu dus het ontworpen artikel 52, § 2, derde lid.”

In verband met deze verduidelijking moet vooreerst worden opgemerkt dat artikel 52, § 2, derde lid, 1°, van het ontwerp blijkbaar enkel betrekking heeft op de ontvangststermijn voor de offertes bij beperkte procedure en de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.⁸ De betrokken bepaling kan bezwaarlijk als de omzetting van artikel 45, lid 5, van richtlijn 2004/17/EG worden beschouwd: artikel 45, lid 5, van de richtlijn voorziet immers in een inkorting van de termijn voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming en wordt omgezet door artikel 52, § 1, tweede lid, van het ontwerp.

⁸ Zie het bepaalde in artikel 52, § 2, eerste lid, en de inleidende zin van artikel 52, § 2, derde lid, van het ontwerp.

Daarnaast moet aan het einde van artikel 36, § 1, eerste lid, van het ontwerp - zoals trouwens door de gemachtigde werd bevestigd - worden verwezen naar artikel 51, § 1, tweede lid, van het ontwerp, en niet naar artikel 52, § 1, tweede lid. Het voornoemde artikel 51, § 1, tweede lid, is in overeenstemming met artikel 45, lid 4, van de richtlijn, maar heeft geen betrekking op een termijninkorting met zeven dagen. Het houdt wel een andere mogelijkheid in tot inkorting van de termijn voor de ontvangst van offertes bij open procedure bekendgemaakt door periodieke indicatieve aankondiging.

Er wordt de steller van het ontwerp ter overweging gegeven om niet enkel aan het einde van artikel 36, § 1, eerste lid, de verwijzing naar artikel 52, § 1, tweede lid, in de Nederlandse tekst te vervangen door een verwijzing naar artikel 51, § 1, tweede lid, maar ook om artikel 52, § 2, derde lid, 1°, te schrappen, zodat in dat lid nog uitsluitend melding wordt gemaakt van de inkorting van de termijn met vijf dagen.⁹

4.7. In artikel 36, § 1, tweede lid, a), van het ontwerp wordt afgeweken van de redactie van artikel 41, lid 1, eerste alinea, c), van richtlijn 2004/17/EG, waar in deze laatste wordt vermeld dat de periodieke indicatieve aankondiging betrekking heeft op opdrachten die de aanbestedende overheid voornemens is te plaatsen “in de loop van de komende twaalf maanden”.

4.8. Rekening houdend met artikel 53, lid 5, van richtlijn 2004/17/EG dient in artikel 40, § 2, 2°, van het ontwerp ook melding te worden gemaakt van de “beroepsbekwaamheid”.¹⁰

4.9. Zoals door de gemachtigde werd bevestigd, dient de draagwijdte van artikel 40, § 2, 5°, van het ontwerp te worden beperkt tot de beperkte procedure en de onderhandelingsprocedure, zoals in artikel 53, lid 9, van richtlijn 2004/17/EG, het geval is.

4.10. Met artikel 47, derde lid, van het ontwerp wordt de omzetting beoogd van artikel 45, lid 9, van richtlijn 2004/17/EG. Daarbij wordt evenwel voorbijgegaan aan de door die richtlijn bepaling geboden mogelijkheid om de termijn voor de ontvangst van de offertes met toepassing van artikel 52, § 2, eerste lid, van het ontwerp in onderlinge overeenstemming vast te stellen en zo af te wijken van de basisregeling voor de verlenging van die termijn.¹¹

⁹ In dat geval komt uiteraard de indeling van artikel 52, § 2, derde lid, van het ontwerp te vervallen.

¹⁰ Zie trouwens ook artikel 72, eerste lid, van het ontwerp.

¹¹ Aan het einde van artikel 45, lid 9, van de richtlijn zijn de woorden “, behalve wanneer de termijn overeenkomstig lid 3, onder b), in onderling overleg wordt vastgesteld” ingeschreven.

4.11. In artikel 49 van het ontwerp wordt, inzake de mededeling van aanvullende inlichtingen over de opdrachtdocumenten, in een termijn van vier dagen voorzien “indien de aanbestedende overheid om een versnelde bekendmaking [...] heeft verzocht”. Afgezien van de vaststelling dat in dat verband onder meer moet worden verwezen naar “artikel 52, § 2, vierde lid” en niet naar “artikel 52, § 2, vijfde lid”, zoals in de ontworpen bepaling gebeurt, dient te worden opgemerkt dat dergelijke verkorte termijnregeling niet voorkomt in richtlijn 2004/17/EG. Het ware, mede uit het oogpunt van de werkbaarheid van de ontworpen regeling, wenselijk indien in het verslag aan de Koning zou worden verduidelijkt waarom de steller van het ontwerp het nodig vindt om wat dat betreft van de richtlijn af te wijken.

4.12. Anders dan wat in artikel 45, lid 5, van richtlijn 2004/17/EG het geval is, voorziet artikel 51 van het ontwerp niet in de mogelijkheid tot inkorting van de termijn voor de ontvangst van de offertes bij open procedure met zeven dagen wegens het gebruik van elektronische middelen bij de aankondiging van de opdracht. Daardoor wordt ook uitgesloten dat die mogelijkheid wordt gecumuleerd met de in artikel 51, § 2, van het ontwerp vervatte mogelijkheid tot inkorting van dezelfde termijn omwille van het aanwenden van elektronische middelen bij de terbeschikkingstelling van opdrachtdocumenten,¹² alhoewel nochtans artikel 45, lid 7, van de richtlijn een dergelijke cumul toelaat.

Het verdient aanbeveling dat de steller van het ontwerp zich opnieuw over die beperkende benadering beraadt, aangezien de voormelde verklaring van de gemachtigde lijkt aan te geven dat zij niet bewust wordt nagestreefd.

4.13. In artikel 45, lid 3, a), van richtlijn 2004/17/EG wordt melding gemaakt van “de aankondiging met andere middelen dan elektronische middelen of per fax”. Anders dan wat in sommige andere bepalingen van het ontwerp het geval is,¹³ wordt in artikel 52, § 1, derde lid, van het ontwerp geen melding gemaakt van de telefax als alternatief communicatiemiddel. Het is niet duidelijk waarom op dat punt wordt afgeweken van de richtlijn.

4.14. Artikel 56, § 1, tweede lid, van het ontwerp strekt tot het omzetten van artikel 48, lid 6, c), van richtlijn 2004/17/EG. Aan het einde van die richtlijn bepaling wordt evenwel gerefereerd aan de vermelding van de zinsnede “de in artikel 47, lid 5, bedoelde uitnodiging”. Teneinde de betrokken richtlijn bepaling ook op dat punt in het interne recht om te zetten, stelt de gemachtigde voor “het ontworpen artikel 56, § 1, hiertoe aan te vullen met de vermelding van de uitnodiging die volgt op een periodieke indicatieve aankondiging als bedoeld in het ontworpen

¹² Ter omzetting van artikel 45, lid 6, van richtlijn 2004/17/EG.

¹³ Zie de artikelen 54, § 2, en 101, tweede en derde lid, van het ontwerp.

artikel 37, eerste lid, 2°, alsook met een verwijzing naar artikel 39, 4°, tweede lid, betreffende de informatie die de bedoelde uitnodiging moet bevatten”. Daarmee kan worden ingestemd.

4.15. Artikel 57, § 1, van het ontwerp houdt niet de omzetting in van artikel 48, lid 5, d), van richtlijn 2004/17/EG. De vermelding in de omzettingstabel is derhalve niet correct op dat punt. Het is veeleer artikel 57, § 2, tweede lid, van het ontwerp dat voor de omzetting van de voornoemde richtlijnbeeping in aanmerking komt, al rijst dan de vraag of de woorden “of uiterst moeilijk” en “op voorwaarde dat de aanbestedende overheid hiermee vooraf akkoord gaat”, die voorkomen in artikel 57, § 2, tweede lid, van het ontwerp, wel met het bepaalde in artikel 48, lid 5, d), van de richtlijn, te verenigen vallen.

De gemachtigde antwoordde in dat verband:

“Terechte opmerking. De bepalingen van het ontworpen artikel 57, § 2, zouden hiertoe dienen te worden gepreciseerd en/of aangevuld.”

5. Op diverse plaatsen in het ontwerp wordt zonder duidelijke of aannemelijke reden afgeweken van de terminologie of de redactie van richtlijn 2004/17/EG. Bij de artikelsgewijze bespreking van het ontwerp worden wat dat betreft diverse voorbeelden vermeld. Uitgangspunt dient te zijn dat zo nauw als mogelijk bij de richtlijn wordt aangesloten, tenzij een afwijking hiervan kan worden gebillijkt doordat een term of wijze van redigeren meer ingeburgerd en duidelijker is in de interne rechtsorde en daardoor niet het bereiken van het door de richtlijn vooropgezette resultaat in het gedrang komt.

6. Het strekt tot aanbeveling om de in het ontwerp gebruikte terminologie zoveel mogelijk eenvormig te houden, ook al zouden bepaalde begrippen als synoniemen kunnen worden opgevat.¹⁴ Zo wordt in de Nederlandse tekst het begrip “periodieke indicatieve aankondiging” beter niet afgewisseld met het begrip “periodieke enuntiatieve aankondiging”.¹⁵

7. 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 meer toegankelijke regelgeving inzake

¹⁴ Zie *Beginnelsen van de Wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 3.6, te raadplegen op de website van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

¹⁵ Vgl. bijvoorbeeld artikel 7, § 1, van het ontwerp met artikel 35.

overheidsopdrachten. Zoals recentelijk ook nog het geval was voor het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 5 augustus 2011 tot wijziging van de wet van 15 juni 2006,¹⁶ 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 thans in de wet van 15 juni 2006 worden omschreven,¹⁷ 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.¹⁸

Het in het opschrift en diverse bepalingen van het ontwerp gebruikte begrip “plaatsing” van de opdracht (passation du marché) wordt niet omschreven, alhoewel dit ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving aanbeveling zou verdienen. Het betrokken begrip is immers vatbaar voor een verschillende uitlegging en moet worden onderscheiden van de eerder vermelde begrippen “gunning” en “sluiting” van de overheidsopdracht. De vaststelling dat de term “gunning”, in de Nederlandse tekst, nu eens wordt weergegeven door het woord “attribution”¹⁹, dan weer door het woord “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.

8. Het ontwerp bevat geen specifieke regels voor de raamovereenkomst, in de zin van bijvoorbeeld de artikelen 136 tot 138 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (hierna “koninklijk besluit van 15 juli 2011” genoemd).

¹⁶ Advies 49.529/1 van 5 mei 2011 over een voorontwerp van wet “tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006” (*Parl.St.*, Kamer, 2010-11, nr. 1590/1, 42).

¹⁷ Zie artikel 3, 16° en 17°, van de bedoelde wet.

¹⁸ Dat is bv. het geval in de artikelen 4, 9, § 2, eerste lid, 11, tweede lid, 23, 39, 4°, tweede lid, b), 44, § 2, eerste lid, 5°, 46, vierde lid, 50, 55, tweede lid, 3°, a), 61, 64, 3°, 69, § 1, eerste lid, 70, 135, § 1, 1°, en 139, eerste lid, *in limine*. Op werkwoordsniveau (al dan niet vervoegde vormen van “gunnen” en “passer”) kan dezelfde vaststelling worden gedaan (zoals m.b.t. de artikelen 26, eerste lid, 27, § 3, 35, 41, § 1, eerste lid, en § 2, 98, § 2, eerste lid, 123, eerste lid, en 139, eerste lid, *in fine*). Soms wordt ook alleen in de Nederlandse tekst gerefereerd aan de “gunningsprocedure” (zie voor verschillende voorbeelden daarvan, artikel 66 van het ontwerp).

¹⁹ Hetgeen overeenstemt met de in de Nederlandse en de Franse tekst van artikel 3, 16°, van de wet van 15 juni 2006 weergegeven definitie.

Nochtans voorzien zowel richtlijn 2004/17/EG²⁰, als de wet van 15 juni 2006²¹ ook voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren in het gebruik van dergelijke overeenkomst.

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“Les dispositions relatives à l’accord-cadre sont fort détaillées dans la directive 2004/18/CE, ce qui n’est pas le cas dans le régime des secteurs spéciaux, l’accord-cadre une fois conclu autorisant la passation des marchés subséquents par procédure négociée sans publicité sans autre justification (article 53, § 2, 1°, g, de la loi du 15 juin 2006). Ceci explique la différence d’approche, qui est d’ailleurs celle suivie dans les arrêtés d’exécution de la loi du 24 décembre 1993.”

In dit verband wijst de Raad van State, afdeling Wetgeving, erop dat in artikel 55, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 wel degelijk ook melding wordt gemaakt van artikel 32, zesde lid, van dezelfde wet, hetgeen betekent dat ook voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren geldt dat de regels die van toepassing zijn op de raamovereenkomst door de Koning worden bepaald. Daarenboven kan worden vastgesteld dat de initiële plaatsing van de raamovereenkomst, met toepassing van artikel 53, § 2, 1°, g), van de wet, de vorm moet aannemen van een van de procedures bedoeld in artikel 53, § 1, van de wet, zijnde een andere procedure dan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

9. Rekening houdend met wat hiervoor is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond van het ontwerp, dient vooraan in de aanhef een lid te worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 108 van de Grondwet en dient in het huidige eerste lid ervan - dat het tweede lid wordt - de verwijzing naar de artikelen van de wet van 15 juni 2006 te worden aangepast.

10. Het advies van de Commissie voor de Overheidsopdrachten, waarvan melding wordt gemaakt in het huidige tweede lid van de aanhef - dat het derde lid wordt - dateert van 20 juli 2011 (niet: 6 juni 2011).

Artikel 1

²⁰ Zie de artikelen 14, leden 1 en 2, en 40, lid 3, i, van de richtlijn.

²¹ Zie artikel 55, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 dat verwijst naar het merendeel van de leden van artikel 32; zie ook nog artikel 53, § 2, 1°, g), van dezelfde wet.

11. Bij de vermelding van richtlijn 2004/17/EG in artikel 1 van het ontwerp dient die richtlijn met haar officiële opschrift te worden aangeduid. Daartoe dienen de woorden “water, energie” te worden vervangen door de woorden “water- en energievoorziening”.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 32, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 2

12. In de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, 6°, van het ontwerp, vervange men de woorden “vermoedelijk zijn” door de woorden “worden vermoed”.

13. Men redigere artikel 2, § 1, 8°, van het ontwerp als volgt:
“gemengde opdracht: de opdracht waarbij de prijzen worden vastgesteld op verschillende van de wijzen zoals omschreven onder 5° tot 7°;”.

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

15. De omschrijving van het begrip “variante”, in artikel 2, § 1, 11°, van het ontwerp, doet de vraag rijzen of louter financiële varianten zijn uitgesloten. Uit de rechtsleer valt af te leiden dat de meningen daaromtrent verdeeld zijn.²² Ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid zou het daarom aanbeveling verdienen dat in het verslag aan de Koning op dat punt enige bijkomende toelichting zou worden gegeven.

Artikel 5

16. 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

²² Zie in dat verband L. SCHELLEKENS, “De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht”, in D. D’HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, nr. 817.

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 5, § 3, van het ontwerp in die zin te worden aangevuld.

Artikel 7

17. In de Nederlandse tekst van artikel 7, § 1, van het ontwerp dienen de woorden “dienstenverleners” en “in de regel” te worden vervangen door respectievelijk de woorden “dienstverleners” en “regelmatig”.²³

²³ Zie wat dat betreft ook de bewoordingen van artikel 2, 5°, van de wet van 15 juni 2006 en van artikel 35, lid 1, van richtlijn 2004/17/EG.

Artikel 9

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

Artikel 12

19. In het eerste lid van artikel 12 van het ontwerp stemmen de woorden “kunnen de inschrijver verplichten”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de woorden “peuvent demander au soumissionnaire”, in de Franse tekst. Waar in de Nederlandse tekst wordt gerefereerd aan een verplichting, is dat in de Franse tekst (demandeur) niet het geval. Een van beide teksten moet derhalve worden aangepast.

20. De zinsnede “is de inschrijver hoe dan ook verplicht om het eerste lid na te leven”, in artikel 12, tweede lid, van het ontwerp, wekt de indruk dat de inschrijver in andere omstandigheden dan die welke in het tweede lid worden bedoeld, ervoor kan opteren om het bepaalde in artikel 12, eerste lid, niet na te leven. Rekening houdend met de in het verslag aan de Koning verstrekte verduidelijking lijkt dat niet de bedoeling te zijn. In artikel 12, tweede lid, wordt bijgevolg beter geschreven:

“De inschrijver neemt in zijn offerte steeds de gegevens op die worden vermeld in het eerste lid, wanneer een procedure meer dan één fase omvat en de draagkracht van de onderaannemers en de andere entiteiten bedoeld in artikel 72, bepalend is voor zijn selectie.”

Artikel 21

21. In artikel 21, § 3, tweede lid, van het ontwerp wordt melding gemaakt van “een prijs”. Artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, waarnaar wordt verwezen

in het verslag aan de Koning, vermeldt “eenheidsprijzen of totale prijzen”. Vraag is of niet zou moeten worden verduidelijkt dat het begrip “prijs” in artikel 21, § 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 24

22. De redactie van de inleidende zin van artikel 24, eerste lid, van het ontwerp, wijkt af van die van artikel 17, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17/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 17, lid 1, van de richtlijn. De tekst van de inleidende zin van artikel 24, eerste lid, van het ontwerp dient beter op de tekst van artikel 17, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn te worden afgestemd.

Artikel 27

23. In tegenstelling tot wat het geval is in artikel 17, lid 10, van richtlijn 2004/17/EG, waarin melding wordt gemaakt van “andere vormen van beloning”, wordt in artikel 27, § 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 31

24. In de Nederlandse tekst van artikel 31, tweede lid, van het ontwerp dient te worden geschreven “Federale (niet: Federaal) Overheidsdienst Personeel en Organisatie”.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 53, derde lid, 2°, en 54, § 1, tweede lid, 2°, van het ontwerp.

Artikel 39

25. Aangezien met de “inmededingingstelling”, aan het einde van de inleidende zin van artikel 39 en in andere bepalingen van het ontwerp,²⁴ kennelijk telkens wordt bedoeld op de “oproep tot mededinging”, waarvan onder meer in artikel 42 van richtlijn 2004/17/EG melding wordt gemaakt, kan ook in het ontwerp beter gebruik worden gemaakt van het laatstgenoemde begrip.

26. In artikel 39, 4°, tweede lid, van het ontwerp:

- schrijve men in de Nederlandse tekst *in fine* van punt a) “die *het* voorwerp zullen zijn”;
- dient eveneens in de Nederlandse tekst het woord “bekomen” in de punten d) en e) te worden vervangen door het woord “verkrijgen”;
- dient in punt h) de vorm van de opdracht nog nader te worden gespecificeerd zoals in artikel 47, lid 5, tweede alinea, h), van richtlijn 2004/17/EG.

Artikel 40

27. Het opstellen van een lijst van geselecteerden en het instellen van een kwalificatiesysteem in artikel 40 van het ontwerp staat 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 dit best in de tekst van artikel 40 van het ontwerp worden vermeld.

28. In artikel 40, § 1, van het ontwerp wordt in de Nederlandse tekst beter geschreven “maakt ... bekend” of “gaat ... over tot bekendmaking” (niet: “publiceert”).

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 44, § 1, en 46, eerste lid, van het ontwerp.

29. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 40, § 2, van het ontwerp dient, zoals in de Franse tekst, te worden gerefereerd aan “hoofdstuk 5” (niet: § 5).

²⁴ Zie de artikelen 121, tweede lid, 122, en 124, eerste lid, van het ontwerp.

Artikel 51

30. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 51, § 1, tweede lid, van het ontwerp:

“Deze termijn mag echter worden ingekort tot een termijn die lang genoeg is om de indiening van geldige offertes toe te laten, die in principe niet korter is dan zesendertig dagen en die in geen enkel geval korter is dan (...)”.

31. In artikel 51, § 2, van het ontwerp dient in het eerste lid te worden geschreven “met (niet: met deze) elektronische middelen” (Franse tekst: “par des (niet: ces) moyens électroniques”.

Artikel 52

32. In artikel 52, § 1, eerste lid, van het ontwerp dient de discrepantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst te worden weggewerkt (“is de minimumtermijn (...) in principe zevenendertig dagen” – “le délai minimum (...) ne peut être inférieur en règle générale à trente-sept jours”. In artikel 45, derde lid, van richtlijn 2004/17/EG, is sprake van een “termijn van ten minste zevenendertig dagen”.

Artikel 54

33. Er is een discrepantie tussen de tekst van artikel 54, § 2, *in fine*, van het ontwerp, waar mede sprake is van een verzending van de uitnodiging om een offerte in te dienen “per telefax”, en de bespreking van die bepaling in het verslag aan de Koning, waar dat niet het geval is. Die discrepantie moet worden weggewerkt.

Artikel 56

34. In de Nederlandse tekst van artikel 56, § 1, tweede lid, van het ontwerp schrijve men “Wanneer de aanvraag wordt (niet: worden) ingediend (...)”.

Artikel 57

35. In artikel 57, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de voorwaarden, vermeld in het eerste lid, 1° tot 3°, van toepassing zijn op de kandidaten, de inschrijvers en de aanbestedende overheid. In het verslag aan de Koning wordt daar ook artikel 57, § 1, eerste lid, 4°, van het ontwerp aan toegevoegd. Deze discordantie moet worden verholpen.

36. In artikel 57, § 2, vierde lid, van het ontwerp dient de Nederlandse tekst in overeenstemming te worden gebracht met de Franse tekst door erin te schrijven "..., aanvaardt de kandidaat of inschrijver dat de (niet: bepaalde) gegevens van zijn aanvraag tot deelneming of offerte worden geregistreerd door het ontvangststelsel".

37. In de Nederlandse tekst van artikel 57, § 3, eerste lid, 2°, van het ontwerp dient te worden geschreven "zowel een aanvraag (...) als (niet: alsook) een veiligheidskopie". Die bepaling stemt voor het overige volledig overeen met artikel 52, § 3, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, behoudens in zoverre aan laatstgenoemde bepaling nog een bijkomende zin is toegevoegd.²⁵ Artikel 57, § 3, eerste lid, 2°, dient wellicht nog te worden aangevuld met die zin, die overigens wel is vermeld bij de bespreking van de bepaling in het verslag aan de Koning.

Artikel 63

38. In artikel 63, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp dient ook te worden verwezen naar artikel 71, dat eveneens handelt over het toegangsrecht.

39. In artikel 63, § 3, van het ontwerp is de verwijzing naar "de procedure in de zin van artikel 53, § 1, van de wet" niet duidelijk, aangezien die wetsbepaling mede betrekking heeft op de open procedure, terwijl de ontworpen bepaling klaarblijkelijk slechts de beperkte procedure of de onderhandelingsprocedure met bekendmaking betreft.

²⁵ Te weten "De veiligheidskopie van een offerte is voor het overige onderworpen aan de op offertes toepasselijke regels van dit besluit."

Artikel 64

40. Vraag is of, onder meer rekening houdende met de verwijzing in het vergelijkbare artikel 59, 1°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, in artikel 64, 1°, van het ontwerp niet dient te worden verwezen naar de artikelen 66 tot 78 (niet: 63 tot 77).

Artikel 66

41. In artikel 66, § 1, eerste lid, en § 2, 3°, van het ontwerp dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven “bij rechterlijke beslissing” (niet respectievelijk: “rechtelijke beslissing” en “vonnis”).

Artikel 69

42. In artikel 69, § 1, derde lid, en § 2, zesde lid, van het ontwerp wordt het woord “kalenderdagen” best vervangen door het woord “dagen”, dat ook elders in het ontwerp wordt gebruikt.

Artikel 77

43. Rekening houdend met de opvolging van de Europese Gemeenschap door de Europese Unie, vermeldt men in artikel 77 van het ontwerp het “recht van de Europese Unie” in plaats van het “Gemeenschapsrecht” en vervangt men het woord “communautaire” door het woord “Europese”.

Artikel 82

44. In de Nederlandse tekst van artikel 82, § 2, eerste lid, van het ontwerp dient de nummering van de onderdelen ervan te worden gecorrigeerd.

Artikel 83

45. Indien met de term “connaissances”, in de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 83, § 2, eerste lid, van het ontwerp, wordt bedoeld op de beroepsmatige kennis (zie de Nederlandse tekst), schrijft men beter “connaissances professionnelles”.

Artikel 89

46. In de Nederlandse tekst van artikel 89, § 1, tweede lid, van het ontwerp dienen de woorden “geadresseerd aan het adres” te worden vervangen door de woorden “verzonden naar het adres”.

47. Luidens artikel 89, § 2, tweede lid, van het ontwerp worden offertes die laattijdig bij de voorzitter toekomen, geweigerd of ongeopend behouden, welke ook de oorzaak van de laattijdigheid is. Die bepaling mag uiteraard geen afbreuk doen aan de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en verbod van discriminatie. Dat kan nochtans het geval zijn wanneer een onregelmatigheid wordt veroorzaakt door de aanbestedende overheid zelf en nadeel berokkent aan één of meer specifieke inschrijvers en niet voor andere inschrijvers. Indien het daarenboven de bedoeling is om de inschrijvers ook de mogelijkheid te ontnemen om overmacht in te roepen, lijkt voor een bepaling met die draagwijdte geen rechtsgrond voorhanden in de wet van 15 juni 2006.

Artikel 94

48. Gevraagd naar de redenen voor de verschillen tussen de verwijzingen in artikel 94, derde lid, van het ontwerp en in artikel 95, vierde lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Il convient en effet de citer également la section 11 du chapitre 1^{er} (conflits d'intérêts et ententes) comme dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; au même alinéa 3, le 2^o peut être supprimé. Il réfère en effet aux prix anormaux et cette problématique est déjà couverte par le 1^o, qui renvoie notamment à la section 9 du chapitre 1^{er}, traitant de cette question.”

Met dat voorstel tot aanpassing van de tekst kan worden ingestemd.

Artikel 95

49. In de hypothese waarin het voor de aanbestedende overheid niet mogelijk is om de fouten volgens eigen bevindingen te verbeteren, kan zij overeenkomstig het bepaalde in artikel 95, § 1, derde lid, van het ontwerp ofwel beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, ofwel de offerte als zijnde onregelmatig weren. Uit de ontworpen bepaling valt niet af te leiden op grond van welke criteria de aanbestedende overheid in het betrokken geval voor de ene dan wel voor de andere mogelijkheid kan opteren. In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 15 juli 2011, dat een gelijkkluidende bepaling bevat in artikel 96, § 1, derde lid, is dienaangaande wel een verduidelijking opgenomen, luidend als volgt:

“Uit paragraaf 1, derde lid, blijkt dat wanneer geen toelichting wordt verstrekt na dit verzoek, of de toelichting voor de aanbestedende overheid niet aanvaardbaar is, deze laatste de fouten naar eigen bevindingen verbetert. Indien dit onmogelijk is, kan de aanbestedende overheid, zoals in het koninklijk besluit van 8 januari 1996, beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn of de offerte als onregelmatig afwijzen. Deze laatste keuze valt geval per geval te motiveren door de aanbestedende overheid, in functie van de eigenheden van elk dossier. Zo zou de aanbestedende overheid een offerte kunnen aanvaarden niettegenstaande het feit dat de verbetering van materiële of rekenfouten daarin niet mogelijk is doordat de toelichting van de inschrijver niet aanvaardbaar is of er geen toelichting is gegeven, wanneer de fout de prijs van een te verwaarlozen post betreft, die hoe dan ook geen impact heeft op de rangschikking en/of de vergelijkbaarheid van de offertes, en waarvan het ongemoeid laten de gelijkheid van de inschrijvers niet in het gedrang brengt.”

Het verdient aanbeveling om het verslag aan de Koning bij het thans voorliggende ontworpen besluit met een gelijkaardige verduidelijking aan te vullen.

50. In de Franse tekst van artikel 95, § 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 96

51. In artikel 96, § 2, tweede lid, van het ontwerp dient de verwijzing naar “artikel 82, § 2, tweede streepje” te worden gecorrigeerd, aangezien een dergelijke bepaling als zodanig niet voorkomt in het ontwerp.

Artikel 97

52. De Nederlandse en de Franse tekst van artikel 97, § 2, van het ontwerp moeten met elkaar in overeenstemming worden gebracht (“verbeterd” - “modifié”). Wellicht is de Franse tekst correct.

Artikel 98

53. In artikel 98, § 1, van het ontwerp dient vooraan te worden verwezen naar artikel 97 (niet: 91) en dient in de Nederlandse tekst het woord “voorafgaand” te worden geschrapt.

Artikel 99

54. In artikel 99, § 3, eerste lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel “55, tweede lid, 3°” in plaats van naar artikel “55, 3°”.

Die opmerking geldt ook voor de artikelen 100, § 3, eerste lid, 102, vierde lid, 2°, en 103, vierde lid, 2°, van het ontwerp.

Artikel 100

55. Naar analogie van de Franse tekst vervange men in de Nederlandse tekst van artikel 100, § 2, eerste lid, van het ontwerp de woorden “volgens hun voordeligheid vanuit het oogpunt van” door de woorden “volgens hun economische voordeligheid uit het oogpunt van”.

Artikelen 102 en 103

56.1. In verband met de keuzemogelijkheid voor de aanbestedende overheid die is vervat in het vierde lid van artikel 102 van het ontwerp, kan worden vastgesteld dat in het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 15 juli 2011, dat een gelijkkluidend artikel 103, vierde lid, bevat, een verduidelijking is opgenomen, luidend als volgt:

“De aanvankelijke keuze tussen beide hypothesen valt geval per geval te motiveren door de aanbestedende overheid, in functie van de eigenheden van elk dossier. De eerste oplossing is met name aangewezen wanneer de prijzen van de eerste en de tweede gerangschikte inschrijver zeer dicht bij elkaar liggen. Wanneer hun prijzen verder uit elkaar liggen, zal het eerder aangewezen zijn te kiezen voor de tweede oplossing teneinde op die manier alle inschrijvers opnieuw in concurrentie te brengen. De initiële keuze voor de eerste hypothese verhindert de aanbestedende overheid niet om, zodra aangewezen, over te gaan naar de tweede.”

Het verdient aanbeveling om die verduidelijking ook op te nemen in het verslag aan de Koning dat bij het voorliggende ontwerp hoort.

56.2. Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de keuzemogelijkheid die voor de aanbestedende overheid is vervat in artikel 103, vierde lid, van het ontwerp.

Artikel 104

57. De gemachtigde bevestigt dat er een discrepantie bestaat tussen de tekst van artikel 104, § 1, 1°, van het ontwerp, waar onder meer sprake is van “de opdrachten voor diensten van de categorieën 6 en 8 van bijlage II, A, van de wet”, en de bespreking van die bepaling in het verslag aan de Koning, waar mede gewag wordt gemaakt van “sommige telecommunicatiediensten” (categorie 5 van voornoemde bijlage). Die discrepantie dient te worden weggewerkt.

58. De gemachtigde heeft tevens bevestigd dat de commentaar bij artikel 104 van het ontwerp in het verslag aan de Koning deels is afgestemd op de inhoud van artikel 105, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, bepaling die niet voorkomt in het ontworpen artikel. Die beschouwingen vervullen dus geen functie ten opzichte van artikel 104 en zijn dus uit het verslag aan de Koning weg te laten.

59. De gemachtigde heeft bovendien bevestigd dat in artikel 104, § 2, eerste lid, van het ontwerp niet naar artikel 28 dient te worden verwezen.

Artikel 105

60. Uit een inhoudelijke vergelijking van artikel 105, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp met het parallelle artikel 106, § 1, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, blijkt dat eerstgenoemde bepaling geen equivalent bevat voor de verwijzing in laatstgenoemde bepaling naar artikel 54 van dat besluit.

Indien die beperktere draagwijdte van artikel 105, § 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. Zo niet dient artikel 105, § 1, eerste lid, 1°, te worden aangevuld.

61. In artikel 105, § 1, eerste lid, 2°, van het ontwerp dienen de woorden “behalve de artikelen 66, §§ 1 en 2, 5°, en 67” te worden weggelaten, aangezien de bedoelde uitzondering ook in het volgende lid wordt uitgedrukt en er daar een beperking wordt aan verbonden.²⁶

62. Bij de bespreking van artikel 105 van het ontwerp in het verslag aan de Koning wordt gesteld dat de hoofdstukken 6 en 8 niet toepasselijk zijn op de onderhandelingsprocedure vermits ze enkel andere procedures beogen. Nochtans bevat hoofdstuk 8 van het ontwerp ook afdelingen over de promotieopdracht van werken en de elektronische veiling, die in het koninklijk besluit van 15 juli 2011 zijn opgenomen in hoofdstuk 9 en waaromtrent in het bij dat laatste besluit gevoegde verslag aan de Koning wordt gesteld dat zij wel toepassing kunnen vinden op de onderhandelingsprocedure. Blijkens richtlijn 2004/17/EG (artikel 54, lid 2, eerste alinea) en de wet van 15 juni 2006 (artikel 30, eerste lid, *juncto* artikel 55, eerste lid) is dat alleszins voor de elektronische veiling voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren niet anders. De betrokken passus in het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning moet dus kennelijk worden aangepast. Aan de gemachtigde is gevraagd te verduidelijken in welke mate de bepalingen van hoofdstuk 8 relevant zijn voor de onderscheiden onderhandelingsprocedures. Zijn antwoord luidt:

“Le commentaire devrait être adapté dans le même sens que l’arrêté royal du 15 juillet 2011 car les dispositions concernant la promotions de travaux et les enchères pourraient ici également trouver à s’appliquer en cas de procédure négociée.”

Artikel 109

63. In artikel 109, eerste lid, 2°, van het ontwerp dienen de woorden “van de contractuele verbintenis”, die afbreuk doen aan de leesbaarheid van die bepaling, te worden weggelaten.²⁷

Artikel 117

64. In de Franse tekst van artikel 117, 5°, van het ontwerp schrijve men “sont (niet: doivent être) précisées”.

²⁶ Zie in die zin trouwens artikel 106, § 1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

²⁷ Zie in die zin ook artikel 110, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

Artikelen 136 en 137

65. In artikel 136, eerste lid, van het ontwerp dient ook te worden verwezen naar artikel 32 ervan, als op de ontwerpenwedstrijd toepasselijk bekendmakingsvoorschrift, aangezien van dat artikel ook al melding wordt gemaakt in artikel 135, § 1, 1°, van het ontwerp.²⁸

Ook in artikel 137, eerste lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 32 (niet: 30).

66. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 137, derde lid, van het ontwerp, “de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met ...”.

Artikel 138

67. In het verslag aan de Koning wordt vermeld dat artikel 138 van het ontwerp “de bepalingen bevat van artikel 122 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996”. Artikel 138 van het ontwerp heeft evenwel een beperktere draagwijdte dan artikel 122 van dat besluit. Artikel 138 van het ontwerp beoogt immers, in tegenstelling tot artikel 122, enkel gegevens “met betrekking tot gegunde opdrachten, die onder de toepassing van de wet en dit besluit vallen”. Bovendien is ook de bepaling dat de nadere regels in verband met de mededeling van gegevens worden vastgesteld “in overleg met de gewestelijke overheden” nieuw in vergelijking met het bepaalde in artikel 122 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

Het past dat de steller van het ontwerp de redenen voor die verschilpunten toelicht in het verslag aan de Koning, zoals dat ook is gebeurd voor het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

Artikel 140

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

²⁸ Zie in die zin ook artikel 144, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

vallen met de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van het ontwerp die rechtsgrond vinden in de voornoemde wetsbepalingen.

Bijlagen

69. Iedere bijlage dient aan te geven dat ze een bijlage bij het besluit vormt en dient het opschrift van dat besluit te vermelden (“Bijlage ... bij het besluit van ...”).

Onderaan de bijlage moeten de woorden “Gezien om gevoegd te worden bij het besluit van ...” voorkomen en de bijlage moet dezelfde datum en hetzelfde ondertekeningsformulier vermelden als die van het besluit waarbij ze is gevoegd.

70. De bijlage 6, subbijlage D, en bijlage 12, afdeling IV.1, bevatten vermeldingen van de concurrentiedialoog. Aangezien die procedure inzake overheidsopdrachten in de speciale sectoren niet van toepassing is, dienen die vermeldingen achterwege te worden gelaten.

Slotopmerking

71. Rekening houdende met de opmerkingen die hiervoor zijn gemaakt, zal ook het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning op tal van punten dienen te worden aangepast. Het behoeft bovendien nog een grondig nazicht uit redactioneel oogpunt.²⁹

²⁹ Zo bevat het onder meer verwijzingen naar op overheidsopdrachten in speciale sectoren niet-toepasselijke wetsbepalingen (zie bv. de bespreking van artikel 28, *in fine*, met een verwijzing naar artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006) of procedures (zie bv. de bespreking van artikel 11, met een vermelding van de concurrentiedialoog), foutieve verwijzingen naar bepalingen van het ontwerp (zie bv. bij de bespreking van artikel 99 van het ontwerp de verwijzing naar het derde in plaats van naar het vierde lid van paragraaf 2 van dat artikel), foutieve kruisverwijzingen (zie bv. de bespreking van artikel 62, met foutieve verwijzingen naar achtereenvolgens de artikelen 101, 98 en 99), alsook enkele foutieve verwijzingen naar het te vervangen koninklijk besluit (zijnde dat van 10 januari 1996, niet dat van 8 januari 1996, zoals soms wordt vermeld; zie bv. de bespreking van artikel 96, § 5, van het ontwerp).

De kamer was samengesteld uit

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

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

M. VERSCHRAEGHEN

M. VAN DAMME

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 50.198/1
DU 20 OCTOBRE 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 16 août 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 28 octobre 2011, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux', 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. La réglementation inscrite dans le projet d'arrêté royal soumis pour avis, concerne les marchés publics dans ce qu'il est convenu d'appeler les « secteurs spéciaux », étant les marchés publics relatifs à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, visés au titre III de la loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services du 15 juin 2006 (ci-après « loi du 15 juin 2006 »).

Selon l'article 44, alinéa 1^{er}, de cette loi, son titre III s'applique aux « pouvoirs adjudicateurs », visés à l'article 2, 1^o, de même qu'aux « entreprises publiques », visées à l'article 2, 2^o, pour les marchés ayant trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance. Il s'ensuit encore de l'article 45 de la même loi que le titre précité s'applique aux différents types de marchés publics passés par ces pouvoirs adjudicateurs et ces entreprises publiques mais pas aux concessions de travaux publics « qui sont octroyés par les pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques exerçant une ou plusieurs activités visées au présent titre lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités ». En ce qui concerne les activités visées, le champ d'application du titre III de la loi est précisé à la section III de ce titre, qui comprend les articles 46 à 52.

Le projet vise avant tout à compléter la réglementation précitée en matière de marchés publics en poursuivant la transposition en droit interne de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après « directive 2004/17/CE »).

Le projet a en outre pour objet l'exécution du titre III de la loi du 15 juin 2006, étant entendu qu'il ne contient pas, selon le rapport au Roi, « les règles spécifiques applicables aux marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité au sens de la Directive 2009/81/CE, ni les règles générales d'exécution des marchés publics, ni les dispositions relatives aux délégations de pouvoirs et à certaines mesures de contrôle des marchés publics du niveau fédéral ». ¹

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

La réglementation en projet est essentiellement destinée à se substituer à terme à la réglementation inscrite actuellement 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, du transport et des services postaux (ci-après « l'arrêté royal du 10 janvier 1996 »). Toutefois, le projet reproduit également en tout ou en partie certaines dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (ci-après « l'arrêté royal du 26 septembre 1996 »), y compris du cahier général des charges qui en constitue l'annexe, plus particulièrement dans la mesure où il s'agit de dispositions qui doivent déjà être observées avant la phase de l'exécution d'un marché public.

Le projet comprend différentes annexes qui contiennent principalement des formulaires-types pour les documents du marché, mais également une liste non limitative

¹ En ce qui concerne la transposition de la directive 2009/81/CE, le Conseil d'État, section de législation, a émis, respectivement le 5 mai et le 29 août 2011, les avis 49.530/1 et 50.137/1/V sur les textes légaux et réglementaires en projet à ce sujet. Le rapport au Roi signale également que le projet ne traite pas « des marchés des entités adjudicatrices [visées à l'article 2, 3°, de la loi du 15 juin 2006] dans ces mêmes secteurs » ; le régime légal relatif à ces marchés est dès lors contenu dans le titre IV de la loi du 15 juin 2006. Il y a encore lieu d'observer que le régime en projet ne se rapporte pas non plus à la protection juridique lors de la passation des marchés qu'il régit ; dans ce domaine, un régime distinct sera élaboré, s'appliquant, selon le délégué, aux différents secteurs.

d'organismes de droit public qui doit préciser le champ d'application de la loi du 15 juin 2006 et de l'arrêté en projet.

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

3.2. Le premier alinéa du préambule se réfère également à l'article 54 de la loi du 15 juin 2006. Cette disposition légale ne renferme aucune délégation de pouvoirs au Roi et ne procure pas de fondement juridique à la réglementation en projet.

En revanche, l'article 55 de la loi précitée semble bien pouvoir conférer un fondement juridique, même si le premier alinéa du préambule ne fait pas mention de cette disposition. L'article 55 visé ne contient pas non plus de délégation mais son premier alinéa se réfère à de nombreuses dispositions du titre II de la loi qui sont de ce fait déclarées applicables aux marchés publics visés au titre III. L'article 55, alinéa 3, de la loi, va même jusqu'à étendre, dans le cadre de ce dernier titre, le champ d'application de l'article 30 de la loi à la procédure négociée avec publicité. Pour autant que les dispositions en question du titre II de la loi renferment bien des délégations au Roi et que le projet à l'examen en fait usage, ces dispositions, combinées à l'article 55 précité de la loi, peuvent être réputées procurer au projet son fondement juridique.²

3.3. En ce qui concerne l'article 2, § 1^{er}, 4^o, du projet, qui définit la procédure négociée directe avec publicité, c'est l'article 3, 8^o, *in fine*, de la loi du 15 juin 2006 qui lui confère son fondement juridique en ce que cette procédure est de ce fait également créée en tant que procédure de négociation avec publicité, à laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut demander à participer, s'appliquant exclusivement pour les marchés publics inférieurs aux seuils européens.

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

² Voir à titre d'exemple l'article 20 du projet, combiné à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006, les articles 5 et 57 du projet, combinés à l'article 10 de la loi, ou les articles 131 à 137 du projet, combinés à l'article 33, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi.

Il s'agit plus particulièrement des articles 4, 10, 13, 15 à 19, 22, 23, 28 et 139 du projet.

3.5. L'article 114, alinéa 2, du projet précise pour les marchés 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 15 juin 2006 habilitant le Roi, « pour autant que cela s'avère nécessaire pour l'organisation et la gestion du marché de promotion », à prévoir des dérogations aux deux articles précités de la loi du 10 janvier 1824 en question lorsqu'il fixe les conditions susvisées.

L'article 114, alinéa 2, du projet prévoit sans plus de précision une dérogation aux articles concernés de cette dernière loi.

Dans la mesure où l'auteur du projet estime qu'il existe ³ un motif d'ordre général de déroger aux dispositions concernées en matière de superficie, il est recommandé de le préciser dans le rapport au Roi.

EXAMEN DU TEXTE

Observations générales

4. L'intention à la base de la réglementation en projet est notamment de poursuivre la transposition en droit interne de la directive 2004/17/CE. Cette transposition s'opère au moyen de différents textes normatifs. Certaines dispositions de la directive ont été transposées par la loi du 15 juin 2006. D'autres dispositions de la directive seront transposées par d'autres lois et arrêtés d'exécution distincts. ⁴ D'autres encore le seront par des arrêtés d'exécution de la loi du 15 juin 2006. Le projet à l'examen est un de ces arrêtés.

³ C'est ce point de vue qui semble avoir présidé à la conception de l'article 28, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006; voir en effet l'exposé des motifs du projet ayant donné lieu à cette disposition, *Doc. parl.*, Chambre 2010-11, n° 1590/1, 11 : « L'intention est notamment de prévoir dans ledit arrêté 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 ».

⁴ Ainsi, la transposition de l'article 49 de la directive 2004/17/CE s'opérera, dans le cadre d'une nouvelle transposition des directives relatives à la protection juridique (voir chapitre IIbis du titre II de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services), par une loi et un arrêté d'exécution distincts.

L'auteur du projet ayant choisi de transposer certaines dispositions de la directive par un certain nombre de lois et de transposer les autres dispositions européennes par des arrêtés d'exécution, il y a lieu de veiller à ce que la transposition morcelée en différents textes, soit complète. La réglementation en projet serait ainsi davantage accessible non seulement si l'articulation avec la directive 2004/17/CE était précisée dans le rapport au Roi, mais également si ce dernier était accompagné d'un tableau de concordance indiquant clairement quels articles de la loi du 15 juin 2006 et du projet soumis pour avis visent la transposition de quelles dispositions de la directive susvisée et, inversement, quelles dispositions européennes sont transposées en droit interne par quelles dispositions normatives.

Un tableau de concordance a, à cet égard, effectivement été transmis au Conseil d'État, section de législation. Le tableau en question ne donne toutefois qu'un aperçu de la transposition de la directive par la loi du 15 juin 2006 et par le projet d'arrêté d'exécution à l'examen. Un tableau permettant une vérification en sens inverse, n'a en revanche pas été communiqué, ce qui a compliqué l'examen sur ce point.

Le tableau de concordance communiqué doit en outre être revu. Il contient en effet un certain nombre de mentions qui ne sont pas correctes et qui doivent être rectifiées.⁵ En outre, il est parfois imprécis, voire incomplet.⁶

4.1. Il ressort de ce qui précède que le projet ne vise pas une transposition complète de la directive 2004/17/CE en droit interne. La question est de savoir si la transposition partielle ainsi conçue de la directive précitée s'opère correctement et si la transposition, dans ce cadre limité, n'est pas incomplète ou incorrecte sur certains points. La comparaison du texte du projet avec celui de la directive 2004/17/CE et avec le tableau de concordance communiqué au Conseil d'État par le délégué, soulève plusieurs questions et met en lumière la nécessité de formuler des observations concernant la transposition projetée de la directive précitée. Les paragraphes qui suivent rendent compte de ces questions et observations.

4.2. Dans le projet, la transposition de certains articles de la directive 2004/17/CE fait défaut. Comme l'a confirmé le délégué, la réglementation en projet sera complétée sur ces points.

⁵ Ainsi, il est par exemple fait erronément référence à l'article 24 au lieu de l'article 32 du projet pour la transposition de l'article 61 de la directive. L'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE n'est pas transposé par l'article 39 du projet, pas plus que l'article 57, § 1^{er}, du projet ne transpose l'article 48, paragraphe 5, d) de cette directive. D'autre part, les références à la transposition par les dispositions de la loi du 15 juin 2006 dans le tableau de concordance sont fautives. Ainsi, en ce qui concerne la transposition des articles 1^{er} et 2 de la directive, il est erronément fait référence à plusieurs reprises aux articles 46 et 45 au lieu des articles 45 et 44 de la loi.

⁶ Ainsi, il n'est pas mentionné que les articles 11, 22bis, 46 et 69 de la directive 2004/17/CE sont transposés respectivement par les articles 70 et 71, 17, § 2, *juncto* 55, alinéa 1^{er}, 48 et 49, et 32, alinéa 2, du projet. Il n'est pas non plus tenu compte du fait que certaines dispositions du projet, comme l'article 2, § 1^{er}, 13^o et d'autres éléments de l'énumération à l'article 57, § 1^{er}, correspondent au contenu des annexes XI et XIV de la directive.

Ainsi, l'article 24 du projet doit être complété pour transposer l'article 17, paragraphe 5, de la directive précitée. Afin d'assurer la transposition de l'article 41, paragraphe 2, de cette même directive 2004/17/CE, l'article 36 du projet doit également être complété. Pour la transposition de l'article 43, paragraphe 3, de la directive, mieux vaudra étoffer l'article 41, § 3, du projet.

4.3. Les règles concernant la valeur des marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés dans le courant d'une période déterminée, contenue respectivement à l'article 26, alinéa 1^{er} et à l'article 27, § 3, du projet, ne correspondent pas à celles de l'article 17, paragraphe 7, de la directive 2004/17/CE.

Le rapport au Roi mentionne à ce propos ce qui suit :

« L'article 17, [paragraphe] 7, de la Directive 2004/17/CE prévoit deux modes de calcul différents pour ce type de marchés. Dans ce projet, la méthode de calcul la plus sévère a été retenue pour éviter des interprétations erronées. »

Dans la mesure où c'est le mode d'estimation mentionné à l'article 17, paragraphe 7, b) de la directive, qui est visé, il y a lieu d'observer que cette disposition européenne énonce « ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à douze mois » alors que les articles 26, alinéa 1^{er}, et 27, § 3, du projet contiennent chaque fois le segment de phrase « ou au cours de toute la période si celle-ci est supérieure à douze mois ». On n'aperçoit pas pourquoi la rédaction du projet s'écarte sur ce point de la disposition européenne correspondante. Il conviendrait soit de fournir quelque explication à ce sujet dans le rapport au Roi, soit d'adapter la rédaction de la disposition concernée.

4.4. Selon le délégué, la transposition de l'article 17, paragraphe 8, de la directive dans le projet est : « overbodig gelet op artikel 3, 4°, van de voormelde wet van 15 juni 2006 betreffende de definitie van opdracht voor diensten, in samenlezing met artikel 45 van dezelfde wet ». Les dispositions légales précitées ne contiennent toutefois aucune règle concernant l'estimation de la valeur d'un marché, ce qui est en revanche le cas de l'article 17, paragraphe 8, de la directive. Par conséquent, on ne voit guère de raison de renoncer à la transposition de cette dernière disposition.

4.5. Afin de transposer correctement l'article 35, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE, on remplacera à l'article 7, § 1^{er}, du projet, les mots « marchés de travaux » par les mots « marchés de travaux, de fournitures ou de services mentionnés dans l'annexe II, A, de la loi ». ⁷ Le délégué se rallie à l'adaptation proposée.

⁷ Compte tenu également de l'article 32 de la directive.

4.6. À la fin de l'article 36, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, les textes français et néerlandais diffèrent. Alors que le texte français mentionne « [les] articles 51, § 1^{er}, alinéa 2, et 52, § 2, alinéa 3 », le texte néerlandais fait référence à « de artikelen 52, § 1, tweede lid, en 51, § 2, derde lid ». Selon le délégué, la référence aux articles 51, § 1^{er}, alinéa 2, et 52, § 2, alinéa 3, est la seule qui soit correcte et il conviendra d'adapter, selon lui, le texte néerlandais de l'article 36, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet.

Cette adaptation soulève toutefois des questions concernant la transposition correcte de la directive 2004/17/CE.

Selon le tableau de concordance qui a été communiqué au Conseil d'État, l'article 36, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet a pour objet la transposition de l'article 41, paragraphe 1^{er}, de la directive précitée. L'article 41, paragraphe 1^{er}, avant-dernier alinéa, de la directive fait toutefois uniquement référence à « l'article 45, paragraphe 4 » de cette même directive, laquelle disposition est, conformément au tableau de concordance, transposée en droit interne par l'article 51, § 1^{er}, alinéa 2, du projet.

Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« In het ontworpen artikel 36, § 1, eerste lid, wordt, rekening gehouden met de voormelde correctie in de Nederlandse tekst, naast artikel 52, § 1, tweede lid, van het ontwerp – dat overeenstemt met artikel 45.4. van de richtlijn – inderdaad ook nog verwezen naar artikel 52, § 2, derde lid, van het ontwerp. Dit laatste artikel stemt overeen met de bepalingen van artikel 45.5 en 6. van de richtlijn die betrekking hebben op de mogelijkheid om de termijnen voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes, al naargelang, in te korten met 7 dagen wanneer de aankondiging van opdracht via elektronische middelen is opgesteld en verzonden, en, wat betreft de termijn voor de ontvangst van de offertes, bijkomend met nog eens 5 dagen wanneer de aanbestedende overheid via een in de aankondiging vermeld internetadres vrije, rechtstreekse, onmiddellijke en volledige toegang biedt tot de opdrachtdocumenten. In artikel 41.1. van de richtlijn wordt naar de laatstgenoemde inkortingsmogelijkheden van artikel 45.5 en 6. niet verwezen, daar deze algemeen toepasselijk zijn (dus ook op het geval van de, desgevallend reeds ingekorte, bekendmakingstermijn na een periodieke indicatieve aankondiging). In het voorliggend ontwerp is evenwel niet voorzien in een algemene bepaling voor de inkortingsmogelijkheden als bedoeld in artikel 45.5. en 6. van de richtlijn en bijgevolg wordt waar nodig telkens naar de daartoe specifieke bepalingen in het ontwerp verwezen, *in casu* dus het ontworpen artikel 52, § 2, derde lid. »

À propos de cette précision, il y a tout d'abord lieu d'observer que l'article 52, § 2, alinéa 3, 1^o, du projet ne concerne apparemment que le délai de réception des offres en procédure

restreinte et en procédure négociée avec publicité.⁸ La disposition concernée ne peut guère être considérée comme la transposition de l'article 45, paragraphe 5, de la directive 2004/17/CE : l'article 45, paragraphe 5, de la directive prévoit en effet une réduction du délai de réception des demandes de participation et est transposé par l'article 52, § 1^{er}, alinéa 2, du projet.

En outre, il y a lieu de faire référence à la fin de l'article 36, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet – comme le confirme d'ailleurs le délégué – à l'article 51, § 1^{er}, alinéa 2, du projet et non à l'article 52, § 1^{er}, alinéa 2. L'article 51, § 1^{er}, alinéa 2, précité est conforme à l'article 45, paragraphe 4, de la directive mais ne concerne pas une réduction de délai de sept jours. Il renferme bien une autre possibilité de réduction de délai de réception des offres en cas de procédure ouverte, publiée par un avis périodique indicatif.

Il est suggéré à l'auteur du projet de non seulement remplacer, à la fin de l'article 36, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, la référence à l'article 52, § 1^{er}, alinéa 2, dans le texte néerlandais, par une référence à l'article 51, § 1^{er}, alinéa 2, mais également d'omettre l'article 52, § 2, alinéa 3, 1^o, de sorte que cet alinéa ne mentionne plus que la réduction du délai de cinq jours.⁹

4.7. L'article 36, § 1^{er}, alinéa 2, a), du projet s'écarte de la rédaction de l'article 41, paragraphe 1^{er}, premier alinéa, c), de la directive 2004/17/CE qui dispose que l'avis périodique indicatif concerne des marchés que le pouvoir adjudicateur entend passer « au cours des douze mois à venir ».

4.8. Compte tenu de l'article 53, paragraphe 5, de la directive 2004/17/CE, on mentionnera aussi les « capacités professionnelles »¹⁰ à l'article 40, § 2, 2^o, du projet.

4.9. Comme l'a confirmé le délégué, la portée de l'article 40, § 2, 5^o, du projet doit être limitée à la procédure restreinte et à la procédure négociée, comme c'est le cas à l'article 53, paragraphe 9, de la directive 2004/17/CE.

4.10. L'article 47, alinéa 3, du projet a pour objet de transposer l'article 45, paragraphe 9, de la directive 2004/17/CE. Or il est fait abstraction à cet égard de la possibilité prévue par cette disposition de la directive de fixer les délais de réception des offres d'un

⁸ Voir l'article 52, § 2, alinéa 1^{er}, et le segment de phrase liminaire de l'article 52, § 2, alinéa 3, du projet.

⁹ Dans ce cas, l'article 52, § 2, alinéa 3, du projet ne comportera plus de subdivision.

¹⁰ Voir du reste aussi l'article 72, alinéa 1^{er}, du projet.

commun accord, en application de l'article 52, § 2, alinéa 1^{er}, du projet et de déroger ainsi à la règle de base en matière de prolongation de ces délais.¹¹

4.11. L'article 49 du projet prévoit, en ce qui concerne la communication de renseignements complémentaires sur les documents du marché, un délai de quatre jours « lorsque le pouvoir adjudicateur a requis le bénéfice d'une publication par voie accélérée [...] ». Outre qu'il faut notamment viser à cet égard « l'article 52, § 2, alinéa 4 » et pas « l'article 52, § 2, alinéa 5 », comme le fait la disposition en projet, il y a lieu d'observer que la directive 2004/17/CE ne prévoit pas un tel délai abrégé. Il serait souhaitable, notamment en vue de l'applicabilité du régime en projet, de préciser dans le rapport au Roi les motifs pour lesquels l'auteur du projet estime qu'il est nécessaire de s'écarter de la directive sur ce point.

4.12. À la différence de l'article 45, paragraphe 5, de la directive 2004/17/CE, l'article 51 du projet ne prévoit pas la possibilité de raccourcir de sept jours les délais de réception des offres dans les procédures ouvertes en raison de l'utilisation de moyens électroniques pour les avis de marché. Il est dès lors exclu que cette possibilité se cumule avec la possibilité inscrite à l'article 51, § 2, du projet de raccourcir ces mêmes délais en raison de l'utilisation des moyens électroniques pour la mise à disposition de documents du marché,¹² même si l'article 45, paragraphe 7, de la directive autorise pareil cumul.

Mieux vaudrait que l'auteur du projet réexamine cette approche restrictive, dès lors que les déclarations précitées du délégué semblent indiquer que tel n'est manifestement pas l'objectif.

4.13. L'article 45, paragraphe 3, a), de la directive 2004/17/CE précise « si l'avis est envoyé pour publication par des moyens autres que par voie électronique ou par télécopieur ». Contrairement à certaines autres dispositions du projet,¹³ l'article 52, § 1^{er}, alinéa 3, du projet ne mentionne pas le télécopieur comme moyen de communication alternatif. On n'aperçoit pas pourquoi le projet s'écarte de la directive sur ce point.

4.14. L'article 56, § 1^{er}, alinéa 2, du projet a pour objet de transposer l'article 48, paragraphe 6, c), de la directive 2004/17/CE. Cette disposition de la directive fait toutefois référence à la mention du segment de phrase « l'invitation visée à l'article 47, paragraphe 5 ». Afin de transposer également sur ce point la disposition concernée de la directive en droit interne, le délégué propose « het ontworpen artikel 56, § 1, hiertoe aan te vullen met de vermelding van

¹¹ L'article 45, paragraphe 9, de cette directive, précise « , sauf dans le cas d'un délai fixé d'un commun accord conformément au paragraphe 3, point b), ».

¹² Transposition de l'article 45, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE.

¹³ Voir les articles 54, § 2, et 101, alinéas 2 et 3, du projet.

de uitnodiging die volgt op een periodieke indicatieve aankondiging als bedoeld in het ontworpen artikel 37, eerste lid, 2°, alsook met een verwijzing naar artikel 39, 4°, tweede lid, betreffende de informatie die de bedoelde uitnodiging moet bevatten ». Cette suggestion peut être admise.

4.15. L'article 57, § 1^{er}, du projet ne transpose pas l'article 48, paragraphe 5, d), de la directive 2004/17/CE. La mention dans le tableau de transposition n'est dès lors pas correcte sur ce point. C'est plutôt l'article 57, § 2, alinéa 2, du projet qui se prêterait à la transposition de la disposition précitée de la directive, même si la question se pose de savoir si les mots « ou ne peuvent l'être que très difficilement » et « à condition que le pouvoir adjudicateur y consente préalablement », qui figurent à l'article 57, § 2, alinéa 2, du projet, peuvent se concilier avec l'article 48, paragraphe 5, d), de la directive.

À cet égard, le délégué a répondu :

« Terechte opmerking. De bepalingen van het ontworpen artikel 57, § 2, zouden hiertoe dienen te worden gepreciseerd en/of aangevuld. »

5. Diverses dispositions du projet s'écartent sans raison apparente ou plausible de la terminologie ou de la rédaction de la directive 2004/17/CE. Le commentaire des articles du projet cite 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.

6. Il est recommandé d'uniformiser au maximum la terminologie utilisée dans le projet, même si certaines notions pourraient être conçues comme des synonymes.¹⁴ Ainsi, dans le texte néerlandais, mieux vaudrait ne pas utiliser alternativement les notions « periodieke indicatieve aankondiging » et « periodieke enuntiatieve aankondiging ». ¹⁵

7. 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 publics. Toutefois, comme c'était encore le cas récemment pour l'avant-projet devenu la loi du 5 août 2011

¹⁴ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, n° 3.6, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État www.raadvst-consetat.be

¹⁵ Comparer par exemple l'article 7, § 1^{er}, du projet avec l'article 35.

modifiant la loi du 15 juin 2006,¹⁶ 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 actuellement définies dans la loi du 15 juin 2006,¹⁷ 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 néerlandais¹⁸.

La notion « passation » du marché (*plaatsing van de opdracht*) utilisée dans l'intitulé et dans diverses dispositions du projet n'est pas définie, alors qu'elle gagnerait à l'être pour la clarté de la législation. La notion concernée est en effet susceptible de faire l'objet d'une interprétation différente 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 »¹⁹, 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. Il conviendra par conséquent de revoir ce dernier sur ce point.

8. Le projet ne contient pas de règles spécifiques pour l'accord-cadre au sens, par exemple, des articles 136 à 138 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (appelé ci-après « arrêté royal du 15 juillet 2011 »). Or, tant la directive 2004/17/CE²⁰ que la loi du 15 juin 2006²¹ prévoient également l'usage d'un tel accord pour les marchés publics dans les secteurs spéciaux.

¹⁶ Avis 49.529/1 du 5 mai 2011 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 1590/1, 42).

¹⁷ Voir l'article 3, 16° et 17°, de la loi visée.

¹⁸ Tel est par exemple le cas des articles 4, 9, § 2, alinéa 1^{er}, 11, alinéa 2, 23, 39, 4°, alinéa 2, b), 44, § 2, alinéa 1^{er}, 5°, 46, alinéa 4, 50, 55, alinéa 2, 3°, a), 61, 64, 3°, 69, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 70, 135, § 1^{er}, 1°, et 139, alinéa 1^{er}, *in limine*. La même chose s'observe en ce qui concerne la forme verbale (formes conjuguées ou non de « passer » et de « *gunnen* »), (par exemple dans les articles 26, alinéa 1^{er}, 27, § 3, 35, 41, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, 98, § 2, alinéa 1^{er}, 123, alinéa 1^{er}, et 139, alinéa 1^{er}, *in fine*). Parfois, seul le texte néerlandais fait mention de « *gunningsprocedure* » (voir pour différentes occurrences, l'article 66 du projet).

¹⁹ Ce qui correspond à la définition donnée dans les textes français et néerlandais de l'article 3, 16°, de la loi du 15 juin 2006.

²⁰ Voir les articles 14, paragraphes 1 et 2, et 40, paragraphe 3, i, de la directive.

²¹ Voir l'article 55, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 qui renvoie à la plupart des alinéas de l'article 32; voir encore l'article 53, § 2, 1°, g), de la même loi.

À cet égard, le délégué a communiqué ce qui suit :

« Les dispositions relatives à l'accord-cadre sont fort détaillées dans la directive 2004/18/CE, ce qui n'est pas le cas dans le régime des secteurs spéciaux, l'accord-cadre une fois conclu autorisant la passation des marchés subséquents par procédure négociée sans publicité sans autre justification (article 53, § 2, 1^o, g, de la loi du 15 juin 2006). Ceci explique la différence d'approche, qui est d'ailleurs celle suivie dans les arrêtés d'exécution de la loi du 24 décembre 1993. »

À ce sujet, le Conseil d'État, section de législation souligne que l'article 55, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 fait bel et bien mention de l'article 32, alinéa 6, de la même loi, ce qui signifie que le Roi définit les règles applicables à l'accord-cadre également en ce qui concerne les marchés publics dans les secteurs spéciaux. Par ailleurs, on peut constater que la passation initiale de l'accord-cadre, en application de l'article 53, § 2, 1^o, g), de la loi, doit se faire suivant les modalités d'une des procédures visées à l'article 53, § 1^{er}, de la loi, à savoir une autre procédure que la procédure négociée sans publicité.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Préambule

9. Compte tenu des observations formulées ci-dessus au sujet du fondement juridique du projet, on ajoutera au début du préambule un alinéa visant l'article 108 de la Constitution et dans son premier alinéa actuel – qui devient le deuxième alinéa – on adaptera la référence aux articles de la loi du 15 juin 2006.

10. L'avis de la Commission des marchés publics que mentionne le deuxième alinéa actuel du préambule – qui devient le troisième alinéa – date du 20 juillet 2011 (et non : 6 juin 2011).

Article 1^{er}

11. L'article 1^{er} du projet doit mentionner la directive 2004/17/CE en indiquant son intitulé officiel. À cette fin, on remplacera les mots « relative à la » par le mot « portant ».

La même observation vaut pour l'article 32, alinéa 2, du projet.

Article 2

12. Dans le texte néerlandais de l'article 2, § 1^{er}, 6°, du projet, on remplacera les mots « vermoedelijk zijn » par les mots « worden vermoed ».

13. On rédigera l'article 2, § 1^{er}, 8°, du projet comme suit :

« marché mixte : le marché dont les prix sont fixés selon les différents modes visés aux 5° à 7°; ».

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

15. La définition de la notion « variante », à l'article 2, § 1^{er}, 11°, du projet, soulève la question de savoir si des variantes purement financières sont exclues. La doctrine montre que les opinions sont partagées à ce sujet.²² Par souci de clarté et de sécurité juridique, il serait recommandé dès lors que le rapport au Roi apporte quelques précisions supplémentaires sur ce point.

Article 5

16. 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, il faudra compléter l'article 5, § 3, du projet en ce sens.

Article 7

17. Dans le texte néerlandais de l'article 7, § 1^{er}, du projet, on remplacera les mots « dienstenverleners » et « in de regel », respectivement, par les mots « dienstverleners » et « regelmatig ».²³

²² Voir à cet égard L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », dans D. D'HOOGHE (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, n° 817.

²³ Voir également à cet égard les termes de l'article 2, 5°, de la loi du 15 juin 2006 et de l'article 35, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/17/CE.

Article 9

18. Selon l'article 9, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, les variantes libres ne sont pas autorisées en cas d'adjudication. L'article 9, § 3, dispose que le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une variante libre pour la seule raison qu'un marché de services deviendrait un marché de fournitures ou inversement. Il se déduit toutefois du rapport au Roi que le pouvoir adjudicateur dispose de diverses possibilités pour soumettre la variante précitée à des limitations ou même l'exclure 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 12

19. À l'alinéa 1^{er} de l'article 12 du projet, les mots « peuvent demander au soumissionnaire », dans le texte français, ne correspondent pas aux mots « kunnen de inschrijven verplichten », dans le texte néerlandais. Contrairement au texte français (demander), le texte néerlandais fait référence à une obligation. Il faudra dès lors adapter l'un des deux textes.

20. Le segment de phrase « En toute hypothèse, le soumissionnaire respecte l'alinéa premier (lire : 1^{er}) » figurant à l'article 12, alinéa 2, du projet, donne à penser que dans d'autres circonstances que celles visées à l'alinéa 2, le soumissionnaire peut faire le choix de ne pas respecter l'article 12, alinéa 1^{er}. Compte tenu des précisions apportées dans le rapport au Roi, telle ne semble pas être l'intention. Mieux vaudrait donc écrire à l'article 12, alinéa 2 :

« Le soumissionnaire indique toujours dans son offre les informations mentionnées à l'alinéa 1^{er} lorsque la procédure comprend plus d'une phase et que la capacité des sous-traitants et des autres entités visées à l'article 72 est déterminante pour sa sélection ».

Article 21

21. L'article 21, § 3, alinéa 2, du projet fait mention d'« un prix ». L'article 98, § 3, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, auquel fait référence le rapport au Roi, mentionne « prix unitaires ou globaux ». On peut se demander s'il ne faudrait pas préciser que la notion de « prix » à l'article 21, § 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 24

22. Le libellé de la phrase introductive de l'article 24, alinéa 1^{er}, du projet, s'écarte de celui de l'article 17, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2004/17/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 17, paragraphe 1, de la directive. Il s'impose de mieux harmoniser le texte de la phrase introductive de l'article 24, alinéa 1^{er}, du projet et celui de l'article 17, paragraphe 1^{er}, premier alinéa, de la directive précitée.

Article 27

23. Contrairement à l'article 17, paragraphe 10, de la directive 2004/17/CE, dont le texte néerlandais mentionne « andere vormen van beloning », le texte néerlandais de l'article 27, § 1^{er}, alinéa 2, du projet mentionne chaque fois « andere vormen van vergoeding » (dans le texte français : « autres formes de rémunération »). De toute évidence, l'auteur du projet préfère prévoir une terminologie différente de la directive concernée. Il serait utile que le rapport au Roi apporte quelques précisions sur ce point également.

Article 31

24. Dans le texte néerlandais de l'article 31, alinéa 2, du projet, on écrira « Federale (et non : Federaal) Overheidsdienst Personeel en Organisatie ».

La même observation vaut pour les articles 53, alinéa 3, 2^o, et 54, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o, du projet.

Article 39

25. Dès lors que de toute évidence, le terme « inmededingingstelling », figurant à la fin de la phrase introductive de l'article 39 et dans d'autres dispositions du texte néerlandais du projet,²⁴ vise chaque fois « oproep tot mededinging », que mentionne notamment l'article 42 de la directive 2004/17/CE, le projet gagnerait à utiliser également cette dernière notion.

26. À l'article 39, 4^o, alinéa 2, du projet :

²⁴ Voir les articles 121, alinéa 2, 122, et 124, alinéa 1^{er}, du projet.

- on écrira à la fin du texte néerlandais du point a) « die *het* voorwerp zullen zijn »;
- toujours dans le texte néerlandais, on remplacera le mot « *bekomen* » aux points d) et e) par le mot « *verkrijgen* »;
- au point h), on précisera encore la forme du marché, comme à l'article 47, paragraphe 5, deuxième alinéa, h), de la directive 2004/17/CE.

Article 40

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

28. À l'article 40, § 1^{er}, du projet, mieux vaudrait écrire dans le texte néerlandais « *maakt ... bekend* » ou « *gaat ... over tot bekendmaking* » (et non : « *publiceert* »).

La même observation vaut pour les articles 44, § 1^{er}, et 46, alinéa 1^{er}, du projet.

29. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 40, § 2, du projet, on fera mention, comme dans le texte français, du « chapitre 5 » (et non : § 5).

Article 51

30. La lisibilité commande d'écrire dans le texte néerlandais de l'article 51, § 1^{er}, alinéa 2, du projet :

« *Deze termijn mag echter worden ingekort tot een termijn die lang genoeg is om de indiening van geldige offertes toe te laten, die in principe niet korter is dan zesendertig dagen en die in geen enkel geval korter is dan (...)* ».

31. À l'article 51, § 2, du projet, on écrira à l'alinéa 1^{er} « *par des* (et non : *ces*) *moyens électroniques* » (texte néerlandais : « *met (niet : met deze) elektronische middelen* »).

Article 52

32. À l'article 52, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, on éliminera la discordance entre le texte français et le texte néerlandais (« le délai minimum (...) ne peut être inférieur en règle générale à trente-sept jours » - « is de minimumtermijn (...) in principe zeventig dagen ». L'article 45, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE, mentionne un « délai [... d'] au moins trente-sept jours ».

Article 54

33. Il y a une discordance entre la fin du texte de l'article 54, § 2, du projet, qui notamment mentionne l'envoi de l'invitation à présenter une offre « par télécopie », et le commentaire de cette disposition dans le rapport au Roi, qui ne mentionne pas cette possibilité. Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

Article 56

34. Dans le texte néerlandais de l'article 56, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, on écrira « Wanneer de aanvraag wordt (et non : worden) ingediend (...) ».

Article 57

35. L'article 57, § 1^{er}, alinéa 2, du projet dispose que les conditions prévues à l'alinéa 1^{er} à 3^o, s'appliquent aux candidats, aux soumissionnaires et au pouvoir adjudicateur. Le rapport au Roi y ajoute également l'article 57, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, du projet. Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

36. À l'article 57, § 2, alinéa 4, du projet, le texte néerlandais doit être mis en concordance avec la version française en l'adaptant comme suit : « ..., aanvaardt de kandidaat of inschrijver dat de (et non : bepaalde) gegevens van zijn aanvraag tot deelneming of offerte worden geregistreerd door het ontvangststelsel ».

37. Dans le texte néerlandais de l'article 57, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet, on écrira « zowel een aanvraag (...) als (et non : alsook) een veiligheidskopie ». Par ailleurs, cette disposition correspond entièrement à l'article 52, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet

2011, sauf que cette dernière disposition compte une phrase supplémentaire.²⁵ L'article 57, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, doit sans doute encore être complété par cette phrase qui est, du reste, mentionnée dans le commentaire de la disposition dans le rapport au Roi.

Article 63

38. L'article 63, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet doit aussi viser l'article 71, qui est également consacré au droit d'accès.

39. À l'article 63, § 3, du projet, la référence à « la procédure au sens de l'article 53, § 1^{er}, de la loi » est ambiguë, dès lors que cette disposition législative porte notamment sur la procédure ouverte, alors que de toute évidence, la disposition en projet ne concerne que la procédure restreinte ou la procédure négociée avec publicité.

Article 64

40. La question se pose de savoir si compte tenu, notamment, de la référence inscrite à l'article 59, 1^o, analogue, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il ne faudrait pas que l'article 64, 1^o, du projet vise les articles 66 à 78 (et non : 63 à 77).

Article 66

41. À l'article 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, 3^o, du projet, on écrira dans le texte néerlandais « bij rechterlijke beslissing » (et non respectivement : « rechtelijke beslissing » et « vonnis »).

Article 69

42. À l'article 69, § 1^{er}, alinéa 3, et § 2, alinéa 6, du projet, mieux vaudrait remplacer les mots « jours de calendrier » par le mot « jours », qui est également utilisé dans d'autres dispositions du projet.

²⁵ À savoir : « La copie de sauvegarde d'une offre est par ailleurs soumise aux règles du présent arrêté qui sont applicables aux offres ».

Article 77

43. Compte tenu du fait que l'Union européenne a succédé à la Communauté européenne, on mentionnera à l'article 77 du projet « droit de l'Union européenne » au lieu de « législation communautaire » et on remplacera le mot « communautaire » par le mot « européen ».

Article 82

44. Dans le texte néerlandais de l'article 82, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, on rectifiera la numérotation des subdivisions qu'il comporte.

Article 83

45. Si, dans le texte français de la phrase introductive de l'article 83, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, le terme « connaissances » porte sur la connaissance professionnelle (voir le texte néerlandais « beroepsmatige kennis »), mieux vaut écrire « connaissances professionnelles ».

Article 89

46. Dans le texte néerlandais de l'article 89, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, on remplacera les mots « geadresseerd aan het adres » par les mots « verzonden naar het adres ».

47. En vertu de l'article 89, § 2, alinéa 2, du projet, les offres qui parviennent tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes, quelle qu'en soit la cause. Cette disposition ne peut évidemment pas porter atteinte aux principes constitutionnels d'égalité et d'interdiction de discrimination. Pourtant, ce pourrait être le cas si une irrégularité est causée par le pouvoir adjudicataire et porte préjudice à un ou plusieurs soumissionnaires spécifiques et pas à d'autres soumissionnaires. Si, de surcroît, l'objectif est de priver les soumissionnaires de la possibilité d'invoquer la force majeure, la loi du 15 juin 2006 ne semble pas procurer un fondement légal à une disposition de cette portée.

Article 94

48. Invité à justifier les différences entre les références inscrites à l'article 94, alinéa 3, du projet et à l'article 95, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Il convient en effet de citer également la section 11 du chapitre 1^{er} (conflits d'intérêts et ententes) comme dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011; au même alinéa 3, le 2^o peut être supprimé. Il réfère en effet aux prix anormaux et cette problématique est déjà couverte par le 1^o, qui renvoie notamment à la section 9 du chapitre 1^{er}, traitant de cette question. »

Cette proposition d'adaptation du texte peut être admise.

Article 95

49. Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur est dans l'impossibilité de rectifier les erreurs en fonction de ses propres constatations, il peut décider, conformément à l'article 95, § 1^{er}, alinéa 3, du projet soit que les prix unitaires font foi, soit d'écarter l'offre comme irrégulière. La disposition en projet ne permet pas de déterminer les critères sur la base desquels le pouvoir adjudicataire peut opter, dans le cas concerné, pour l'une ou l'autre possibilité. Le rapport au Roi joint à l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dont l'article 96, § 1^{er}, alinéa 3, contient une disposition analogue, précise toutefois à cet égard :

« Selon le paragraphe 1^{er}, alinéa 3, lorsqu'aucune précision n'est apportée à la suite d'une telle invitation ou que la précision est jugée inacceptable par le pouvoir adjudicateur, ce dernier procède à la rectification des erreurs selon ses propres constatations. En cas d'impossibilité, le pouvoir adjudicateur peut, comme dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996, décider que les prix unitaires font foi ou écarter l'offre comme irrégulière. Ce dernier choix doit être motivé au cas par cas par le pouvoir adjudicateur, en fonction des spécificités de chaque dossier. Ainsi, le pouvoir adjudicateur pourrait accepter une offre même s'il est impossible d'y rectifier des erreurs matérielles ou des erreurs dans les opérations arithmétiques vu que la précision du soumissionnaire est inacceptable ou qu'aucune précision n'a été donnée, lorsque l'erreur concerne le prix d'un poste négligeable n'ayant en tout état de cause pas d'incidence sur le classement et/ou la comparabilité des offres et que la non-rectification de cette erreur ne met pas en péril l'égalité des soumissionnaires. »

Il est recommandé de compléter le rapport au Roi précédant l'arrêté dont le projet est à l'examen par une précision similaire.

50. Dans le texte français de l'article 95, § 4, du projet, le segment de phrase figurant dans le texte néerlandais, à savoir, « zonder daarbij de inhoud te wijzigen », n'est pas rendu de

manière adéquate par les mots « sans la modifier ». Le texte français gagnerait à mentionner expressément que la modification envisagée ne peut pas porter sur le contenu de l'offre.

Article 96

51. À l'article 96, § 2, alinéa 2, du projet, il y a lieu de corriger la référence à « l'article 82, § 2, deuxième tiret », dès lors qu'une telle disposition ne figure pas sous cette forme dans le projet.

Article 97

52. Les textes français et néerlandais de l'article 97, § 2, du projet doivent être harmonisés (« modifié » - « verbeterd »). Le texte français est sans doute le texte correct.

Article 98

53. Au début de l'article 98, § 1^{er}, du projet, on se référera à l'article 97 (et non : 91) et dans le texte néerlandais, on supprimera le mot « voorafgaand ».

Article 99

54. À l'article 99, § 3, alinéa 1^{er}, du projet, il y a lieu de renvoyer à l'article « 55, alinéa 2, 3^o » au lieu de « 55, 3^o ».

Cette observation vaut également pour les articles 100, § 3, alinéa 1^{er}, 102, alinéa 4, 2^o, et 103, alinéa 4, 2^o, du projet.

Article 100

55. Par analogie avec le texte français, il convient de remplacer dans le texte néerlandais de l'article 100, § 2, alinéa 1^{er}, du projet les termes « volgens hun voordeligheid vanuit het oogpunt van » par les termes « volgens hun economische voordeligheid uit het oogpunt van ».

Articles 102 et 103

56.1. Concernant l'alternative pour le pouvoir adjudicateur, inscrite à l'article 102, alinéa 4, du projet, on constate que le rapport au Roi joint à l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui contient un article 103, alinéa 4, analogue, apporte une précision comme suit :

« Le choix initial entre les deux hypothèses doit être motivé au cas par cas par le pouvoir adjudicateur, en fonction des spécificités de chaque dossier. La première solution est notamment appropriée lorsque les prix du soumissionnaire classé premier et ceux du soumissionnaire classé deuxième sont fort proches. Quand l'écart entre leurs prix est plus important, il sera préférable d'opter pour la deuxième solution afin de remettre l'ensemble des soumissionnaires en concurrence. Le choix initial par le pouvoir adjudicateur de la première hypothèse ne l'empêche pas de passer à la seconde en temps utile ».

Le rapport au Roi joint au projet à l'examen gagnerait à également intégrer cette précision.

56.2. La même observation vaut pour l'alternative contenue pour le pouvoir adjudicataire à l'article 103, alinéa 4, du projet.

Article 104

57. Le délégué confirme qu'il y a une discordance entre le texte de l'article 104, § 1^{er}, 1^o, du projet, qui mentionne notamment « les marchés de services des catégories 6 et 8 de l'annexe II, A, de la loi », et le commentaire de cette disposition dans le rapport au Roi, qui fait notamment mention de « certains services de télécommunication » (catégorie 5 de l'annexe précitée). Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

58. Le délégué a également confirmé que le commentaire de l'article 104 du projet dans le rapport au Roi renvoie partiellement au contenu de l'article 105, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, disposition qui ne figure pas dans l'article en projet. Ces considérations sont donc sans pertinence pour l'article 104 et doivent donc être omises du rapport au Roi.

59. En outre, le délégué a confirmé que l'article 104, § 2, alinéa 1^{er}, du projet ne doit pas viser l'article 28.

Article 105

60. Une comparaison du contenu de l'article 105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet avec l'article 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, parallèle, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 montre que la référence à l'article 54 de cet arrêté, 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 105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet correspond à la volonté de son auteur, il serait préférable que le rapport au Roi le précise. Dans la négative, l'article 105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, devra être complété.

61. À l'article 105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet, les mots « à l'exception des articles 66, §§ 1^{er} et 2, 5^o, et 67 » doivent être omis, dès lors que l'exception visée est également formulée à l'alinéa suivant et qu'elle y est assortie d'une limitation.²⁶

62. Le commentaire de l'article 105 du projet dans le rapport au Roi souligne que les chapitres 6 et 8 ne sont pas d'application en procédure négociée vu qu'ils concernent d'autres procédures. Or, le chapitre 8 du projet comporte également des sections concernant le marché de promotion de travaux et l'enchère électronique, qui figurent au chapitre 9 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et à propos desquels le rapport au Roi joint à ce dernier arrêté énonce qu'ils peuvent bel et bien s'appliquer en cas de procédure négociée. Il ressort de la directive 2004/17/CE (article 54, paragraphe 2, premier alinéa) et de la loi du 15 juin 2006 (article 30, alinéa 1^{er}, combiné à l'article 55, alinéa 1^{er}) qu'il n'en va pas autrement, en tout cas pour l'enchère électronique, pour les marchés publics dans les secteurs spéciaux. De toute évidence, le passage concerné doit donc être adapté dans le rapport au Roi joint au projet. Le délégué a été invité à préciser dans quelle mesure les dispositions du chapitre 8 sont pertinentes pour les différentes procédures négociées. Sa réponse s'énonce comme suit :

« Le commentaire devrait être adapté dans le même sens que l'arrêté royal du 15 juillet 2011 car les dispositions concernant la promotion de travaux et les enchères pourraient ici également trouver à s'appliquer en cas de procédure négociée. »

Article 109

63. À l'article 109, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet, on omettra les mots « de l'engagement contractuel », qui nuisent à la lisibilité de cette disposition.²⁷

²⁶ Voir d'ailleurs dans ce sens l'article 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

²⁷ Voir également dans ce sens l'article 110, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Article 117

64. Dans le texte français de l'article 117, 5°, du projet, on écrira « sont (et non : doivent être) précisées ».

Articles 136 et 137

65. En tant que disposition en matière de publicité applicable au concours de projets, l'article 136, alinéa 1^{er}, du projet, doit également viser son article 32, puisque celui-ci est également mentionné à l'article 135, § 1^{er}, 1°, du projet.²⁸

Par ailleurs, l'article 137, alinéa 1^{er}, du projet doit viser l'article 32 (et non : 30).

66. Par souci de lisibilité, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 137, alinéa 3, du projet, « de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met ... ».

Article 138

67. Le rapport au Roi mentionne que l'article 138 du projet « reprend les dispositions de l'article 122 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 ». Or, l'article 138 du projet a une portée plus limitée que l'article 122 de l'arrêté royal précité. Contrairement à l'article 122, l'article 138 du projet ne vise en effet que des données « au sujet des marchés attribués soumis à l'application de la loi et du présent arrêté ». En outre, la disposition énonçant que les modalités de la communication de données sont déterminées « en concertation avec les autorités régionales » est nouvelle par rapport à l'article 122 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

Il convient que l'auteur du projet justifie ces différences dans le rapport au Roi, comme ce fut également le cas pour l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Article 140

68. Les dispositions de la loi du 15 juin 2006, qui procurent le fondement légal à la réglementation en projet, doivent encore être mises en œuvre par le Roi. Il est évident que la date

²⁸ Voir également dans ce sens l'article 144, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

d'entrée en vigueur des dispositions légales en question doit coïncider au plus tard avec la date d'entrée en vigueur des dispositions du projet qui trouvent leur fondement légal dans les dispositions légales précitées.

Annexes

69. Chaque annexe doit indiquer qu'elle constitue une annexe de l'arrêté et doit mentionner l'intitulé de celui-ci (« Annexe ... de l'arrêté du ... »).

L'annexe doit porter *in fine* la mention « Vu pour être annexé à l'arrêté du... » et être revêtue des mêmes date et signatures que celles de l'arrêté auquel elle est jointe.

70. L'annexe 6, sous-annexe D, et l'annexe 12, section IV.1, comportent des mentions du dialogue compétitif. Cette procédure ne s'appliquant pas en matière de marchés publics dans les secteurs spéciaux, ces mentions doivent être omises.

Observation finale

71. Compte tenu des observations formulées ci-dessus, le rapport au Roi joint au projet devra également être remanié sur de nombreux points. En outre, il s'impose d'encore le vérifier de manière approfondie du point de vue rédactionnel.²⁹

²⁹ Ainsi, il contient notamment des renvois à des dispositions législatives (voir par exemple la fin du commentaire de l'article 28 qui comporte un renvoi à l'article 26, § 1^{er}, 1^o, a), de la loi du 15 juin 2006) ou à des procédures (voir par exemple le commentaire de l'article 11 qui fait mention du dialogue compétitif qui ne s'appliquent pas aux marchés publics dans des secteurs spéciaux, des renvois fautifs à des dispositions du projet (voir par exemple dans le commentaire de l'article 99 du projet, le renvoi à l'alinéa 3 au lieu de l'alinéa 4 du paragraphe 2 de cet article), des renvois internes erronés (voir par exemple le commentaire de l'article 62 qui comporte des renvois fautifs, successivement, aux articles 101, 98 et 99) ainsi que quelques renvois erronés à l'arrêté royal dont le remplacement est envisagé (à savoir celui du 10 janvier 1996 et non celui du 8 janvier 1996, comme on le rencontre parfois ; voir par exemple le commentaire de l'article 96, § 5, du projet).

La chambre était composée de

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

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 M. VAN DAMME.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

M. VERSCHRAEGHEN

M. VAN DAMME