

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.586/1/V
VAN 2 AUGUSTUS 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 22 juni 2012 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 10 augustus 2012, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, 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.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de algemene uitvoeringsregels van overheidsopdrachten en van concessies voor openbare werken te bepalen. De ontworpen regeling is niet op alle overheidsopdrachten en concessies voor openbare werken van toepassing, doch enkel op welbepaalde categorieën ervan en bovendien is de toepassing van de ontworpen regeling in bepaalde gevallen afhankelijk van het geraamde bedrag van de opdracht.

2.1. De overheidsopdrachten in de zogeheten “klassieke sectoren” en in de zogeheten “speciale sectoren”, bedoeld in respectievelijk de titels II en III van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ vallen in beginsel onder de toepassing van de ontworpen regeling. Dat is ook het geval voor de overheidsopdrachten, bedoeld in titel 2 van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.¹

Opdrachten, zoals die welke worden bedoeld in titel IV van de wet van 15 juni 2006² en in titel 3 van de wet van 13 augustus 2011³ vallen daarentegen niet onder toepassing van de ontworpen regeling.

2.2. Het ontworpen koninklijk besluit is luidens artikel 5, § 2, van het ontwerp “in zijn geheel toepasselijk op de opdrachten waarvan het geraamde bedrag groter is dan 30.000 euro”. Voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag ligt tussen 8.500 en 30.000 euro, en voor de opdrachten die binnen het toepassingsgebied van titel III van de wet van 15 juni 2006 vallen en waarvan het geraamde bedrag tussen 17.000 en 30.000 euro is gesitueerd, is het ontwerp niet in zijn geheel van toepassing, maar zijn enkel welbepaalde artikelen ervan van toepassing.⁴ Het ontworpen besluit is niet toepasselijk op de opdrachten waarvan het geraamde bedrag kleiner is

¹ Zie artikel 5, § 1, van het ontwerp.

² Betreffende de mededinging in het raam van de Europese Unie van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

³ Zijnde bepaalde opdrachten “afgesloten door aanbestedende entiteiten” op defensie- en veiligheidsgebied.

⁴ Zie artikel 5, § 3, van het ontwerp.

dan 8.500 euro, welk bedrag tot 17.000 euro wordt opgetrokken voor de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel III van de wet van 15 juni 2006 vallen.⁵

3. Benevens algemene uitvoeringsregels bevat het ontwerp een aantal toepassingsregels die, ongeacht het geraamde bedrag van de opdracht, gelden voor specifieke types van overheidsopdracht.⁶

4. Het ontwerp bevat bepalingen die verplicht van toepassing zijn, benevens bepalingen die dat niet zijn. In het laatste geval kunnen de bepalingen waarvan niet op verplichte wijze toepassing moet worden gemaakt, door de opdrachtdocumenten toepasselijk worden gemaakt op een bepaalde opdracht.⁷

5. Het ontworpen besluit is bestemd om – mettertijd en in de hiervoren beschreven mate – in de plaats te komen van de regeling die momenteel is vervat in het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’ dat is tot stand gebracht ter uitvoering van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’.

Zoals in het verslag aan de Koning bij het ontwerp wordt verduidelijkt, hebben de stellers van het ontwerp zich bij het bepalen van de uitvoeringsregels in ruime mate laten inspireren door het voornoemde koninklijk besluit, maar hebben zij dat laatste niettemin ook op bepaalde punten herzien op zowel vormelijk als inhoudelijk vlak.

5.1. Vormelijk krijgt de ontworpen tekst een nieuwe structuur waarin de huidige opdeling van het koninklijk besluit van 26 september 1996 wordt verlaten. Het dispositief van het laatstgenoemde koninklijk besluit bevat, enerzijds, de basisbepalingen voor het uitvoeren van overheidsopdrachten in het algemeen en, anderzijds, een aantal aanvullende bepalingen inzake specifieke soorten overheidsopdrachten. Daarnaast bevat het koninklijk besluit een bijlage met “Algemene aannemingsvoorwaarden” waarin de uitvoering van overheidsopdrachten meer in detail wordt geregeld. Anders dan wat in het koninklijk besluit van 26 september 1996 het geval is, krijgt het geheel van de uitvoeringsregels nu een plaats in het dispositief van het ontworpen besluit en wordt niet in een bijlage voorzien.

Het ontwerp bevat zeven hoofdstukken die bestaan uit een aantal algemene bepalingen (hoofdstuk 1), bepalingen toepasselijk op alle opdrachten (hoofdstuk 2), specifieke

⁵ Zie artikel 5, § 4, van het ontwerp.

⁶ Zie de artikelen 6 en 7 van het ontwerp.

⁷ Zie de artikelen 6, § 3, en 8, § 1, van het ontwerp.

bepalingen voor opdrachten voor werken (hoofdstuk 3), voor concessies voor openbare werken (hoofdstuk 4), voor opdrachten voor leveringen (hoofdstuk 5) en voor opdrachten voor diensten (hoofdstuk 6), en ook nog uit de slotbepalingen (hoofdstuk 7).

Binnen de nieuwe structuur is ook de ordening van de in het koninklijk besluit van 26 september 1996 voorkomende bepalingen die in het ontwerp worden hernomen, gewijzigd.

5.2. Wat de inhoudelijke aanpassingen betreft, moet worden opgemerkt dat een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 niet zijn hernomen. In het verslag aan de Koning wordt in dat verband verduidelijkt dat het de bedoeling is om inhoudelijk “enkel de regels over [te nemen] die een algemene draagwijdte hebben in de zin dat ze zonder onderscheid voor alle aan dit ontwerp onderworpen aanbestedende overheden en overheidsbedrijven principieel toepasselijk moeten zijn aangezien ze noodzakelijk worden geacht in het kader van de uitvoering van de overheidsopdrachten en de concessies voor openbare werken”. Tevens is het zo dat sommige bepalingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 niet zijn hernomen in het ontwerp omdat het bepalingen betreft die reeds in acht zijn te nemen vóór de fase van de uitvoering van een overheidsopdracht en deze om die reden al zijn opgenomen in de zogeheten “plaatsingsbesluiten” van 15 juli 2011, 23 januari 2012 en 16 juli 2012.⁸

Andere bepalingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 worden wel overgenomen, zij het in een gewijzigde vorm, of worden aangevuld. De reden daarvoor is onder meer dat met het ontwerp ook de omzetting in het interne recht wordt beoogd van sommige bepalingen van richtlijnen 2000/35/EG⁹ en 2011/7/EU¹⁰⁻¹¹.

Het ontwerp bevat tot slot ook een aantal geheel nieuwe bepalingen.¹²

⁸ Wat dat betreft, mag worden verwezen naar de toelichting die in de desbetreffende verslagen aan de Koning wordt gegeven bij de artikelen 13, 17 tot 20, 85, 115, 118 tot 124, 147 en 148 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, bij de artikelen 14, en 18 tot 21 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’, en bij de artikelen 13, 17 tot 20, 84 en 113 tot 119 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’.

⁹ Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 ‘betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.’

¹⁰ Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 ‘betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.’

¹¹ Zie bijvoorbeeld artikel 95 van het ontwerp en de in het verslag aan de Koning weergegeven redenen waarom wordt afgeweken van het bepaalde in artikel 15, § 1, van de als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 opgenomen “Algemene aannemingsvoorwaarden”.

¹² Zie bijvoorbeeld de bepalingen van afdeling 3 van hoofdstuk 5, van het ontwerp. Voorbeelden van meer specifieke innovaties worden geboden door de artikelen 32, 38 en 51 van het ontwerp.

6. Overeenkomstig artikel 161 van het ontwerp zal het ontworpen besluit in werking treden op een door de Koning te bepalen datum. Het verslag aan de Koning doet ervan blijken dat “wat de wet van 15 juni 2006 betreft [...] deze datum [zou] moeten samenvallen met de datum van inwerkingtreding van de andere uitvoeringsbesluiten van deze wet”.

RECHTSGROND

7.1. 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 39 en 55, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006, in de mate overheidsopdrachten worden beoogd die onder de toepassing vallen van de titels II of III van die wet. Artikel 35, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011 biedt rechtsgrond voor de bepalingen van het ontwerp die overheidsopdrachten betreffen als bedoeld in titel 2 van de betrokken wet.

7.2. Sommige bepalingen van het ontwerp vinden rechtsgrond in andere wetsbepalingen dan die welke worden vermeld onder 7.1, afhankelijk van de sectorale aard van de overheidsopdrachten in kwestie.

Zo moet artikel 10 van het ontwerp worden geacht rechtsgrond te vinden in, al naargelang het geval, artikel 10 van de wet van 15 juni 2006 of artikel 11 van de wet van 13 augustus 2011, welke bepalingen de Koning opdragen om de regels vast te stellen die van toepassing zijn op de communicatiemiddelen tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers.

Artikel 67 van het ontwerp kan worden geacht rechtsgrond te vinden in, al naargelang het geval, artikel 7, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006 of artikel 8, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011, naar luid waarvan voorschotten kunnen worden toegestaan volgens de voorwaarden vastgesteld door de Koning.

De aanvullende bepalingen voor promotieopdrachten van werken, vervat in afdeling 2 van hoofdstuk 3 van het ontwerp, kunnen worden geacht rechtsgrond te vinden in artikel 28 van zowel de wet van 15 juni 2006 als de wet van 13 augustus 2011, waarin onder meer wordt bepaald dat de aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf gebruik kan maken van een promotieopdracht van werken onder de door de Koning bepaalde voorwaarden. In de mate evenwel in de voornoemde aanvullende bepalingen wordt afgeweken van de wet van 10 januari 1824 ‘over het recht van erfpacht’ en van de wet van dezelfde datum ‘over het recht

van opstal'¹³, dient rekening te worden gehouden met artikel 28, derde lid, van zowel de wet van 15 juni 2006 als de wet van 13 augustus 2011, die luiden:

“Voor zover dit noodzakelijk is voor de organisatie en het beheer van de promotieopdracht, mag de Koning bij het vaststellen van de beoogde voorwaarden afwijken van de wetten van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht en het recht van opstal.”

Dergelijke afwijkingen kunnen weliswaar rechtsgrond vinden in de aangehaalde wetsbepaling, zij het enkel “voor zover dit noodzakelijk is voor de organisatie en het beheer van de promotieopdracht”. Het verdient aanbeveling dat die noodzakelijkheid in het verslag aan de Koning zou worden toegelicht, wat de bepalingen van het ontwerp betreft die een afwijking van de voornoemde wetten van 10 januari 1824 kunnen impliceren.

7.3. Het ontwerp bevat een aantal specifieke bepalingen inzake concessies voor openbare werken waarin op een expliciete¹⁴ of op een impliciete wijze¹⁵ wordt afgeweken van de wet van 10 januari 1824 ‘over het recht van opstal’.

Anders dan wat ten aanzien van de promotieopdrachten, bedoeld in 7.2, het geval is, ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, noch in de wet van 15 juni 2006, noch in de wet van 13 augustus 2011, een bepaling die het de Koning mogelijk zou maken om af te wijken van de wet van 10 januari 1824 ‘over het recht van opstal’. De betrokken afwijkende bepalingen kunnen om die reden niet ongewijzigd in het ontwerp behouden worden.

VORMVEREISTEN

8. Uit artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ vloeit voort dat in principe elk voorontwerp van wet, elk ontwerp van koninklijk besluit en elk voorstel van beslissing dat ter goedkeuring aan de Ministerraad moet worden voorgelegd, aanleiding moet geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling in de zin van artikel 2, 9°, van die wet uit te voeren.¹⁶ De enige gevallen waarin zo een voorafgaand onderzoek niet hoeft plaats te

¹³ Dergelijke afwijking kan bijvoorbeeld besloten liggen in artikel 98 van het ontwerp dat de aanbestedende overheid een aantal verplichtingen oplegt op het vlak van huurherstellingen en gewoon onderhoud (artikel 98, 1°, c)) en verbouwwerken (artikel 98, 1°, d)).

¹⁴ Zie artikel 105, § 1, van het ontwerp, waarin uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 januari 1824.

¹⁵ Zie de artikelen 105, §§ 2 en 3, en 114, § 4, van het ontwerp.

¹⁶ Artikel 19/1, § 1, eerste lid, van de voornoemde wet van 5 mei 1997. Artikel 19/1, § 2, van dezelfde wet belast de Koning ermee om, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, dat voorafgaand onderzoek te regelen. Tot op heden is nog geen besluit met een dergelijke strekking bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

vinden, zijn die welke worden bepaald bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.¹⁷ Een dergelijk besluit is nog niet tot stand gekomen. Wanneer uit het voorafgaande onderzoek blijkt dat een effectbeoordeling vereist is, dient de voormelde beoordeling te worden uitgevoerd.¹⁸

In de bij de adviesaanvraag gevoegde nota aan de Ministerraad van 14 juni 2012 wordt vermeld dat “de DOEB-vrijstelling [wordt] ingeroepen”, omdat “dit ontwerp geen impact heeft op sociaal of economisch vlak noch op gebied van leefmilieu”. Uit bijkomende documenten die aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, zijn meegedeeld, blijkt dat dit standpunt is ingegeven doordat de ontworpen regeling “een louter formeel karakter” zou hebben en bovendien “bij hoogdringendheid” moet tot stand worden gebracht.

Vastgesteld dient te worden dat het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit betrekking heeft op een wezenlijk onderdeel van de reglementering inzake overheidsopdrachten en dat het aan de Koning wordt overgelaten om de datum van inwerkingtreding ervan te bepalen. In het licht van die dubbele vaststelling moet betwijfeld worden of de voor de vrijstelling van een voorafgaand onderzoek naar de noodzakelijkheid van de effectbeoordeling ingeroepen motieven correct zijn en kunnen verantwoorden dat wordt voorbijgegaan aan het wettelijk voorgeschreven vormvereiste inzake uitvoering van dergelijk onderzoek.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

9. Rekening houdend met hetgeen over de rechtsgrond van het ontwerp is opgemerkt, schrijve men aan het einde van het tweede lid van de aanhef: “..., de artikelen 7, tweede lid, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 2011, 10, 28, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 2011, 39, en 55, eerste lid, vervangen bij de wet van 5 augustus 2011;”.

Aan het einde van het derde lid van de aanhef schrijve men : “..., de artikelen 8, tweede lid, 11, 28 en 35;”.

¹⁷ Artikel 19/1, § 1, tweede lid, van de voornoemde wet van 5 mei 1997.

¹⁸ Artikel 19/2, eerste lid, van de voornoemde wet van 5 mei 1997. Bij het tweede lid van die bepaling wordt de Koning ermee belast de effectbeoordeling te regelen bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. Tot op heden is geen besluit met een dergelijk onderwerp bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

Artikel 2

10. In de omschrijving van “leidend ambtenaar”, in de Nederlandse tekst van artikel 2, 6°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van het “toezicht” op de uitvoering van de opdracht. In de Franse tekst wordt de term “contrôle” gebruikt. In de commentaar die in het verslag aan de Koning bij artikel 39 van het ontwerp wordt gegeven, blijkt dat de stellers van het ontwerp een inhoudelijk verschil wensen te maken tussen de “controle” en het “toezicht” op de voorbereiding en de uitvoering van de opdracht. In artikel 39 wordt derhalve melding gemaakt van zowel de “controle” (contrôle) als het “toezicht” (surveillance). Dit is niet het geval in de definitie in artikel 2, 6°, waarin integendeel beide termen door elkaar lijken te worden gebruikt in de Nederlandse (toezicht) en de Franse tekst (contrôle). De ontworpen definitie van “leidend ambtenaar” dient op dat punt te worden aangepast.

Ook in de artikelen 11, tweede en derde lid, 82, § 1, vijfde lid, en in het opschrift dat onmiddellijk voorafgaat aan artikel 39 van het ontwerp, wordt in de Nederlandse tekst uitsluitend melding gemaakt van het “toezicht”, waarmee dan telkens de term “contrôle” overeenstemt in de Franse tekst. Ook de in die bepalingen gebruikte terminologie zou derhalve aan een bijkomend onderzoek moeten worden onderworpen.

11. In zowel artikel 6, § 3, als artikel 8, § 1, van het ontwerp wordt vermeld dat de bepalingen die krachtens het ontworpen besluit niet verplicht toepasselijk zijn, door de opdrachtdocumenten toepasselijk kunnen worden gemaakt op een bepaalde opdracht. Beide bepalingen lijken derhalve te overlappen. Indien dat effectief het geval is, wordt één van beide bepalingen beter geschrapt.

Artikel 7

12. In artikel 7, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat, wat de opdrachten betreft die op basis van een raamovereenkomst worden gesloten, onverminderd het bepaalde in de artikelen 5 en 6, alle bepalingen van het ontworpen besluit van toepassing zijn “behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten”.

Ondervraagd over de reden waarom het mogelijk wordt gemaakt dat in de opdrachtdocumenten wordt afgeweken van de toepassing van de bepalingen van het ontworpen besluit, wat de op basis van de raamovereenkomst gesloten opdrachten betreft, verduidelijkte de gemachtigde:

“Voor de opdrachten gebaseerd op een raamovereenkomst is het wenselijk dat men op een soepeler manier kan werken, wat met name betekent dat men van sommige bepalingen van de Algemene uitvoeringsregels moet kunnen afwijken zonder dat dit telkens uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd. Zo zal het bijvoorbeeld niet opportuun

zijn om voor elke opdracht gebaseerd op een raamovereenkomst een borgstelling te vragen. Eventueel kan dit in het verslag aan de Koning nog worden verduidelijkt.”

Het verdient inderdaad aanbeveling om de aangehaalde verduidelijking in het verslag aan de Koning weer te geven.

Artikel 8

13. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, moeten in artikel 8, § 2, van het ontwerp de woorden “artikel 8, § 3, van het koninklijk besluit speciale sectoren” worden vervangen door de woorden “artikel 9, § 3, van het koninklijk besluit speciale sectoren”.

In het verslag aan de Koning wordt vermeld dat de toepassing van artikel 8, § 2, van het ontwerp het “noodzakelijk [kan maken] om sommige aanpassingen aan te brengen via een bijakte” en dat die bijakte “bij offerteaanvraag [...] pas na het sluiten van de opdracht [kan] worden opgesteld, omdat de ingediende offertes niet mogen worden gewijzigd”.

In de tekst van artikel 8, § 2, van het ontwerp wordt niet aan de mogelijkheid van aanpassingen door middel van een bijakte gerefereerd. Het verdient aanbeveling om artikel 8, § 2, ter wille van de rechtszekerheid op dat punt aan te vullen.

Artikel 9

14. Overeenkomstig artikel 9, § 1, eerste lid, 2°, van het ontwerp wordt “het verlengen van de verificatietermijnen bepaald in de artikelen 95, 127 en 160” verboden. Opgemerkt moet worden dat in artikel 127 van het ontwerp geen verificatietermijn wordt bepaald, maar dat in diverse leden van dat artikel wordt verwezen naar de verificatietermijn bedoeld in artikel 120, tweede lid, van het ontwerp. Vraag is derhalve of de vermelding van artikel 127 in artikel 9, § 1, eerste lid, 2°, van het ontwerp, zo moet worden gelezen dat het verbod tot verlenging van de verificatietermijn, bedoeld in artikel 120, tweede lid, uitsluitend geldt voor de toepassing van artikel 127. Indien dat niet het geval is, lijkt het logischer om rechtstreeks te verwijzen naar de verificatietermijn, bedoeld in artikel 120, tweede lid, in plaats van naar artikel 127, waarin enkel wordt verwezen naar de verificatietermijn, bedoeld in artikel 120, tweede lid.

15. In artikel 9, § 2, tweede lid, 1°, van het ontwerp, stemmen de woorden “gelijke behandeling”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de woorden “usage loyal”, in de Franse tekst. In de Nederlandse tekst van artikel 7, lid 1, a), van richtlijn 2011/7/EU, wordt van een “eerlijke behandeling” melding gemaakt; in de Franse tekst van dezelfde richtlijnbevestiging worden, zoals in artikel 9, § 2, tweede lid, 1°, van het ontwerp, de woorden “usage loyal”

gebruikt. Het verdient aanbeveling om ook in de Nederlandse tekst van artikel 9, § 2, tweede lid, 1°, van het ontwerp de in de voornoemde richtlijnbevestiging gebruikte terminologie over te nemen.

16. Door de gemachtigde is bevestigd dat in de inleidende zin van artikel 9, § 3, van het ontwerp, benevens naar de artikelen 5 en 6, §§ 1 en 2, ook dient te worden verwezen naar artikel 7 van het ontwerp.

17. In artikel 9, § 4, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat, indien de motivering in het bestek ontbreekt, de betrokken afwijking voor niet geschreven wordt gehouden, maar dat dergelijke sanctionering niet geldt “in geval van een door de partijen ondertekende overeenkomst”.

Hierover ondervraagd door het bevoegde lid van het auditoraat deelde de gemachtigde het volgende mee:

“Die uitzondering slaat enkel op de onderhandelingsprocedure en de concurrentiedialoog, in het kader waarvan de partijen onderlinge overeenstemming kunnen bereiken over deze of gene afwijking. Er werd geoordeeld dat het niet proportioneel was om de zware straf van de nietigheid toe te passen wanneer de partijen het over een bepaalde afwijking onderling eens zijn geraakt, zij het dat die afwijking niet expliciet is gemotiveerd.”

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

Artikel 13

18. In artikel 13, eerste lid, 1°, van het ontwerp, is er aan het einde een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst, wat de verwijzing betreft naar het koninklijk besluit ‘defensie en veiligheid’ en naar het ontworpen besluit. Waar in de Nederlandse tekst wordt verwezen naar “artikel 62 van het koninklijk besluit defensie en veiligheid” en “artikel 63 van dit besluit”, wordt in de Franse tekst verwezen naar “l’article 63 de l’arrêté royal défense et sécurité” en naar “l’article 62 du présent arrêté”. Deze discordantie moet worden verholpen.

Artikel 19

19. Terwijl in de Nederlandse tekst van artikel 19, § 1, eerste lid, van het ontwerp melding wordt gemaakt van de “intellectuele eigendom van de uitvindingen”, wordt in de Franse tekst, in een meer algemene zin, gewag gemaakt van “la propriété des droits intellectuels”. Deze laatste omschrijving lijkt de voorkeur te verdienen ermee rekening houdend dat prestaties die bij

het uitvoeren van een overheidsopdracht worden geleverd nog tot andere, door een intellectueel recht beschermde creaties kunnen leiden¹⁹. In ieder geval moeten beide taalversies van artikel 19, § 1, eerste lid, en ook die van artikel 19, § 2, op dat punt beter op elkaar worden afgestemd²⁰.

Artikel 20

20. In artikel 20, derde lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de aanbestedende overheid de vertrouwelijkheid dient te eerbiedigen van de methodes en de *knowhow* van de opdrachtnemer, behalve wanneer die methodes en die *knowhow* het voorwerp uitmaken van de opdracht.

De vraag rijst of deze regeling voldoende coherent is met hetgeen in artikel 18, § 2²¹, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald. Volgens deze laatste bepaling onthoudt de aanbestedende overheid die in het kader van de opdracht kennis heeft van een tekening of model, *knowhow*, methode of een uitvinding toebehorende aan de opdrachtnemer of gezamenlijk aan de aanbestedende overheid en de opdrachtnemer, zich van elke mededeling aan derden betreffende de tekening of het model, de *knowhow*, de methode of de uitvinding.

Het lijkt niet uitgesloten te kunnen worden dat de uitzondering op de vertrouwelijkheid waarin wordt voorzien in artikel 20, derde lid, betrekking heeft op bijvoorbeeld methodes en *knowhow* die gezamenlijk aan de aanbestedende overheid en de opdrachtnemer toebehoren en waaromtrent in artikel 18, § 2, tweede lid – in tegenstelling tot in artikel 20, derde lid – de vertrouwelijkheid wordt voorgeschreven.

Hierover ondervraagd, heeft de gemachtigde bevestigd dat er zich effectief een probleem van coherentie kan voordoen tussen de artikelen 18, § 2, tweede lid, en 20, derde lid, van het ontwerp, en dat beide bepalingen inhoudelijk beter op elkaar moeten worden afgestemd.

Artikel 24

21. In de Nederlandse tekst van artikel 24, § 2, eerste en tweede lid, van het ontwerp worden respectievelijk de termen “attest” en “verklaring” gebruikt. Naar analogie van de Franse tekst van de betrokken leden, waarin telkens de term “attestation” wordt gebruikt, dient ook in de Nederlandse tekst te worden geopteerd voor het gebruik van uitsluitend de term “attest”.

¹⁹ Te denken valt bijvoorbeeld aan de auteursrechtelijke bescherming van een tekst, een gegevensbank of een computerprogramma.

²⁰ In de artikelen 21 en 23, derde lid, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van zowel “creaties” (créations) als “uitvindingen” (inventions).

²¹ De aanduiding van “§ 2” ontbreekt in de Nederlandse tekst van artikel 18 van het ontwerp.

Artikel 25

22. De uitzondering op de verplichting van een borgtocht geldt overeenkomstig artikel 25, § 1, 2°, van het ontwerp voor diensten van financiële instellingen in de zin van bijlage II, categorie 6, van de wet van 15 juni 2006, maar niet voor gelijkaardige diensten in de zin van bijlage 1, categorie 12, van de wet van 13 augustus 2011, wat de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied betreft. Naar het zeggen van de gemachtigde is het echter de bedoeling om de betrokken uitzondering uit te breiden tot de laatstgenoemde categorie diensten en om artikel 25, § 1, 2°, van het ontwerp daartoe aan te vullen.

Artikel 37

23. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, dient in artikel 37, eerste lid, 2°, van het ontwerp, ook te worden verwezen naar artikel 26, § 1, 2°, b), van de wet van 15 juni 2006. Er wordt immers, op defensie- en veiligheidsgebied, in de ontworpen bepaling ook al verwezen naar de gelijkaardige bepaling van artikel 25, 4°, b), van de wet van 13 augustus 2011.

De gemachtigde verduidelijkte eveneens dat in hetzelfde artikel 37, eerste lid, 2°, van het ontwerp de verwijzing naar artikel 53, § 2, 4°, van de wet van 15 juni 2006 moet worden beperkt tot een verwijzing naar artikel 53, § 2, 4°, a) en b), van die wet. Er wordt immers nu al uitsluitend verwezen naar artikel 26, § 1, 3°, b) en c), van de wet van 15 juni 2006, en naar artikel 25, 3°, a), van de wet van 13 augustus 2011, zodat logischerwijze ook in een beperking van de verwijzing tot artikel 53, § 2, 4°, a) en b), van de wet van 15 juni 2006 moet worden voorzien.

Artikel 39

24. Naar analogie van de Franse tekst dient in de Nederlandse tekst van artikel 39, tweede lid, van het ontwerp te worden melding gemaakt van “alle noodzakelijke inlichtingen” in plaats van “alle inlichtingen”.

Artikel 42

25. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, dient de verwijzing naar de artikelen 131 en 132 van het ontwerp, aan het einde van artikel 42, § 2, tweede lid, te worden geschrapt, aangezien die verwijzing niet strookt met het bepaalde in artikel 12, § 5, *in fine*, van de “Algemene aannemingsvoorwaarden”, opgenomen als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996, hierna de “Algemene aannemingsvoorwaarden” genoemd, waarin immers

wordt gerefereerd aan artikel 63 van diezelfde aannemingsvoorwaarden. Deze laatste bepaling wordt weliswaar ten dele hernomen in artikel 134 van het ontwerp, maar een verwijzing naar artikel 134 zou volgens de gemachtigde niet adequaat zijn aangezien daarin geen gewag meer wordt gemaakt van de verplichte vervanging op kosten van de leverancier van producten met gebreken die geen gebruik toelaten overeenkomstig de opdrachtvoorwaarden en in artikel 42, § 2, van het ontwerp precies het geval wordt beoogd van de vervanging van de gebrekkige producten.

26. Ter wille van de eenvormigheid met de Franse tekst schrijve men aan het einde van de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 42, § 3, eerste lid, van het ontwerp “..., ingaande de dag van de ontvangst van het verzoek om tot de keuring over te gaan:”.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de inleidende zin van artikel 130, § 3, eerste lid, van het ontwerp.

Artikel 44

27. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, moet aan het einde van artikel 44, § 3, van het ontwerp worden verwezen naar onder meer artikel 154 en niet artikel 156 van het ontwerp. Men schrijve derhalve “... bepaald in de artikelen 45 tot 49, 85 tot 88, 123, 124, 154 en 155.”

Artikel 49

28. In verband met het bepaalde in artikel 49, 1°, van het ontwerp wordt in het verslag aan de Koning vermeld dat de toepassing van de betrokken straf elke bijkomende schadevergoeding uitsluit. Dat blijkt evenwel niet uit de ontworpen bepaling en zou daarin derhalve beter worden geëxpliciteerd.

Artikel 52

29. In artikel 52, eerste lid, van het ontwerp wordt enkel van de mogelijkheid tot het indienen van een “verzoek” melding gemaakt en niet van de mogelijkheid om ook een “klacht” in te dienen, zoals in het tweede lid van het artikel het geval is. In het eerste lid van artikel 52 lijkt derhalve eveneens van zowel een “verzoek” als een “klacht” melding te moeten worden gemaakt.

30. In de Nederlandse tekst van artikel 52, tweede lid, van het ontwerp moeten de woorden “feiten en omstandigheden” worden vervangen door de woorden “feiten of

omstandigheden”. In de Franse tekst wordt nu reeds melding gemaakt van “faits ou circonstances”.

31. Artikel 52, vierde lid, van het ontwerp moet in de Nederlandse tekst aanvangen als volgt: “Bedoelde klachten en verzoeken zijn in elk geval niet ontvankelijk wanneer de ingeroepen feiten of omstandigheden, ...”.

Artikel 57

32. In artikel 57 van het ontwerp wordt bepaald dat de artikelen 54 en 56 “geen afbreuk [doen] aan de toepassing van de andere bepalingen van dit besluit”. Deze redactie lijkt erop te wijzen dat toepassing dient te worden gemaakt van zowel de artikelen 54 en 56 van het ontwerp, als van de andere bepalingen van het ontworpen besluit. In het verslag aan de Koning wordt evenwel vermeld dat “de artikelen 54 en 56 slechts van toepassing zijn voor zover de ingeroepen feiten niet onder andere bepalingen van dit besluit vallen”. Indien dat laatste effectief de bedoeling is, verdient het aanbeveling om die bedoeling met zoveel woorden – en dus duidelijker – in de tekst van artikel 57 tot uitdrukking te brengen. In het andere geval dient de commentaar in het verslag aan de Koning beter te worden afgestemd op de tekst van artikel 57.

Afhankelijk van de bedoeling van de stellers van het ontwerp moet gebeurlijk ook de redactie van artikel 60, vierde lid, worden aangepast.

Artikel 61

33. Uit het bepaalde in artikel 61, § 2, van het ontwerp, moet worden afgeleid dat, in geval van een overheidsopdracht die is gesloten met meerdere natuurlijke personen waarvan er één of meer overlijden, de rechthebbenden van de overleden persoon of personen niet over de mogelijkheid beschikken om aan de aanbestedende overheid hun voornemen kenbaar te maken dat zij de opdracht wensen voort te zetten. Over deze laatste mogelijkheid beschikken de rechthebbenden van de overledene wel met toepassing van artikel 61, § 1, waarin het geval wordt beoogd waarin de overledene de enige is waarmee de opdracht is gesloten.

Vraag is of met dit onderscheid tussen de paragrafen 1 en 2 van artikel 61, wat de mogelijkheid voor de rechthebbenden betreft om een voornemen tot voortzetting van de opdracht te formuleren, rekening is gehouden in artikel 61, § 3, waarin wordt bepaald dat “in de gevallen bedoeld in paragrafen 1 en 2, [...] de rechtsopvolgers binnen dertig dagen na het overlijden, aan de aanbestedende overheid schriftelijk kennis [geven] van hun voornemen”. Zoals artikel 61, § 2, van het ontwerp is geformuleerd, wordt er immers geen melding in gemaakt van de mogelijkheid voor de rechthebbenden om hun voornemen tot voortzetting van de opdracht aan de

aanbestedende overheid mee te delen. De regeling die is opgenomen in artikel 61, § 3, lijkt derhalve beter te moeten worden afgestemd op die van de daaraan voorafgaande paragrafen.

Daarbij dient er mee rekening te worden gehouden dat, indien een onderscheid wordt gemaakt tussen twee categorieën rechthebbenden al naargelang deze al dan niet hun voornemen dat zij opdracht wensen voort te zetten aan de aanbestedende overheid kenbaar kunnen maken, dat onderscheid zal moeten kunnen worden verantwoord in het licht van de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, bedoeld in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Artikel 65

34. Zoals de gemachtigde heeft bevestigd, dient de verwijzing naar artikel 133 van het ontwerp, in artikel 65, § 3, eerste lid, te worden geschrapt, aangezien die verwijzing niet strookt met het bepaalde in artikel 19, § 3, eerste lid, van de “Algemene aannemingsvoorwaarden”²².

Artikel 67

35. In artikel 67, § 1, eerste lid, 3°, van het ontwerp moet – meer correct – melding worden gemaakt van “diensten van luchtvervoer van passagiers van categorie 3 van bijlage II, A, van de wet of van categorie 6 van bijlage 1 van de wet defensie en veiligheid”.

Artikel 69

36. Zoals in artikel 15, § 4, van de “Algemene aannemingsvoorwaarden” wordt verwezen naar paragraaf 3 van datzelfde artikel, dient in artikel 69, § 1, eerste lid, van het ontwerp, naar het zeggen van de gemachtigde, ook te worden melding gemaakt van artikel 68 van het ontwerp.

Artikel 76

37. Naar het zeggen van de gemachtigde dient artikel 76, § 2, eerste lid, 3°, van het ontwerp, naar analogie van artikel 76, § 2, eerste lid, 1°, aan te vangen als volgt: “voor de werken waarvan de aannemingssom overeenstemt met of lager ligt dan klasse 5 van dezelfde reglementering doch waarvoor”.

²² Zie ook de nadere redengeving onder nr. 25 in dit advies.

Artikel 81

38. Rekening houdend met het bepaalde in artikel 81, eerste lid, van het ontwerp en zoals door de gemachtigde is bevestigd, dient de eerste zin van artikel 81, vierde lid, te worden aangevuld met de zinsnede “of minder bedraagt dan de helft ervan”.

Artikel 87

39. Zoals in artikel 48, § 3, 4°, tweede lid, van de “Algemene aannemingsvoorwaarden” wordt verwezen naar artikel 41 van die aannemingsvoorwaarden, dient volgens de gemachtigde in artikel 87, § 3, tweede lid, van het ontwerp te worden gerefereerd aan artikel 84, § 2, van het ontwerp, en niet aan artikel 87, § 2.

Artikel 88

40. In de Nederlandse tekst van artikel 88, eerste lid, van het ontwerp moet worden geschreven “..., of nog, aan de aannemer of aan één van zijn onderaannemers ter beschikking werd gesteld, niet zijn betaald, dan ...”.

Artikel 94

41. In tegenstelling tot wat wordt vermeld in het verslag aan de Koning stemt artikel 94 van het ontwerp niet geheel overeen met artikel 13, § 4, van de “Algemene aannemingsvoorwaarden”. Zo wordt het laatste lid van die bepaling niet overgenomen. Vraag is of die weglating effectief is beoogd. Indien dat niet het geval is moet artikel 94 worden aangevuld met een gelijkaardige bepaling. In het andere geval verdient het aanbeveling de in het verslag aan de Koning weergegeven commentaar aan te passen.

Artikel 95

42. Naar analogie van de Franse tekst vervange men in de Nederlandse tekst van artikel 95, § 1, tweede lid, 4°, van het ontwerp het woord “prijzen” door “eenheidsprijzen”.

43. In artikel 95, § 3, tweede lid, 2°, van het ontwerp wordt verwezen naar “artikel 30ter, § 4, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, zoals hersteld bij

artikel 62 van de Programmawet van 29 maart 2012” en naar “artikel 400, 1°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, vervangen bij dezelfde Programmawet”.

Door het vermelden van de betrokken programmawet of bepalingen ervan die de voornoemde artikelen 30ter, § 4, en 400, 1°, respectievelijk hebben “hersteld” of “vervangen”, worden toekomstige wijzigingen van die wetsbepalingen voor de toepassing van artikel 95, § 3, tweede lid, 2°, van het ontwerp buiten beschouwing gelaten. Naar het zeggen van de gemachtigde is dat evenwel niet de bedoeling. Men schrappe derhalve de woorden “zoals hersteld bij artikel 62 van de Programmawet van 29 maart 2012” en “vervangen bij dezelfde Programmawet” in artikel 95, § 3, tweede lid, 2°, van het ontwerp.

44. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 95, § 3, derde lid, 2°, van het ontwerp moet het woord “werken” worden toegevoegd.

Artikel 98

45. In de inleidende zin van artikel 98, 1°, en in artikel 98, 2°, moet de verwijzing naar “artikel 119 van het koninklijk besluit defensie en veiligheid” telkens worden vervangen door een verwijzing naar “artikel 120 van het koninklijk besluit defensie en veiligheid”.

Dezelfde opmerking geldt ook voor artikel 101 van het ontwerp.

46. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, dient in artikel 98, 1°, a), van het ontwerp ook van vergoedingen voor opstal melding te worden gemaakt.

Ook diverse onderdelen van artikel 103 van het ontwerp dienen dan in die zin te worden aangevuld.

Artikel 99

47. In artikel 99, 2°, van het ontwerp moeten de verwijzingen naar “artikel 125” en “artikel 124” van het koninklijk besluit defensie en veiligheid worden vervangen door een verwijzing naar respectievelijk “artikel 126” en “artikel 125” van dat koninklijk besluit.

Artikel 103

48. Anders dan wat in het verslag aan de Koning wordt aangegeven, is de betalingstermijn van zestig dagen, vermeld in artikel 103, § 1, derde lid, tweede streepje, van het

ontwerp niet de courante termijn die toepasselijk is op de opdrachten voor werken. Zeker voor opdrachten voor werken gesloten vanaf 16 maart 2013 worden andere betalingstermijnen vastgesteld²³. Om die reden dient, zoals door de gemachtigde is bevestigd, in artikel 103, § 1, derde lid, tweede streepje, de vermelding van de termijn van “zestig dagen” te worden vervangen door de vermelding van een termijn van “dertig dagen”.

Artikel 105

49. In artikel 105, § 1, van het ontwerp wordt bepaald dat, in geval het gaat om terreinen van het openbaar domein, deze dienen te worden gedesaffecteerd. In het verslag aan de Koning wordt verduidelijkt dat de gronden die deel uitmaken van het openbaar domein “niet meer noodzakelijk vooraf het voorwerp uitmaken van een beslissing tot desaffectatie zodat de gronden niet langer tot het openbaar domein behoren en ze met zakelijke rechten kunnen worden bezwaard”.

De commentaar in het verslag aan de Koning en de tekst van artikel 105, § 1, van het ontwerp, lijken op het vlak van het bestaan van de noodzaak van een beslissing tot desaffectatie, niet met elkaar in overeenstemming te zijn.

Hierover ondervraagd verklaarde de gemachtigde dat elke aanbestedende overheid geval per geval zou moeten kunnen beslissen over de noodzaak om de gronden te desaffecteren en dat de tekst van het dispositief van voormeld artikel 105, § 1, “bijgevolg dient te worden aangepast”.

Artikel 114

50. In artikel 114, § 4, van het ontwerp, wordt bepaald dat het eigendomsrecht door de aanbestedende overheid wordt verworven op de datum waarop voortijdig een einde wordt gemaakt aan de concessie. In de commentaar die in het verslag aan de Koning bij artikel 114, § 4, wordt gegeven, worden diverse mogelijke data voor de eigendomsoverdracht vermeld, afhankelijk van het gegeven of het de aanbestedende overheid of de concessiehouder is die beslist tot voortijdige beëindiging. Vraag is derhalve of dat onderscheid en de verschillende data van eigendomsoverdracht niet duidelijker in de tekst van artikel 114, § 4, van het ontwerp tot uiting moeten worden gebracht en of in dat verband geen inspiratie kan worden gevonden in de redactie van artikel 40, § 5, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1996.

²³ Zie ook artikel 95, § 3, 1°, van het ontwerp.

Artikel 124

51. Door de gemachtigde is bevestigd dat in artikel 124, § 1, eerste lid, van het ontwerp, inzake ambtshalve maatregelen voor leveringen, ter wille van de coherentie van de ontworpen regeling, ook melding moet worden gemaakt van “de kortingen wegens minderwaarde bedoeld in artikel 71”, waarmee overeenkomstig artikel 155, § 1, eerste lid, van het ontwerp evenmin rekening wordt gehouden, wat de ambtshalve maatregelen bij overheidsopdrachten voor diensten betreft.

Artikel 128

52. In artikel 128 van het ontwerp stemmen de Nederlandse en de Franse tekst niet overeen. Meer bepaald stemt de zinsnede “niet in staat zijn om te worden opgeleverd of dat de leverancier merkkelijk kleinere hoeveelheden aanbiedt dan in zijn aanvraag was vermeld”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de zinsnede “lorsque le pouvoir adjudicateur constate que le fournisseur présente des quantités nettement inférieures à celles annoncées dans sa demande”, in de Franse tekst.

Naar het zeggen van de gemachtigde zou de Franse tekst moeten worden afgestemd op de Nederlandse tekst, in welk verband hij verwijst naar het bepaalde in artikel 59, § 3, van de “Algemene aannemingsvoorwaarden”.

Artikel 129

53. De in artikel 120, tweede lid, van het ontwerp bedoelde termijn waarnaar wordt verwezen in artikel 129, § 1, eerste lid, bedraagt dertig en niet vijftien dagen. In de laatstgenoemde bepaling vervange men derhalve de woorden “de bij artikel 120, tweede lid, bepaalde termijn van vijftien dagen” door de woorden “de bij artikel 120, tweede lid, bepaalde termijn van dertig dagen”.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 131, § 1, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 132

54. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, dient aan het einde van artikel 132 van het ontwerp te worden verwezen naar artikel 127, en niet naar artikel 126 van het ontwerp. De gemachtigde refereert in dat verband aan de verwijzing naar artikel 15, § 2, van de “Algemene aannemingsvoorwaarden” in artikel 50 van diezelfde aannemingsvoorwaarden.

Artikel 142

55. In artikel 142, eerste lid, van het ontwerp, wordt vermeld dat als definitieve oplevering van de opdracht het proces-verbaal geldt tot vaststelling van de teruggave van de levering aan de leverancier. Vraag is of hierbij voldoende rekening is gehouden met het gegeven dat een leasingovereenkomst niet noodzakelijk gepaard hoeft te gaan met een teruggave van de geleverde producten²⁴, maar dat er integendeel aan het einde van de overeenkomst een eigendomsoverdracht kan plaatsvinden.

Artikel 147

56. In de Nederlandse tekst van artikel 147, § 2, eerste lid, van het ontwerp moet het woord “leveringstermijn” worden vervangen door het woord “uitvoeringstermijn”, dat ook in het tweede lid van de betrokken paragraaf wordt gebruikt en dat bovendien in overeenstemming is met de terminologie die voorkomt in de Franse tekst.

Artikel 154

57. In artikel 154, eerste lid, van het ontwerp wordt onder meer bepaald dat, in voorkomend geval, de opdrachtdocumenten de berekeningsbasis van de betrokken boetes vermelden.

Ondervraagd over de bedoeling welke aan deze bepaling ten grondslag ligt en over de draagwijdte ervan, verduidelijkt de gemachtigde:

“Deze zin is toegevoegd ten opzichte van artikel 75, § 1, van de huidige AAV op verzoek van de leden van de Commissie voor de overheidsopdrachten. Een aantal leden waren namelijk van mening dat het feit dat vertragingsboetes berekend worden op basis van de waarde van de diensten waarvan de uitvoering met dezelfde vertraging gebeurde, problemen kan opleveren. Het is immers mogelijk dat een klein deel van de diensten aanleiding geeft tot vertraging maar het geheel van deze diensten onbruikbaar is ingevolge de niet-tijdige uitvoering van dat deel. In dat geval moet de vertragingsboete betrekking hebben op het geheel van de diensten, ook al wordt slechts een klein gedeelte met vertraging uitgevoerd. Bijgevolg werd beslist te bepalen dat de opdrachtdocumenten de berekeningsbasis van de boetes vermelden.

²⁴ Zie in dat verband de omschrijving van “financieringshuur” of “leasing” in artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 55 van 10 november 1967 ‘tot regeling van het juridisch statuut der ondernemingen gespecialiseerd in financieringshuur.’ In artikel 1, 1°, e), van dat genummerd koninklijk besluit wordt bepaald dat het contract ten behoeve van de huurder in de mogelijkheid dient te voorzien op het einde van de huur de eigendom van het gehuurde materieel te verwerven, tegen betaling van een prijs die in het contract wordt bepaald, een prijs welke dient overeen te stemmen met de vermoedelijke residuele waarde van dat materieel.

In het verslag aan de Koning zou hiertoe een bijkomende commentaar kunnen worden opgenomen.”

De naar aanleiding van deze verduidelijking gedane suggestie tot aanvulling van het verslag aan de Koning kan worden bijgevalen.

58. Naar het zeggen van de gemachtigde moeten in artikel 154 van het ontwerp ook de bepalingen worden ingeschreven die zijn opgenomen in artikel 75, § 1, 4° (met betrekking tot een opdracht die uit verschillende delen of fasen bestaat, ieder met een eigen uitvoeringstermijn en een eigen bedrag), en 5° (in geval van door het bestek bepaalde gedeeltelijke uitvoeringstermijnen die al dan niet als bindend zijn aangewezen), van de “Algemene aannemingsvoorwaarden”.

Artikel 156

59. Wat de termijnregeling inzake de oplevering van de opdracht, vervat in artikel 156, eerste tot derde lid, van het ontwerp, betreft, rijst de vraag of deze coherent is met de regeling die inzake de verificatietermijn is opgenomen in artikel 160, eerste lid.

De gemachtigde verstrekte in dat verband het volgende antwoord:

“Er blijkt tussen de bedoelde bepalingen inderdaad een incoherentie wat betreft de termijnen: in artikel 156, eerste tot derde lid, wordt een termijn van 15 [dagen] vermeld, terwijl in artikel 160, eerste lid, een termijn van 30 dagen wordt vermeld. Overeenkomstig de richtlijn zou het telkens moeten gaan om een termijn van 30 dagen.”

Uit het door de gemachtigde verstrekte antwoord volgt dat een aanpassing van het eerste en tweede lid van artikel 156 van het ontwerp noodzakelijk is. Het derde lid dat, in tegenstelling tot wat de gemachtigde vermeldt, thans reeds in een termijn van dertig dagen voorziet voor een bijzondere hypothese, wordt daardoor wellicht zonder voorwerp.

Artikel 159

60. Naar analogie van de Franse tekst, vervange men in de Nederlandse tekst van artikel 159, eerste lid, 2°, het woord “aannemer” door “opdrachtnemer”.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter, voorzitter,
	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	B. THYS,	staatsraad,
	J. VELAERS,	assessor van de 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 DE BELGIQUE

Avis 51.586/1/V
DU 2 AOÛT 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Premier Ministre, le 22 juin 2012, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics', 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.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à fixer les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. La réglementation en projet n'est pas applicable à l'ensemble des marchés publics et concessions de travaux publics mais seulement à certaines de ses catégories bien déterminées et en outre, l'application de la réglementation en projet dépend dans certains cas du montant estimé du marché.

2.1. Les marchés publics dans les secteurs dits « classiques » et dans les secteurs dits « spéciaux », visés respectivement aux titres II et III de la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' relèvent en principe de l'application de la réglementation en projet. C'est également le cas pour les marchés publics, visés au titre 2 de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité' ¹.

En revanche, les marchés publics, tels que ceux visés au titre IV de la loi du 15 juin 2006 ² et au titre 3 de la loi du 13 août 2011 ³, ne relèvent pas du champ d'application de la réglementation en projet.

2.2. Selon l'article 5, § 2, du projet, l'arrêté royal en projet est applicable « dans son ensemble aux marchés dont le montant estimé est supérieur à 30.000 euros ». Pour les marchés dont le montant estimé se situe entre 8.500 et 30.000 euros, et pour les marchés qui relèvent du champ d'application du titre III de la loi du 15 juin 2006 et dont le montant estimé se situe entre 17.000 et 30.000 euros, le projet n'est pas applicable dans son intégralité, dès lors que seuls

¹ Voir l'article 5, § 1^{er}, du projet.

² Concernant la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

³ Soit certains marchés publics « conclus par des entités adjudicatrices » dans les domaines de la défense et de la sécurité.

quelques articles bien déterminés trouvent à s'appliquer⁴. L'arrêté en projet n'est pas applicable aux marchés dont le montant estimé est inférieur à 8.500 euros, lequel montant passe à 17.000 euros pour les marchés qui relèvent du champ d'application du titre III de la loi du 15 juin 2006⁵.

3. Outre des règles générales d'exécution, le projet contient un certain nombre de modalités d'application qui, nonobstant le montant estimé du marché, s'appliquent à des types spécifiques de marché public⁶.

4. Le projet contient des dispositions qui s'appliquent obligatoirement et d'autres non. Dans le dernier cas, les dispositions dont il ne faut pas obligatoirement faire application, peuvent être rendues applicables à un marché public déterminé par des documents du marché⁷.

5. L'arrêté en projet est destiné à remplacer – à terme et dans la mesure décrite ci-dessus – la réglementation actuelle contenue dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics' pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services'.

Comme le précise le rapport au Roi accompagnant le projet, les auteurs du projet se sont largement inspirés de l'arrêté royal précité pour déterminer les modalités d'application mais ils ont néanmoins également revu certains points de celui-ci tant au niveau de la forme que du contenu.

5.1. Du point de vue de la forme, le texte en projet est doté d'une nouvelle structure qui abandonne la division actuelle de l'arrêté royal du 26 septembre 1996. Le dispositif de ce dernier arrêté royal contient, d'une part, les dispositions fondamentales en vue de l'exécution des marchés publics en général, et d'autre part, un certain nombre de dispositions complémentaires pour des types spécifiques de marché public. En outre, l'arrêté royal est assorti d'une annexe contenant le « Cahier général des charges », qui règle plus en détail l'exécution des marchés publics. À la différence de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, l'ensemble des modalités d'application est à présent inscrit dans le dispositif de l'arrêté en projet et une annexe n'est pas prévue.

⁴ Voir l'article 5, § 3, du projet.

⁵ Voir l'article 5, § 4, du projet.

⁶ Voir les articles 6 et 7 du projet.

⁷ Voir les articles 6, § 3, et 8, § 1^{er}, du projet.

Le projet comporte sept chapitres qui se composent d'un certain nombre des dispositions générales (chapitre 1^{er}), de dispositions applicables à tous les marchés (chapitre 2), de dispositions spécifiques aux marchés de travaux (chapitre 3), aux concessions de travaux publics (chapitre 4), aux marchés de fournitures (chapitre 5) et aux marchés de services (chapitre 6) et également de dispositions finales (chapitre 7).

Dans la nouvelle structure, l'agencement des dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, qui sont reproduites dans le projet, est en outre modifié.

5.2. En ce qui concerne les adaptations de fond, il y a lieu d'observer qu'un certain nombre de dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, ne sont pas reproduites. Le rapport au Roi précise à ce sujet que l'objectif est de ne « reprend[re] quant au fond » que les règles ayant une portée générale dans la mesure où elles doivent en principe s'appliquer sans distinction aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises publiques car elles sont jugées indispensables dans le cadre de l'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ». Par ailleurs, certaines dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 ne sont pas reproduites dans le projet parce qu'il s'agit de dispositions qui doivent déjà être prises en compte avant la phase d'exécution d'un marché public et que celles-ci sont dès lors déjà inscrites dans les « arrêtés de passation » des 15 juillet 2011, 23 janvier 2012 et 16 juillet 2012 ⁸.

D'autres dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 sont toutefois reproduites, certes sous une forme modifiée, ou complétées. La raison en est, notamment, que le projet vise également la transposition en droit interne de certaines dispositions des directives 2000/35/CE ⁹ et 2011/7/UE ¹⁰⁻¹¹.

⁸ À ce propos, on peut se référer aux précisions fournies dans les rapports au Roi concernés pour les articles 13, 17 à 20, 85, 115, 118 à 124, 147 et 148 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', pour les articles 14, et 18 à 21 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 'relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité', et pour les articles 13, 17 à 20, 84 et 113 à 119 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux'.

⁹ Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 'concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales'.

¹⁰ Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 'concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales'.

¹¹ Voir, à titre d'exemple, l'article 95 du projet ainsi que les motifs énoncés dans le rapport au Roi indiquant pourquoi il est dérogé à l'article 15, § 1^{er}, du « Cahier général des charges » figurant dans l'annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

Enfin, le projet comporte également un certain nombre de nouvelles dispositions ¹².

6. Conformément à l'article 161 du projet, l'arrêté en projet entrera en vigueur à une date à fixer par le Roi. Le rapport au Roi donne à penser qu'« en ce qui concerne la loi du 15 juin 2006 [...], cette date devrait coïncider avec la date d'entrée en vigueur des autres arrêtés d'exécution de cette loi ».

FONDEMENT JURIDIQUE

7.1. Sous réserve des observations formulées dans les numéros suivants concernant le fondement juridique de certaines dispositions du projet, ce dernier peut être réputé trouver un fondement juridique dans les articles 39 et 55, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006, dans la mesure où sont visés des marchés publics qui relèvent du champ d'application des titres II ou III de cette loi. L'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011 confère un fondement juridique aux dispositions du projet qui ont trait aux marchés publics visés au titre 2 de la loi concernée.

7.2. Certaines dispositions du projet puisent un fondement juridique dans d'autres dispositions légales que celles énoncées sous le 7.1., en fonction de la nature sectorielle des marchés publics en question.

Ainsi, selon le cas, l'article 10 de la loi du 15 juin 2006 ou l'article 11 de la loi du 13 août 2011 doivent être réputés procurer un fondement juridique à l'article 10 du projet, ces dispositions confiant au Roi le soin de fixer les règles applicables aux moyens de communication entre les maîtres de l'ouvrage et les adjudicataires du marché.

L'article 67 du projet peut être réputé trouver un fondement juridique soit, selon le cas, dans l'article 7, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006 soit dans l'article 8, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011, aux termes desquels des avances peuvent être accordées selon les conditions fixées par le Roi.

Les dispositions complémentaires concernant les marchés de promotion de travaux, inscrites dans la section 2 du chapitre 3 du projet, peuvent être réputées puiser un fondement juridique dans l'article 28 tant de la loi du 15 juin 2006 que de celle du 13 août 2011, qui dispose notamment que le pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique peut recourir à un

¹² Voir, à titre d'exemple, les dispositions de la section 3 du chapitre 5, du projet. Les articles 32, 38 et 51 du projet donnent des exemples d'innovations plus spécifiques.

marché public de promotion de travaux dans les conditions fixées par le Roi. Toutefois, dans la mesure où les dispositions complémentaires précitées dérogent à la loi du 10 janvier 1824 ‘sur le droit d’emphytéose’ ainsi qu’à la loi de la même date ‘sur le droit de superficie’¹³, il faut tenir compte de l’article 28, alinéa 3, tant de la loi du 15 juin 2006 que de celle du 13 août 2011, qui énonce ce qui suit :

« Pour autant que cela s’avère nécessaire pour l’organisation et la gestion du marché de promotion, le Roi est habilité à prévoir des dérogations aux lois du 10 janvier 1824 sur le droit d’emphytéose et sur le droit de superficie lorsqu’il fixe les conditions susvisées ».

S’il est vrai que pareilles dérogations peuvent trouver un fondement juridique dans la disposition légale précitée, elles ne le peuvent que « pour autant que cela s’avère nécessaire pour l’organisation et la gestion du marché de promotion ». Il est recommandé de préciser cette nécessité dans le rapport au Roi, en ce qui concerne les dispositions du projet qui peuvent déroger aux lois précitées du 10 janvier 1824.

7.3. Le projet contient un certain nombre de dispositions spécifiques en matière de concessions de travaux publics dérogeant explicitement¹⁴ ou implicitement¹⁵ à la loi du 10 janvier 1824 ‘sur le droit de superficie’.

À la différence des travaux de promotion, visés au 7.2., le Conseil d’État, section de législation, n’aperçoit ni dans la loi du 15 juin 2006, ni dans celle du 13 août 2011, une disposition qui permettrait au Roi de déroger à la loi du 10 janvier 1824 ‘sur le droit de superficie’. Les dispositions dérogatoires concernées ne peuvent pour cette raison être maintenues telles qu’elles dans le projet.

FORMALITÉS

8. Il découle de l’article 19/1, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 ‘relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable’ que les avant-projets de loi, les projets d’arrêté royal et les propositions de décisions devant être soumises à l’approbation du Conseil des Ministres, doivent en principe faire l’objet d’un examen préalable de la nécessité de réaliser une

¹³ Pareille dérogation peut par exemple être contenue à l’article 98 du projet qui impose au pouvoir adjudicateur un certain nombre d’obligations en matière de réparations locatives et d’entretien normal (article 98, 1^o, c)), et de transformations (article 98, 1^o, d)).

¹⁴ Voir l’article 105, § 1^{er}, du projet, faisant expressément référence aux articles 5 et 6 de la loi du 10 janvier 1824.

¹⁵ Voir les articles 105, §§ 2 et 3, et 114, § 4, du projet.

évaluation d'incidence au sens de l'article 2, 9°, de cette loi ¹⁶. Les seuls cas dans lesquels pareil examen préalable ne doit pas avoir lieu sont ceux fixés par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres ¹⁷. Un tel arrêté n'a pas encore été pris. Lorsque l'examen préalable fait apparaître la nécessité d'une évaluation d'incidence, il doit être procédé à l'évaluation précitée ¹⁸.

La note au Conseil des Ministres du 14 juin 2012 jointe à la demande d'avis mentionne que « la dispense EIDDD est invoquée », parce que « le présent projet n'a pas d'impact au plan social, économique et/ou environnemental ». D'autres documents complémentaires fournis au Conseil d'État, section de législation, montrent que ce point de vue est inspiré par le fait que la réglementation en projet aurait un « caractère purement formel » et, en outre, qu'elle doit être adoptée « d'urgence ».

Force est de constater que le projet d'arrêté royal soumis pour avis concerne un élément essentiel de la réglementation en matière de marchés publics et que le soin de fixer la date de son entrée en vigueur est laissé au Roi. Compte tenu de cette double constatation, il est douteux que la dispense d'un examen préalable de la nécessité de l'évaluation d'incidence repose sur de justes motifs et qu'ils peuvent justifier de passer outre la formalité légalement prescrite en matière d'exécution de pareil examen.

EXAMEN DU TEXTE

PRÉAMBULE

9. Compte tenu des observations relatives au fondement juridique du projet, on écrira à la fin du deuxième alinéa du préambule : « ..., les articles 7, alinéa 2, modifié par la loi du 5 août 2011, 10, 28, modifié par la loi du 5 août 2011, 39 et 55, alinéa 1^{er}, remplacé par la loi du 5 août 2011 ; ».

À la fin du troisième alinéa du préambule, on écrira : « ..., les articles 8, alinéas 2, 11, 28 et 35 ; ».

¹⁶ Article 19/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 5 mai 1997. L'article 19/1, § 2, de cette même loi charge le Roi de fixer, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, cet examen préalable. Jusqu'à présent, aucun arrêté d'une telle portée n'a été publié au Moniteur belge.

¹⁷ Article 19/1, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi précitée du 5 mai 1997.

¹⁸ Article 19/2, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 5 mai 1997. Dans le deuxième alinéa de cette disposition, le Roi est chargé de fixer les modalités de l'évaluation d'incidence par arrêté délibéré en Conseil des Ministres. Jusqu'à ce jour, aucun arrêté ayant pareil objet n'a été publié au Moniteur belge.

Article 2

10. La définition de « fonctionnaire dirigeant », figurant dans le texte français de l'article 2, 6°, du projet, utilise le mot « contrôle » de l'exécution du marché. Le texte néerlandais emploie le terme « toezicht ». Le commentaire que le rapport au Roi consacre à l'article 39 du projet indique que les auteurs du projet entendent faire une différence de fond entre les termes « contrôle » et « surveillance » quant à la préparation du marché et son exécution. L'article 39 mentionne par conséquent tant « contrôle » (controle) que « surveillance » (toezicht). Ce n'est pas le cas dans la définition à l'article 2, 6°, qui semble, au contraire, employer indifféremment les deux termes dans le texte français (contrôle) et dans le texte néerlandais (toezicht). La définition en projet de « fonctionnaire dirigeant » sera adaptée sur ce point.

Dans les articles 11, alinéas 2 et 3, 82, § 1^{er}, alinéa 5, ainsi que dans l'intitulé qui précède immédiatement l'article 39 du projet, le texte néerlandais utilise exclusivement le terme « toezicht » auquel correspond chaque fois le terme « contrôle » dans le texte français. La terminologie utilisée dans ces dispositions devrait dès lors être également soumise à un examen complémentaire.

11. Tant l'article 6, § 3, que l'article 8, § 1^{er}, du projet mentionnent que les dispositions qui ne sont pas obligatoirement applicables en vertu de l'arrêté en projet, peuvent être rendues applicables, par les documents du marché, à un marché déterminé. Les deux dispositions semblent dès lors se chevaucher. Si tel est effectivement le cas, mieux vaudrait supprimer une des deux dispositions.

Article 7

12. L'article 7, alinéa 2, du projet, dispose qu'en ce qui concerne les marchés conclus sur la base d'un accord-cadre, l'ensemble des dispositions de l'arrêté en projet, sans préjudice des articles 5 et 6, sont d'application « sauf disposition contraire dans les documents du marché ».

Interrogé sur le sujet du motif pour lequel il est permis de déroger dans les documents du marché à l'application des dispositions de l'arrêté en projet, en ce qui concerne les marchés conclus sur la base d'un accord-cadre, le délégué a précisé ce qui suit :

« Voor de opdrachten gebaseerd op een raamovereenkomst is het wenselijk dat men op een soepeler manier kan werken, wat met name betekent dat men van sommige bepalingen van de Algemene uitvoeringsregels moet kunnen afwijken zonder dat dit telkens uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd. Zo zal het bijvoorbeeld niet opportuun zijn om voor elke opdracht gebaseerd op een raamovereenkomst een borgstelling te vragen. Eventueel kan dit in het verslag aan de Koning nog worden verduidelijkt ».

Il est en effet recommandé de reproduire les précisions précitées dans le rapport au Roi.

Article 8

13. De l'accord du délégué, il faut remplacer à l'article 8, § 2, du projet, les mots « l'article 8, § 3, de l'arrêté royal secteurs spéciaux » par les mots « l'article 9, § 3, de l'arrêté royal secteurs spéciaux ».

Le rapport au Roi mentionne que l'application de l'article 8, § 2, du projet « pourra » [rendre] nécessaire d'apporter certaines adaptations par le biais d'un avenant » et que cet avenant, « en cas d'appel d'offres, ne pourra intervenir qu'après la conclusion du marché puisque les offres remises ne peuvent être modifiées ».

Le texte de l'article 8, § 2, du projet ne fait pas référence à la possibilité d'adaptations au moyen d'un avenant. Dans un souci de sécurité juridique, il est recommandé de compléter l'article 8, § 2, sur ce point.

Article 9

14. Conformément à l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet, « l'allongement des délais de vérification prévus aux articles 95, 127 et 160 » est interdit. Il faut observer que l'article 127 du projet ne prévoit aucun délai de vérification mais que différents alinéas de cet article font mention du délai de vérification visé à l'article 120, alinéa 2, du projet. La question se pose dès lors de savoir si la mention de l'article 127 à l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet, doit être interprétée en ce sens que l'interdiction d'allongement du délai de vérification, visé à l'article 120, alinéa 2, vaut uniquement pour l'application de l'article 127. Si tel n'est pas le cas, il semble plus logique de faire directement mention du délai de vérification, visé à l'article 120, alinéa 2, au lieu de se référer à l'article 127, qui mentionne uniquement le délai de vérification, visé à l'article 120, alinéa 2.

15. Dans l'article 9, § 2, alinéa 2, 1°, du projet, les mots « usage loyal », dans le texte français, ne correspondent pas aux mots « gelijke behandeling », dans le texte néerlandais. Dans le texte néerlandais de l'article 7, paragraphe 1, a), de la directive 2011/7/UE, il est fait mention de « eerlijke behandeling » ; dans le texte français de cette même disposition de la directive, les mots « usage loyal » sont utilisés comme dans l'article 9, § 2, alinéa 2, 1°, du projet. Il est recommandé de reproduire également dans le texte néerlandais de l'article 9, § 2, alinéa 2, 1°, du projet, la terminologie utilisée dans la disposition de la directive précitée.

16. Le délégué a confirmé que la phrase introductive de l'article 9, § 3, du projet, doit également viser, outre les articles 5 et 6, §§ 1^{er} et 2, l'article 7 du projet.

17. L'article 9, § 4, alinéa 2, du projet, dispose qu'à défaut de motivation dans le cahier spécial des charges, la dérogation concernée est réputée non écrite mais que pareille sanction n'est pas applicable « dans le cas d'une convention signée par les parties ».

Interrogé à ce sujet par le membre compétent de l'auditorat, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Die uitzondering slaat enkel op de onderhandelingsprocedure en de concurrentiedialoog, in het kader waarvan de partijen onderlinge overeenstemming kunnen bereiken over deze of gene afwijking. Er werd geoordeeld dat het niet proportioneel was om de zware straf van de nietigheid toe te passen wanneer de partijen het over een bepaalde afwijking onderling eens zijn geraakt, zij het dat die afwijking niet expliciet is gemotiveerd ».

Il est recommandé d'insérer cette précision dans le rapport au Roi.

Article 13

18. À la fin de l'article 13, alinéa 1^{er}, 1°, du projet, il y a une discordance entre les textes français et néerlandais, en ce qui concerne la référence à l'arrêté royal 'défense et sécurité' et à l'arrêté en projet. Là où le texte français mentionne « l'article 63 de l'arrêté royal défense et sécurité » et « l'article 62 du présent arrêté » le texte néerlandais fait état de « artikel 62 van het koninklijk besluit defensie en veiligheid » et « artikel 63 van dit besluit ». Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

Article 19

19. Alors que le texte néerlandais de l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet mentionne « de intellectuele eigendom van de uitvindingen », le texte français est rédigé en des termes plus généraux « la propriété des droits intellectuels ». Cette dernière définition semble emporter la préférence en tenant compte du fait que des prestations qui sont fournies pour l'exécution d'un marché public peuvent encore conduire à d'autres créations protégées par un droit intellectuel¹⁹. En tout état de cause, les deux versions linguistiques de l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, ainsi que celles de l'article 19, § 2, doivent être mieux harmonisées sur ce point²⁰.

Article 20

20. L'article 20, alinéa 3, du projet, dispose que le pouvoir adjudicateur doit respecter la confidentialité des méthodes et du savoir-faire de l'adjudicataire, sauf si ces méthodes et ce savoir-faire font l'objet du marché.

La question se pose de savoir si cette mesure se concilie suffisamment avec l'article 18, § 2²¹, alinéa 2, du projet. Selon cette dernière disposition, le pouvoir adjudicateur qui dans le cadre du marché a connaissance d'un dessin ou modèle, d'un savoir-faire, d'une méthode ou d'une invention appartenant à l'adjudicataire ou appartenant conjointement à l'adjudicataire ou au pouvoir adjudicateur, s'abstiendra de toute communication concernant le dessin ou modèle, le savoir-faire, la méthode ou l'invention vis-à-vis des tiers.

Il n'est pas exclu, semble-t-il que l'exception à la confidentialité précisée à l'article 20, alinéa 3, porte par exemple sur des méthodes et le savoir-faire appartenant conjointement au pouvoir adjudicateur et à l'adjudicataire et pour lesquels l'article 18, § 2, alinéa 2 prescrit la confidentialité, contrairement à l'article 20, alinéa 3.

Interrogé à ce sujet, le délégué a confirmé qu'un problème de compatibilité peut effectivement se poser entre les articles 18, § 2, alinéa 2, et 20, alinéa 3, du projet, et que les deux dispositions doivent être mieux harmonisés, quant à leur contenu.

¹⁹ On pense par exemple à la protection (garantie par le droit d'auteur) d'un texte, d'une banque de données ou d'un programme informatique.

²⁰ Les articles 21 et 23, alinéa 3, du projet, mentionnent tant « créations » (creaties) que « inventions » (uitvindingen).

²¹ L'indication du « § 2 » fait défaut dans le texte néerlandais de l'article 18 du projet.

Article 24

21. Le texte néerlandais de l'article 24, § 2, alinéas 1^{er} et 2, du projet utilise respectivement les termes « attest » et « verklaring ». Par analogie avec le texte français des alinéas concernés qui emploie systématiquement le terme « attestation », il faut également opter dans le texte néerlandais pour l'utilisation exclusive du terme « attest ».

Article 25

22. Conformément à l'article 25, § 1^{er}, 2°, du projet, l'exception à l'obligation de cautionnement vaut pour les services financiers au sens de l'annexe II, catégorie 6, de la loi du 15 juin 2006, mais non pour des services similaires au sens de l'annexe 1, catégorie 12, de la loi du 13 août 2011, en ce qui concerne les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. Selon le délégué, l'intention est toutefois d'étendre l'exception concernée à la dernière catégorie de services citée et de compléter en ce sens l'article 25, § 1^{er}, 2°, du projet.

Article 37

23. De l'accord du délégué, il faut également faire mention dans l'article 37, alinéa 1^{er}, 2°, du projet, de l'article 26, § 1^{er}, 2°, b), de la loi du 15 juin 2006. En effet, la disposition en projet fait déjà mention, en matière de défense et de sécurité, de la disposition similaire de l'article 25, 4°, b), de la loi du 13 août 2011.

Le délégué a également précisé que dans le même article 37, alinéa 1^{er}, 2°, du projet, il faut limiter la référence à l'article 53, § 2, 4°, de la loi du 15 juin 2006 à une référence à l'article 53, § 2, 4°, a) et b), de cette loi. En effet, il est déjà uniquement fait référence à l'article 26, § 1^{er}, 3°, b) et c), de la loi du 15 juin 2006, et à l'article 25, 3°, a), de la loi du 13 août 2011, de sorte qu'il faut logiquement aussi limiter la référence à l'article 53, § 2, 4°, a) et b), de la loi du 15 juin 2006.

Article 39

24. Par analogie avec le texte français, on mentionnera dans le texte néerlandais de l'article 39, alinéa 2, du projet « alle noodzakelijke inlichtingen » au lieu de « alle inlichtingen ».

Article 42

25. Comme l'a confirmé le délégué, il faut supprimer la mention des articles 131 et 132 du projet à la fin de l'article 42, § 2, alinéa 2, cette mention n'étant pas conforme à la règle énoncée à l'article 12, § 5, *in fine*, du « Cahier général des charges », figurant en annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, dénommé ci-après le « Cahier général des charges », qui vise en effet l'article 63 de celui-ci. Cette dernière disposition est certes reproduite partiellement à l'article 134 du projet, mais une référence à l'article 134 ne serait pas adéquate selon le délégué, dès lors qu'il ne fait plus mention du remplacement obligatoire, aux frais du fournisseur, des produits défectueux ne permettant pas une utilisation conforme aux conditions du marché et que l'article 42, § 2, du projet vise précisément le cas du remplacement de ces produits.

26. Dans un souci d'uniformité avec le texte français, on écrira à la fin du texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, du projet « ..., ingaande de dag van de ontvangst van het verzoek om tot de keuring over te gaan : ».

La même observation vaut pour la phrase introductive de l'article 130, § 3, alinéa 1^{er}, du projet.

Article 44

27. De l'accord du délégué, il faut mentionner à la fin de l'article 44, § 3, du projet, notamment l'article 154 et non l'article 156 du projet. On écrira dès lors « ... prévues aux articles 45 à 49, 85 à 88, 123, 124, 154 et 155 ».

Article 49

28. En ce qui concerne la règle énoncée à l'article 49, 1^o, du projet, le rapport au Roi indique que l'application de la pénalité concernée exclut toute indemnisation supplémentaire. Cette mention ne ressortant toutefois pas de la disposition en projet, il conviendrait dès lors de mieux la préciser.

Article 52

29. L'article 52, alinéa 1^{er}, du projet fait uniquement mention de la possibilité d'introduire une « requête » et non de celle d'introduire également une « réclamation », comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article. À l'alinéa 1^{er} de l'article 52, il semble donc qu'il faille mentionner à la fois une « requête » et une « réclamation ».

30. Dans le texte néerlandais de l'article 52, alinéa 2, du projet, on remplacera les termes « feiten en omstandigheden » par les termes « feiten of omstandigheden ». Dans le texte français figurent déjà les mots « faits ou circonstances ».

31. Dans le texte néerlandais, on rédigera le début de l'article 52, alinéa 4, du projet comme suit : « Bedoelde klachten en verzoeken zijn in elk geval niet ontvankelijk wanneer de ingeroepen feiten of omstandigheden, ... ».

Article 57

32. L'article 57 du projet précise que les articles 54 et 56 « ne portent pas préjudice à l'application des autres dispositions du présent arrêté ». Cette formulation donne à penser qu'il doit être fait application tant des articles 54 et 56 du projet que des autres dispositions de l'arrêté en projet. Or, le rapport au Roi mentionne que « les articles 54 et 56 ne s'appliquent que pour autant que les faits invoqués ne relèvent pas d'autres dispositions du présent arrêté. » Si telle est effectivement l'intention, il est recommandé de l'exprimer explicitement – et donc plus clairement – dans le texte de l'article 57. Dans le cas contraire, il conviendrait d'assurer une meilleure concordance entre le commentaire figurant dans le rapport au Roi et le texte de l'article 57.

Par ailleurs, en fonction de l'intention des auteurs du projet, il faudra éventuellement adapter la formulation de l'article 60, alinéa 4.

Article 61

33. Il se déduit de la règle énoncée à l'article 61, § 2, du projet que dans le cas d'un marché public conclu avec plusieurs personnes physiques dont une ou plusieurs décèdent, les ayants droit de la (des) personne(s) décédée(s) n'ont pas la possibilité de faire connaître au pouvoir adjudicateur leur intention de poursuivre le marché. Or, les ayants droit de la personne décédée disposent effectivement de cette possibilité en application de l'article 61, § 1^{er}, qui vise le cas dans lequel la personne décédée est la seule à avoir conclu le marché.

La question se pose de savoir si cette distinction entre les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 61 en ce qui concerne la possibilité pour les ayants droit d'exprimer l'intention de poursuivre le marché a été prise en compte à l'article 61, § 3, qui prévoit que « dans les cas prévus aux paragraphes 1^{er} et 2, les ayants droit informent par écrit le pouvoir adjudicateur de leurs intentions dans les trente jours qui suivent celui du décès ». Dans la formulation actuelle de l'article 61, § 2, du projet, il n'est en effet pas fait mention de la possibilité pour les ayants droit de faire connaître au pouvoir adjudicateur leur intention de poursuivre le marché. Il semble dès lors préférable de mieux harmoniser la règle énoncée à l'article 61, § 3, avec celle prévue dans les paragraphes précédents.

À cet égard, il faut tenir compte du fait que si une distinction est établie entre deux catégories d'ayants droit selon qu'ils peuvent ou non faire part au pouvoir adjudicateur de leur intention de poursuivre le marché, cette distinction devra pouvoir être justifiée à la lumière des principes d'égalité et de non-discrimination visés aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Article 65

34. Comme l'a confirmé le délégué, on supprimera la référence à l'article 133 du projet figurant dans l'article 65, § 3, alinéa 1^{er}, cette référence n'étant pas conforme à la règle énoncée à l'article 19, § 3, alinéa 1^{er}, du « Cahier général des charges »²².

Article 67

35. À l'article 67, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, du projet, il faut mentionner – de manière plus correcte – les « services de transport aérien de voyageurs de la catégorie 3 de l'annexe II, A, de la loi ou de la catégorie 6 de l'annexe 1 de la loi défense et sécurité ».

²² Voir également la motivation plus détaillée sous le n° 25 du présent avis.

Article 69

36. De la même manière que l'article 15, § 4, du « Cahier général des charges » fait mention du paragraphe 3 de ce même article, il faut également mentionner, selon le délégué, l'article 68 du projet dans l'article 69, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet.

Article 76

37. Selon le délégué, il y a lieu, par analogie avec l'article 76, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, de rédiger le début de l'article 76, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, du projet, comme suit : « pour les travaux dont le montant correspond à la classe 5 de la même réglementation ou à une classe inférieure, mais qui nécessitent ... ».

Article 81

38. Compte tenu de la disposition énoncée à l'article 81, alinéa 1^{er}, du projet et de l'accord du délégué, on complètera la première phrase de l'article 81, alinéa 4, par le membre de phrase « ou est inférieure à la moitié de celle-ci ».

Article 87

39. De la même manière que l'article 48, § 3, 4^o, alinéa 2, du « Cahier général des charges » fait mention de l'article 41 de celui-ci, il faut mentionner, selon le délégué, l'article 84, § 2, du projet et non l'article 87, § 2, dans l'article 87, § 3, alinéa 2, du projet.

Article 88

40. Dans le texte néerlandais de l'article 88, alinéa 1^{er}, du projet, on écrira « ..., of nog, aan de aannemer of aan één van zijn onderaannemers ter beschikking werd gesteld, niet zijn betaald, dan ... ».

Article 94

41. Contrairement à ce que mentionne le rapport au Roi, l'article 94 du projet n'est pas tout à fait conforme à l'article 13, § 4, du « Cahier général des charges ». Ainsi, le dernier alinéa de cette disposition fait défaut. Reste à savoir si cette omission est effectivement voulue. Si ce n'est pas le cas, il faudra compléter l'article 94 par une disposition similaire. Dans le cas contraire, il est recommandé d'adapter le commentaire dans le rapport au Roi.

Article 95

42. Par analogie avec le texte français, on remplacera dans le texte néerlandais de l'article 95, § 1^{er}, alinéa 2, 4°, du projet le mot « prijzen » par le mot « eenheidsprijzen ».

43. À l'article 95, § 3, alinéa 2, 2°, du projet, il est fait mention de l'« article 30^{ter}, § 4, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, tel que rétabli par l'article 62 de la loi-programme du 29 mars 2012 » et de « l'article 400, 1°, du Code des impôts sur les revenus 1992, remplacé par la même loi-programme ».

En mentionnant la loi-programme concernée ou des dispositions de celle-ci qui ont respectivement « rétabli » ou « remplacé » les articles 30^{ter}, § 4, et 400, 1°, précités, il est fait abstraction des modifications futures de ces dispositions législatives pour l'application de l'article 95, § 3, alinéa 2, 2°, du projet. Selon le délégué, telle n'est toutefois pas l'intention. On supprimera dès lors les termes « tel que rétabli par l'article 62 de la loi-programme du 29 mars 2012 » et « remplacé par la même loi-programme » dans l'article 95, § 3, alinéa 2, 2°, du projet.

44. À la fin du texte néerlandais de l'article 95, § 3, alinéa 3, 2°, du projet, on ajoutera le terme « werken ».

Article 98

45. Dans la phrase introductive de l'article 98, 1°, et dans l'article 98, 2°, on remplacera chaque fois la référence à « l'article 119 de l'arrêté royal défense et sécurité » par une référence à « l'article 120 de l'arrêté royal défense et sécurité ».

La même observation vaut aussi pour l'article 101 du projet.

46. De l'accord du délégué, il faut également faire mention à l'article 98, 1°, a), du projet de redevances de superficie.

Plusieurs subdivisions de l'article 103 du projet doivent dès lors aussi être complétées en ce sens.

Article 99

47. À l'article 99, 2°, du projet, on remplacera les références à « l'article 125 » et à « l'article 124 » de l'arrêté royal défense et sécurité, respectivement, par une référence à « l'article 126 » et à « l'article 125 » de cet arrêté royal.

Article 103

48. Contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport au Roi, le délai de paiement de soixante jours, mentionné à l'article 103, § 1^{er}, alinéa 3, deuxième tiret, du projet, n'est pas le délai usuel applicable aux marchés de travaux. D'autres délais de paiement sont fixés, certainement pour les marchés de travaux conclus à partir du 16 mars 2013²³. Pour ce motif, comme l'a confirmé le délégué, on remplacera la mention du délai de « soixante jours » figurant à l'article 103, § 1^{er}, alinéa 3, deuxième tiret, par la mention d'un délai de « trente jours ».

Article 105

49. L'article 105, § 1^{er}, du projet énonce que s'il s'agit de terrains du domaine public, ceux-ci doivent être désaffectés. Le rapport au Roi précise que les terrains qui font partie du domaine public « ne doivent plus nécessairement faire préalablement l'objet d'une décision de désaffectation les faisant sortir du domaine public afin qu'ils puissent être grevés de droits réels ».

Le commentaire dans le rapport au Roi et le texte de l'article 105, § 1^{er}, du projet, ne paraissent pas concorder en ce qui concerne l'existence de la nécessité d'une décision de désaffectation.

²³ Voir aussi l'article 95, § 3, 1°, du projet.

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré que chaque pouvoir adjudicateur devrait pouvoir décider au cas par cas de la nécessité d'une désaffectation des terrains et que le texte du dispositif de l'article 105, § 1^{er}, précité « doit par conséquent être adapté ».

Article 114

50. L'article 114, § 4, du projet dispose que le droit de propriété est acquis par le pouvoir adjudicateur à la date à laquelle il est mis fin prématurément à la concession. Dans le commentaire que le rapport au Roi consacre à l'article 114, § 4, plusieurs dates possibles sont mentionnées pour le transfert de propriété, selon que c'est le pouvoir adjudicateur ou le concessionnaire qui décide de mettre fin prématurément à la concession. La question se pose dès lors de savoir si cette distinction et les différentes dates du transfert de propriété ne doivent pas être exprimées plus clairement dans le texte de l'article 114, § 4, du projet et si l'on ne peut pas s'inspirer à cet égard du texte de l'article 40, § 5, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

Article 124

51. Le délégué a confirmé que dans un souci de cohérence de la réglementation en projet, « les réfections visées à l'article 71 » , dont il n'est pas non plus tenu compte conformément à l'article 155, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, en ce qui concerne les mesures d'office pour les marchés publics de services, doivent également être mentionnées dans l'article 124, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, en ce qui concerne les mesures d'office en matière de fournitures.

Article 128

52. À l'article 128 du projet, il y a une discordance entre les textes français et néerlandais. En particulier, le membre de phrase du texte français « lorsque le pouvoir adjudicateur constate que le fournisseur présente des quantités nettement supérieures à celles annoncées dans sa demande » ne correspond pas au membre de phrase « niet in staat zijn om te worden opgeleverd of dat de leverancier merklijk kleinere hoeveelheden aanbiedt dan in zijn aanvraag was vermeld » du texte néerlandais.

Selon le délégué, il faudrait aligner le texte français sur le texte néerlandais, et à cet égard, il se réfère à l'article 59, § 3, du « Cahier général des charges ».

Article 129

53. Le délai visé à l'article 120, alinéa 2, du projet, auquel se réfère l'article 129, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, est de trente et non de quinze jours. On remplacera dès lors dans la dernière disposition citée les termes « délai de quinze jours prévu à l'article 120, alinéa 2 » par les termes « délai de trente jours prévu à l'article 120, alinéa 2 ».

La même observation vaut pour l'article 131, § 1^{er}, alinéa 2, du projet.

Article 132

54. De l'accord du délégué, il faut faire mention de l'article 127 et non de l'article 126 du projet à la fin de l'article 132 du projet. Le délégué se réfère à cet égard à la mention de l'article 15, § 2, du « Cahier général des charges » figurant dans l'article 50 de celui-ci.

Article 142

55. L'article 142, alinéa 1^{er}, du projet, prévoit que le procès-verbal constatant la remise de la fourniture au fournisseur vaut réception définitive du marché. La question se pose de savoir s'il est ainsi suffisamment tenu compte du fait qu'un contrat de leasing ne doit pas nécessairement s'accompagner d'une remise des produits fournis²⁴, mais qu'un transfert de propriété peut au contraire intervenir à l'issue du contrat.

Article 147

56. Dans le texte néerlandais de l'article 147, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, on remplacera le terme « leveringstermijn » par le terme « uitvoeringstermijn », qui est également utilisé dans l'alinéa 2 du paragraphe concerné et qui correspond en outre à la terminologie utilisée dans le texte français.

²⁴ Voir à cet égard, la définition de la « location-financement » ou « leasing » figurant à l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 55 du 10 novembre 1967 'organisant le statut juridique des entreprises pratiquant la location-financement'. L'article 1^{er}, 1°, e), de cet arrêté royal numéroté précise que le contrat doit réserver au locataire la faculté d'acquérir en fin de bail la propriété du bien loué, moyennant un prix fixé dans ce contrat, qui doit correspondre à la valeur résiduelle présumée de ce bien.

Article 154

57. L'article 154, alinéa 1^{er}, du projet dispose notamment que, le cas échéant, les documents du marché précisent la base de calcul des amendes concernées.

Interrogé sur l'intention qui préside à cette disposition et sur la portée de celle-ci, le délégué précise ce qui suit :

« Deze zin is toegevoegd ten opzichte van artikel 75, § 1, van de huidige AAV op verzoek van de leden van de Commissie voor de overheidsopdrachten. Een aantal leden waren namelijk van mening dat het feit dat vertragsboetes berekend worden op basis van de waarde van de diensten waarvan de uitvoering met dezelfde vertraging gebeurde, problemen kan opleveren. Het is immers mogelijk dat een klein deel van de diensten aanleiding geeft tot vertraging maar het geheel van deze diensten onbruikbaar is ingevolge de niet-tijdige uitvoering van dat deel. In dat geval moet de vertragsboete betrekking hebben op het geheel van de diensten, ook al wordt slechts een klein gedeelte met vertraging uitgevoerd. Bijgevolg werd beslist te bepalen dat de opdrachtdocumenten de berekeningsbasis van de boetes vermelden.

In het verslag aan de Koning zou hiertoe een bijkomende commentaar kunnen worden opgenomen ».

On peut se rallier à la proposition de compléter le rapport au Roi formulée à l'occasion de cette précision.

58. Selon le délégué, il faut également inscrire à l'article 154 du projet les dispositions énoncées à l'article 75, § 1^{er}, 4° (concernant un marché comportant plusieurs parties ou phases, ayant chacune leur délai d'exécution et leur montant propres) et 5° (en cas de délais d'exécution partiels fixés par le cahier spécial des charges et désignés ou non comme étant de rigueur) du « Cahier général des charges ».

Article 156

59. En ce qui concerne le délai en matière de réception du marché, prévu à l'article 156, alinéas 1^{er} à 3, du projet, la question se pose de savoir s'il se concilie avec la règle du délai de vérification figurant à l'article 160, alinéa 1^{er}.

À cet égard, le délégué a fourni la réponse suivante :

« Er blijkt tussen de bedoelde bepalingen inderdaad een incoherentie wat betreft de termijnen: in artikel 156, eerste tot derde lid, wordt een termijn van 15 [dagen] vermeld, terwijl in artikel 160, eerste lid, een termijn van 30 dagen wordt vermeld. Overeenkomstig de richtlijn zou het telkens moeten gaan om een termijn van 30 dagen ».

Il ressort de la réponse donnée par le délégué qu'une adaptation des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 156 du projet s'impose. L'alinéa 3 qui, contrairement à ce qu'affirme le délégué, prévoit déjà actuellement un délai de trente jours pour une hypothèse particulière, est de ce fait probablement dénué d'objet.

Article 159

60. Par analogie avec le texte français, on remplacera dans le texte néerlandais de l'article 159, alinéa 1^{er}, 2^o, le terme « aannemer » par « opdrachtnemer ».

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre, président,
	P. LEMMENS,	président de chambre,
	B. THYS,	conseiller d'État,
	J. VELAERS,	assesseur 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 W. VAN VAERENBERGH, conseiller d'État.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

M. VERSCHRAEGHEN

M. VAN DAMME