



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 53.175/1
van 22 mei 2013

avis 53.175/1
du 22 mai 2013

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit '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'

un projet d'arrêté royal 'relatif
à 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 transport et des
services postaux'

Op 8 april 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 22 mei 2013, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘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’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 mei 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Marc RIGAUX, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pierrot T’KINDT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 mei 2013.

*

Le 8 avril 2013, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu’au 22 mai 2013, sur un projet d’arrêté royal ‘relatif à 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 transport et des services postaux’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 2 mai 2013. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d’État, Marc RIGAUX, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Pierrot T’KINDT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l’avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 22 mai 2013.

*

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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. De regeling die in het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit is vervat, betreft de plaatsing van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, bedoeld in titel IV van de wet ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van 15 juni 2006 (hierna “wet van 15 juni 2006” genoemd).¹

Met het ontwerp wordt beoogd om de voornoemde wettelijke regeling uit te voeren en daarmee een verdere omzetting in het interne recht te realiseren van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten’ (hierna “richtlijn 2004/17/EG” genoemd).

De ontworpen regeling is bedoeld om in de plaats te komen van de regeling die nu is vervat in het koninklijk besluit van 18 juni 1996 ‘betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten’.²

3.1. Het ontwerp kan worden geacht rechtsgrond te vinden in de bepalingen van de wet van 15 juni 2006 waarvan melding wordt gemaakt in het tweede lid van de aanhef. De betrokken opsomming dient bovendien te worden vervolledigd met een verwijzing naar artikel 75 van dezelfde wet. Artikel 75, § 1, eerste lid, van de wet, biedt immers rechtsgrond voor de bepalingen van het ontwerp die kunnen worden geacht de verplichte bepalingen van richtlijn 2004/17/EG om te zetten, zonder dat daarvoor een meer specifieke rechtsgrond valt aan te wijzen. In artikel 75, § 2, van de wet, kan rechtsgrond worden gevonden voor artikel 22, tweede lid, van het ontwerp, dat betrekking heeft op de aanpassing van de Europese drempelbedragen door de Eerste Minister.

3.2. Sommige bepalingen van het ontwerp beogen niet als zodanig uitvoering te geven aan een uitdrukkelijke delegatiebepaling van de wet van 15 juni 2006, maar kunnen niettemin worden ingepast in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning zoals die voortvloeit uit

¹ Wat de regeling van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 15 juni 2006 betreft die nog niet van toepassing zijn, en van een aantal uitvoeringsbesluiten ervan, zie advies 53.176/1 van 8 mei 2013 van de Raad van State, afdeling Wetgeving, over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan’.

² In artikel 1, 3°, van het ontwerp van koninklijk besluit dat het voorwerp uitmaakt van het in de vorige voetnoot vermelde advies 53.176/1 wordt in de opheffing van het koninklijk besluit van 18 juni 1996 voorzien.

artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van de voornoemde wet.³

3.3. Artikel 38, § 2, tweede lid, van het ontwerp luidt:

“De offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden. Dit voorschrift geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid. De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden en zijn verplicht de deelnemer aan te duiden die de combinatie zal vertegenwoordigen tegenover de aanbestedende entiteit.”

Voor zover het in de bedoeling ligt van de steller van het ontwerp om een al in de wetgeving opgenomen voorschrift met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid in herinnering te brengen,⁴ is de betrokken bepaling op dat punt overbodig. Beoogt de steller daarentegen op een specifieke en geëigende wijze de hoofdelijke aansprakelijkheid in het beoogde geval te regelen, dan ontbreekt de rechtsgrond daarvoor. Geen bepaling van de wet van 15 juni 2006 die kan worden betrokken op opdrachten die onder toepassing vallen van titel IV van die wet, verleent immers aan de Koning de bevoegdheid om aan de deelnemers aan een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid een hoofdelijke verbintenis op te leggen.

VORMVEREISTEN

4. 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 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 inzake duurzame ontwikkeling uit te voeren, tenzij het voorontwerp, het ontwerp of het voorstel hiervan is vrijgesteld.

Die vrijstellingen zijn bepaald bij het koninklijk besluit van 20 september 2012 ‘houdende uitvoering van artikel 19/1, § 1, tweede lid, van hoofdstuk V/1 van de wet van 5 mei 1997 betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’.

In de bij de adviesaanvraag gevoegde nota aan de Ministerraad van 25 maart 2013 wordt vermeld dat “de DOEB-vrijstelling [wordt] ingeroepen”, omdat “dit ontwerp geen impact heeft op sociaal of economisch vlak noch op het gebied van het leefmilieu”. Uit het eveneens bij de adviesaanvraag gevoegd “DOEB-vrijstellingsformulier (formulier A)” blijkt dat die inschatting is ingegeven door de opvatting dat de ontworpen regeling “een louter formeel

³ Zie de artikelen 4, 11, §§ 1 (voor zover die bepaling van toepassing is op andere derden dan onderaannemers) en 2, 18, 20, 32, vierde lid, 37, derde lid, 38, § 1, vierde lid, 48, 50, 69 (voor zover de gegevensverzameling niet is bedoeld om te voldoen aan artikel 67 van richtlijn 2004/17/EG) en 70 van het ontwerp.

⁴ Zo wordt luidens artikel 1202 B.W. hoofdelijkheid niet vermoed. Zij moet uitdrukkelijk bedongen zijn of bestaan “van rechtswege krachtens een bepaling van de wet”. Met de woorden “krachtens een bepaling van de wet” wordt niet enkel het geval bedoeld waarin de hoofdelijkheid bij de wet zelf is opgelegd, maar ook het geval waarin zij bepaald wordt bij een besluit of reglement genomen overeenkomstig de wet (“en conformité de la loi” : zie bv. reeds Cass., 7 mei 1942, *Pas.*, 1942, I, 117).

karakter” heeft. De steller van het ontwerp beroept zich aldus op de vrijstellingsgrond vermeld in artikel 2, 4°, van het koninklijk besluit van 20 september 2012.

Het is nochtans zeer de vraag of het voorliggende ontwerp effectief valt in te passen in de betrokken vrijstellingscategorie van het voornoemde koninklijk besluit, op grond waarvan geen voorafgaand onderzoek in voormelde zin moet worden uitgevoerd. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit betreft immers de globale regeling op uitvoerend niveau van een specifiek onderdeel van de reglementering inzake overheids- en aanverwante opdrachten. Tenzij een andere vrijstellingsgrond kan worden ingeroepen die wordt vermeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 20 september 2012, zal dan ook alsnog moeten worden voldaan aan het wettelijk voorgeschreven vormvereiste inzake het voorafgaande onderzoek met betrekking tot de noodzaak van de uitvoering van een effectbeoordeling in de voormelde zin. Wanneer uit dat onderzoek bovendien zou blijken dat een effectbeoordeling in de zin van artikel 19/2 van de voornoemde wet noodzakelijk is, en als gevolg van die effectbeoordeling wijzigingen zouden worden aangebracht in de tekst van het ontwerp, zoals die thans om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd, zullen deze wijzigingen eveneens om advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. In het verslag aan de Koning wordt verduidelijkt dat de ontworpen regeling “zorgt voor de omzetting van sommige bepalingen van [richtlijn 2004/17/EG], in de mate dat deze nog niet werden omgezet door de wet van 15 juni 2006.” De omzetting van richtlijn 2004/17/EG gebeurt derhalve door middel van uiteenlopende normatieve teksten. Sommige bepalingen van de richtlijn zijn omgezet door de wet van 15 juni 2006. Andere bepalingen van de richtlijn zullen door andere, afzonderlijke wetten en uitvoeringsbesluiten worden omgezet. Nog andere bepalingen van de richtlijn zullen worden omgezet op het niveau van de uitvoeringsbesluiten van de wet van 15 juni 2006. Het voorliggende ontwerp is een besluit in die zin.

Doordat de steller van het ontwerp ervoor opteert om sommige bepalingen van de richtlijn om te zetten door middel van een aantal wetten en om de overige richtlijnbeepalingen om te zetten door middel van uitvoeringsbesluiten, dient erop te worden toegezien dat de omzetting, over de verspreid liggende teksten heen, volledig is. De toegankelijkheid van de ontworpen regeling zou ermee zijn gebaat indien de verhouding met richtlijn 2004/17/EG niet enkel zou worden verduidelijkt in het verslag aan de Koning, doch indien dat verslag tevens zou worden vergezeld van een omzettingstabel waarin duidelijk wordt aangegeven welke artikelen van de wet van 15 juni 2006 en van het voorliggende ontwerp strekken tot omzetting van welke bepalingen van de voornoemde richtlijn en, omgekeerd, welke richtlijnbeepalingen in het interne recht worden omgezet door welke normatieve bepalingen.

Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is in dat verband effectief een omzettingstabel meegedeeld. Deze tabel biedt evenwel enkel een overzicht van de omzetting van de richtlijn door de wet van 15 juni 2006 en het voorliggende ontwerp van uitvoeringsbesluit. Een

tabel die een verificatie in omgekeerde richting mogelijk maakt, is daarentegen niet bezorgd, wat het onderzoek op dat vlak heeft bemoeilijkt.

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

6.1. Uit wat voorafgaat volgt dat niet een volledige omzetting van richtlijn 2004/17/EG in het interne recht is beoogd. Vraag is of de aldus geconcipieerde, gedeeltelijke omzetting van de voornoemde richtlijn naar behoren gebeurt en of de omzetting, binnen haar beperkte contouren, niet onvolledig of onjuist is op bepaalde punten. Op basis van een vergelijking van de tekst van het ontwerp met de tekst van richtlijn 2004/17/EG en de door de gemachtigde aan de Raad van State meegedeelde omzettingstabel, is gebleken dat er diverse vragen rijzen en opmerkingen zijn te maken met betrekking tot de met het ontwerp beoogde omzetting van de voornoemde richtlijn. Die vragen en opmerkingen worden onder de hierna volgende randnummers weergegeven.

6.2. De regeling inzake raming van de waarde van opdrachten voor leveringen of diensten die een bepaalde regelmaat vertonen of die bestemd zijn om in de loop van een bepaalde periode te worden hernieuwd, in respectievelijk artikel 16, eerste lid, en artikel 17, § 3, van het ontwerp, stemt niet overeen met die welke vervat ligt in artikel 17, lid 7, van richtlijn 2004/17/EG.

In het verslag aan de Koning wordt in de commentaar bij artikel 16 van het ontwerp in dat verband het volgende verduidelijkt:

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

In de mate dat wordt bedoeld op de ramingswijze die wordt vermeld in artikel 17, lid 7, b), van de richtlijn valt op te merken dat in die richtlijnbevestiging wordt geschreven “of over het boekjaar, indien dit zich over meer dan twaalf maanden uitstrekt”, terwijl in de artikelen 16, eerste lid, en 17, § 3, van het ontwerp telkens de zinsnede “of, indien deze meer bedraagt dan twaalf maanden, over de volledige looptijd van de opdracht” voorkomt. Het is niet duidelijk waarom de redactie van het ontwerp op dat punt afwijkt van de overeenkomstige richtlijnbevestiging. Het verdient aanbeveling om hetzij in dat verband enige toelichting te verstrekken in het verslag aan de Koning, hetzij de redactie van de betreffende bevestiging aan te passen.

⁵ Zo wordt bijvoorbeeld inzake de omzetting van artikel 17 van de richtlijn ten onrechte gerefereerd aan artikel 18 van het ontwerp en wordt artikel 45, lid 6, van de richtlijn mede omgezet door artikel 35, § 2, eerste lid, 2° (niet: tweede lid).

⁶ Zo wordt niet vermeld dat de artikelen 17, lid 6, a) en b), telkens derde alinea, 41, lid 1, laatste alinea, 45, lid 9, 46, lid 2, en 49, lid 2, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 2004/17/EG worden omgezet door respectievelijk de artikelen 23, 26, § 4, 30, § 2, 4°, 31, § 4, 32, derde lid, en 34 van het ontwerp. Er wordt evenmin rekening mee gehouden dat sommige bepalingen van het ontwerp, zoals artikel 41, § 2, en verschillende onderdelen van de opsomming in artikel 40, § 1, zijn terug te leiden tot de inhoud van de bijlagen XIII (rubriek C, nr. 15) en XXIV van de richtlijn.

6.3. Artikel 45, lid 5, van richtlijn 2004/17/EG luidt:

“Wanneer de aankondigingen in het formaat en op de wijze beschreven in bijlage XX, punt 3, met elektronische middelen zijn opgesteld en verzonden, kan de termijn voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming bij niet-openbare procedures en procedures van gunning door onderhandelingen en de termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen bij openbare procedures met zeven dagen worden bekort.”

De betrokken richtlijnbeeping wordt omgezet in respectievelijk artikel 36, § 1, tweede lid, en artikel 35, § 2, eerste lid, 1°, van het ontwerp. Het is evenwel niet duidelijk in welke richtlijnbeeping de in artikel 36, § 2, derde lid, 1°, van het ontwerp, bedoelde inkorting met zeven dagen steun vindt⁷ en of derhalve de laatstgenoemde bepaling in het ontwerp kan worden gehandhaafd.

6.4. Artikel 47 van richtlijn 2004/17/EG geldt voor de beperkte procedure en de onderhandelingsprocedure in het algemeen. In tegenstelling tot wat de aan de Raad van State meegedeelde omzettingstabel laat uitschijnen, worden de leden 1, 2 en 4 van dat artikel dus niet volledig omgezet door artikel 37 van het ontwerp, dat, luidens het eerste lid ervan, slechts toepasselijk is op de beperkte procedure en de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Zoals de gemachtigde heeft erkend, dient het ontwerp dan ook te worden aangevuld met een equivalent van die omzetting voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

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

8. In eerdere adviezen drukte de Raad van State, afdeling Wetgeving, de bekommernis uit om te komen tot een meer eenvormig en consequent gebruik van bepaalde basisbegrippen met het oog op een beter begrijpelijke en toegankelijke regelgeving inzake overheidsopdrachten.⁸ Er dient evenwel opnieuw te worden vastgesteld dat een dergelijk basisbegrip als de “gunning van de opdracht” (“attribution du marché”), dat wordt omschreven in artikel 3, 16°, van de wet van 15 juni 2006, in diverse bepalingen van het ontwerp niet consequent wordt gebruikt in de zin van die omschrijving. Zo worden bijvoorbeeld bij herhaling de begrippen “gunning”, “gunningsprocedure” of “gunningswijze”, in de Nederlandse tekst,

⁷ Van de betrokken inkorting wordt evenmin melding gemaakt in bijlage XXII bij de richtlijn (“Overzicht van de in artikel 45 bedoelde termijnen”).

⁸ Zie onder meer advies 38.703/1/V van 6 september 2005 over een voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 15 juni 2006 (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2237/001, p. 137-138, nr. 9) en advies 49.529/1 van 5 mei 2011 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 augustus 2011 tot wijziging van die wet (*Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1590/001, p. 42-43, nr. 1).

weergegeven door respectievelijk de begrippen “passation”, “procédure de passation” of “mode de passation”, in de Franse tekst.⁹

Ook wordt in sommige bepalingen van het ontwerp gebruik gemaakt van de begrippen “plaatsen” en “plaatsing” van de opdracht (“passer” en “passation du marché”), zonder dat die begrippen worden omschreven, alhoewel dat ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving aanbeveling verdient. Het betrokken begrip is immers vatbaar voor een verschillende uitlegging en moet worden onderscheiden van de begrippen “gunning” en “sluiting” van de overheidsopdracht. De vaststelling dat de term “gunning”, in de Nederlandse tekst, nu eens wordt weergegeven met “attribution”, dan weer met “passation”, in de Franse tekst, bevestigt de noodzaak van een adequate omschrijving en van een meer coherent gebruik van de desbetreffende begrippen in het ontwerp. Een bijkomend onderzoek van de tekst op dat punt is bijgevolg noodzakelijk.

9. In het ontwerp wordt meermaals melding gemaakt van modellen opgenomen in de uitvoeringsverordening (EU) nr. 842/2011.¹⁰ Duidelijkheidshalve strekt het tot aanbeveling om daarbij telkens de bijlage van de bedoelde verordening te specificeren waarin het beoogde model is vervat.

10. In sommige artikelen van het ontwerp worden bepalingen van de wet van 15 juni 2006 in herinnering gebracht door ze over te nemen of te parafraseren, zij het soms met toevoeging van elementen die in die wettelijke bepalingen niet zijn opgenomen.¹¹

Het overnemen of parafraseren in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient in beginsel te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog wordt verloren dat alleen de hogere regelgever dat voorschrift kan wijzigen. Ook kan die werkwijze verwarring doen ontstaan over het ogenblik van inwerkingtreding van het betreffende voorschrift.

Het overnemen van wettelijke bepalingen in een koninklijk besluit kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betreffende wetsbepaling het aangewezen middel zal zijn om de aard van die bepaling herkenbaar te houden (“overeenkomstig artikel ...”). De redactie van de desbetreffende bepalingen van het ontwerp dient dan dienovereenkomstig te worden aangepast.

⁹ Dat is het geval in de artikelen 4, 29, 4°, tweede lid, b), 42, 2° en 3°, 65, § 1, 1°, en 70, eerste lid, *in limine*. Ook op het vlak van het gebruik van werkwoorden kan dezelfde vaststelling worden gedaan (zie de artikelen 17, § 4, 25, 31, § 1, eerste lid, en 70, eerste lid, *in fine*). Soms wordt enkel in de Nederlandse tekst gerefereerd aan de “gunningsprocedure” (zie voor verschillende gevallen, artikel 43, §§ 1, 2 en 4, van het ontwerp).

¹⁰ Zie de artikelen 19, § 3, inleidende zin, 20, 26, § 1, derde lid, 28, 29, 3°, 30, § 1, eerste lid, 31, § 1, tweede lid, en § 3, eerste lid, 51, 1°, 53, tweede lid, 66, tweede lid, en 67, eerste lid, van het ontwerp.

¹¹ Zie bijvoorbeeld de artikelen 49 (essentieel een gedeeltelijke herneming van de artikelen 67 en 68 van de wet), 56 (loutere bevestiging van artikel 67ter van de wet) en 63, § 1, 1° en 2° (parafrasering van artikel 67quinquies, tweede lid, van de wet).

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

11. Rekening houdend met hetgeen is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond van het ontwerp passe men de redactie van het tweede lid van de aanhef aan als volgt:

“Gelet op de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, artikelen 58, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 2011, 63, 67bis tot 67quinquies, ingevoegd bij de wet van 5 augustus 2011, en 71 en 75, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 2011;”.

Dispositief

Artikel 1

12. In artikel 1 van het ontwerp moet melding worden gemaakt van het correcte opschrift van richtlijn 2004/17/EG. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 1 moet derhalve worden geschreven “in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten”.

De redactie van artikel 22, tweede lid, van het ontwerp moet op dezelfde wijze worden aangepast.

Artikel 2

13. Aan het einde van artikel 2, § 1, 3°, van het ontwerp wordt best verwezen naar “artikel 4 van de wet” in plaats van naar “artikel 4, 1°, van de wet”. In artikel 4 van de wet van 15 juni 2006 komen immers in nog andere onderdelen dan 1° vormen voor van de “opdracht” zoals omschreven in artikel 2, § 1, 3°, van het ontwerp.

14. De lijst van definities die voorkomt in artikel 2, § 1, van het ontwerp, wordt best aangevuld met een omschrijving van de begrippen “variante” en “optie”. De gemachtigde is het hiermee eens.

Artikel 5

15. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 5, § 3, tweede lid, van het ontwerp “of wordt bevestigd per aangetekende brief, kan dit zowel ...”.

Artikel 6

16. In overeenstemming met de terminologie die wordt gebruikt in artikel 34, lid 3, a), van richtlijn 2004/17/EG en in artikel 6, § 4, eerste lid, van het ontwerp, vervange men in de

Nederlandse tekst van artikel 6, § 2, a), de woorden “technische verwijzingssystemen” door de woorden “technische referentiesystemen”.

Artikel 9

17. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 9, eerste lid, 2°, van het ontwerp dient, zoals in artikel 36, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17/EG, te worden geschreven “hoe zij moeten worden ingediend” (niet: “de modaliteiten voor de indiening ervan”).

Artikel 13

18. In artikel 13, eerste lid, van het ontwerp wordt melding gemaakt van “een prijs”. Artikel 16, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 1996, waarnaar nog wordt verwezen in het verslag aan de Koning, vermeldt “eenheidsprijzen of totale prijzen”. Vraag is of niet zou moeten worden verduidelijkt dat het begrip “prijs” in artikel 13, eerste lid, van het ontwerp zowel eenheids- als totale prijzen omvat. Dergelijke verduidelijking zou in het verslag aan de Koning kunnen worden opgenomen.

19. Nog in artikel 13, eerste lid, van het ontwerp vervange men, ter wille van de eenvormigheid, het woord “kalenderdagen” door het woord “dagen”.

Artikel 14

20. De redactie van de inleidende zin van artikel 14, eerste lid, van het ontwerp, wijkt af van die van artikel 17, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17/EG. Zo wordt onder meer in de voornoemde bepaling van het ontwerp niet geëxpliciteerd dat het om een bedrag gaat “exclusief BTW”, zoals wel gebeurt in artikel 17, lid 1, van de richtlijn. De tekst van de inleidende zin van artikel 14, eerste lid, van het ontwerp zou derhalve meer op de tekst van artikel 17, lid 1, eerste alinea, van de voornoemde richtlijn moeten worden afgestemd.

Artikel 17

21. In tegenstelling tot wat het geval is in artikel 17, lid 10, van richtlijn 2004/17/EG, waarin melding wordt gemaakt van “andere vormen van beloning”, wordt in artikel 17, § 1, tweede lid, van het ontwerp, telkens melding gemaakt van “andere vormen van vergoeding” (in de Franse tekst: “autres modes de rémunération”). Het ware nuttig indien in het verslag aan de Koning zou worden verduidelijkt waarom op dat punt wordt geopteerd voor een terminologie die afwijkt van die van de richtlijn.

Artikel 20

22. Inzake het rechtzettingsbericht, waarvan melding wordt gemaakt in artikel 20 van het ontwerp, heeft de gemachtigde verklaard dat, in tegenstelling tot wat de tekst van het artikel laat uitschijnen, “hiervoor geen model [van aankondiging] is opgenomen in de bijlagen van de uitvoeringsverordening”, maar dat daarvan “een model [...] werd voorgesteld en aangenomen door het Raadgevend Comité overheidsopdrachten – ondertussen omgedoopt tot *Commission Government Experts Group on Public Procurement (EXPP)* - dat wordt voorgezeten door de DG Interne Markt van de EU”.

De redactie van artikel 20 van het ontwerp dient derhalve te worden aangepast. Tevens moet erop worden toegezien dat de inhoud van het model van rechtzettingsbericht kan worden geraadpleegd in een vorm die voldoet aan het voorschrift van artikel 190 van de Grondwet.

Artikel 27

23. Anders dan wat het geval is in artikel 37, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, komt in artikel 27, tweede lid, van het ontwerp niet de zinsnede “, noch op de opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst”, voor. Gevraagd naar de reden daarvoor verduidelijkte de gemachtigde:

“De bedoelde zinsnede werd mede op advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten geschrapt gezien het bij de latere bespreking van het onderhavige ontwerp vrij vanzelfsprekend werd geacht dat de opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst zelf niet meer het voorwerp moeten uitmaken van een aankondiging van opdracht. Om pedagogische redenen zou evenwel kunnen worden overwogen om deze precisering opnieuw op te nemen.”

Het verdient inderdaad aanbeveling om de bedoelde precisering aan te brengen in artikel 27, tweede lid, van het ontwerp. Op die wijze wordt vermeden dat met het weglaten van de betrokken zinsnede de indruk zou worden gewekt dat hiermee een inhoudelijk verschil overeenstemt.

Artikel 29

24. Aangezien met de “inmededingingstelling”, aan het einde van de inleidende zin van artikel 29 en in andere bepalingen van het ontwerp,¹² blijkbaar telkens wordt bedoeld op de “oproep tot mededinging”, waarvan onder meer in artikel 42 van richtlijn 2004/17/EG melding wordt gemaakt, wordt ook in de Nederlandse tekst van het ontwerp beter op een consistente wijze¹³ gebruik gemaakt van het laatstgenoemde begrip.

¹² Zie de artikelen 31, § 3, derde lid, 38, § 1, tweede lid, 52, tweede lid, 53 en 55, eerste lid, van het ontwerp.

¹³ Zie immers reeds de artikelen 27, eerste lid, 2°, 30, § 3, en 36, § 1, eerste lid, van het ontwerp.

25. In de Nederlandse tekst van artikel 29, 3°, van het ontwerp, dient het woord “bevatten” te worden ingevoegd tussen de woorden “de gegevens” en de woorden “vermeld in het model”.

26. Naar analogie van artikel 47, lid 5, tweede alinea, h), van richtlijn 2004/17/EG dient in artikel 29, 4°, h), van het ontwerp de vorm van de opdracht nader te worden gespecificeerd.

Artikel 30

27. Aan het einde van artikel 30, § 1, tweede lid, van het ontwerp moet, zoals in artikel 41, lid 3, *in fine*, van richtlijn 2004/17/EG, worden geschreven “volstaat een eenmalige aankondiging” (niet: “volstaat de bekendmaking van de oorspronkelijke aankondiging”).

28. Om ook de tweede zin van artikel 30, § 2, 2°, eerste lid, van het ontwerp beter te laten aansluiten bij de tekst van de eerste alinea van artikel 53, leden 4 en 5, van de richtlijn, zou in die zin moeten worden aangegeven dat overlegging van de daar bedoelde verbintenis slechts wordt vermeld als een voorbeeld van hoe de aannemer, leverancier of dienstverlener kan aantonen dat hij gedurende de volledige geldigheidsduur van het kwalificatiesysteem werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van andere entiteiten.

Dezelfde opmerking kan worden gemaakt bij de tweede zin van artikel 45, eerste lid, van het ontwerp, wat de kwalitatieve selectie betreft, zij het nu in vergelijking met de eerste alinea van artikel 54, leden 5 en 6, van de richtlijn.

29. Naar analogie van de Franse tekst en ter wille van de terminologische eenvormigheid schrijve men aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 30, § 2, 3°, van het ontwerp “, deelt ze de namen van deze entiteiten of van deze instellingen mee aan de belangstellenden”.

Artikel 31

30. Bij de bespreking van artikel 31, § 2, van het ontwerp, in het verslag aan de Koning wordt met betrekking tot die bepaling verduidelijkt wat volgt:

“Volgens paragraaf 2 moet de aanbestedende entiteit, wanneer de opdracht betrekking heeft op de diensten zoals vermeld in bijlage II, B, van de wet waarvan het geraamde bedrag de Europese drempel bereikt evenwel vermelden of zij de bekendmaking van de aankondiging in het Officiële Publicatieblad van de Europese Unie aanvaardt. Indien zij die weigert, wordt de aankondiging van gegunde opdracht niet naar het Bulletin der Aanbestedingen verzonden.”

Het verdient aanbeveling om deze laatste precisering in de tekst van het ontwerp op te nemen.

Artikel 36

31. Aan het einde van artikel 36, § 1, tweede lid, van het ontwerp dient, zoals in artikel 35, § 2, eerste lid, 1°, te worden geschreven “online wordt opgesteld en verzonden” (niet: “wordt verzonden”).

32. In de laatste zin van de Nederlandse tekst van artikel 36, § 2, tweede lid, vervangen men de zinsnede “is te rekenen vanaf” door “gaat in vanaf”.

Artikel 38

33. De Nederlandse tekst van artikel 38, § 1, tweede lid, van het ontwerp dient aan te vangen als volgt: “Wanneer de aanvraag wordt ingediend ...”.

Artikel 40

34. In artikel 40, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de voorwaarden vermeld in het eerste lid, 1° tot 3°, van toepassing zijn “op de kandidaten, de inschrijvers en de aanbestedende entiteit”. In het verslag aan de Koning wordt tevens melding gemaakt van de toepasselijkheid van artikel 40, § 1, eerste lid, 4°, van het ontwerp. Deze discrepantie tussen de tekst van het ontwerp en het verslag aan de Koning moet worden verholpen.

35. Onder voorbehoud van de opmerking *sub* 34 moet in artikel 40, § 1, tweede lid, van het ontwerp worden verwezen naar het “eerste lid, 1° tot 3°” en het “eerste lid, 4° tot 9°”. In artikel 40, § 1, derde lid, moet dan worden gerefereerd aan het “eerste lid, 3° tot 8°”.

Artikel 41

36. In de inleidende zin van artikel 41, § 4, eerste lid, van het ontwerp moet worden verwezen naar “paragraaf 1, eerste lid, 2°” in plaats van naar “§ 1, 2°” van artikel 41.

Artikel 42

37. Artikel 42, 3°, van het ontwerp heeft een algemene draagwijdte. De vraag rijst derhalve of in de tekst ervan niet moet worden geëxpliciteerd dat erin uitsluitend documenten en inlichtingen worden bedoeld die niet kunnen worden verkregen met toepassing van de wet van 16 januari 2003 ‘tot oprichting van een Kruispuntbank van ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen’. Bij gebrek aan dergelijke explicitering zou immers de indruk worden gewekt dat de Koning beoogt af te wijken van de laatstgenoemde wet, wat *in casu* niet kan.¹⁴

¹⁴ Eventueel kan worden overwogen om een bepaling in de zin van artikel 65 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 in het ontwerp op te nemen.

Artikel 43

38. In artikel 43, § 2, 3°, van het ontwerp, worden de woorden “bij vonnis dat” best vervangen door de woorden “bij rechterlijke beslissing die”.

Artikel 53

39. In artikel 53, tweede lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar “artikel 52” in plaats van naar “artikel 50”.

Artikel 56

40. In het verslag aan de Koning wordt er in verband met artikel 56 van het ontwerp op gewezen dat het betrokken artikel “het gebruik van de elektronische veiling enkel [toestaat] in het kader van procedures waarbij de prijs het enige gunningscriterium is”. Deze explicitering dient in de tekst van artikel 56 van het ontwerp te worden opgenomen.¹⁵

Artikel 61

41. Artikel 61 van het ontwerp bevat geen bepaling voor het geval waarin verscheidene inschrijvers dezelfde laagste prijs hebben geboden.¹⁶ De gemachtigde heeft meegedeeld dat zulks te verklaren valt door het feit dat de steller van het ontwerp “zich voor de opdrachten die ressorteren onder titel IV van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, inzonderheid gelet op het zeer beperkte personeel toepassingsgebied ervan, [wil] beperken tot de eenvoudige omzetting van de bepalingen van richtlijn 2004/17/EG”.

Die uitleg laat evenwel de vaststelling onverlet dat het geval zich kan voordoen dat verscheidene inschrijvers dezelfde laagste prijs hebben geboden. De steller van het ontwerp dient er over te oordelen of het ter wille van de rechtszekerheid toch geen aanbeveling verdient om de tekst van het ontwerp aan te vullen met een regeling voor dat geval.

Artikelen 65 en 67

42. Duidelijkheidshalve verwijze men in artikel 65, § 1, 1° en 2°, van het ontwerp, telkens best naar “de drempel vermeld in artikel 22, eerste lid, 3°”.

43. In artikel 67, eerste lid, van het ontwerp verschilt de verwijzing naar de beoogde drempel in de Nederlandse (“de drempel vermeld in artikel 21”) en in de Franse tekst (“le seuil

¹⁵ De gemachtigde bevestigt dit en verwijst daarbij naar het facultatieve karakter van de vermelding van de elektronische veiling in artikel 56 van richtlijn 2004/17/EG.

¹⁶ Een dergelijke bepaling is bijvoorbeeld wel opgenomen in artikel 130, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012.

fixé à l'article 22"). Mede rekening houdend met de opmerking *sub* 42, verwijze men naar "de drempel vermeld in artikel 22, eerste lid, 3°".

44. Men late de Nederlandse tekst van de tweede zin van artikel 67, tweede lid, van het ontwerp, aanvangen als volgt: "Zij mag eveneens ...".

45. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 67, derde lid, van het ontwerp "de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met ...".

Artikel 69

46. In het verslag aan de Koning wordt vermeld dat artikel 69 van het ontwerp "de bepalingen [bevat] van artikel 33 van het koninklijk besluit van 18 juni 1996". Artikel 69 van het ontwerp heeft evenwel een beperktere draagwijdte dan artikel 33 van het voornoemde koninklijk besluit. Artikel 69 van het ontwerp beoogt immers, in tegenstelling tot artikel 33 van het koninklijk besluit van 18 juni 1996, enkel gegevens "met betrekking tot gegunde opdrachten, die onder de toepassing van de wet en dit besluit vallen". Bovendien is ook de bepaling dat de nadere regels in verband met de mededeling van gegevens worden vastgesteld "in overleg met de gewestelijke overheden" nieuw in vergelijking met het bepaalde in artikel 33 van het koninklijk besluit van 18 juni 1996.

Het verdient aanbeveling om de redenen voor deze verschilpunten kort te duiden in het verslag aan de Koning.

Artikel 70

47. De bepalingen van de wet van 15 juni 2006 die de ontworpen regeling tot rechtsgrond strekken, dienen nog in werking te worden gesteld door de Koning.¹⁷ Het spreekt voor zich dat de datum van inwerkingtreding van de betreffende wetsbepalingen uiterlijk dient samen te vallen met de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van het ontwerp die rechtsgrond vinden in de voornoemde wetsbepalingen.

Artikel 72

48. In artikel 72 van het ontwerp dient het woord "Minister", behalve waar het wordt gebruikt in de combinatie "Eerste Minister", zonder hoofdletter te worden geschreven¹⁸ en moet in de Nederlandse tekst "Administratieve Vereenvoudiging" (niet: "Administratieve Vereenvoudigen") worden geschreven.

¹⁷ Zie in dat verband het reeds vermelde advies 53.176/1 dat door de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 8 mei 2013 is uitgebracht.

¹⁸ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 6.5, onderafdeling 1, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be), hierna *Handleiding Wetgevingstechniek* genoemd.

Bijlage

49. De tekst van het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit is onvolledig. In artikel 3, tweede lid, van het ontwerp, wordt immers verwezen naar een niet-limitatieve lijst van aanbestedende entiteiten in de zin van artikel 2, 3°, van de wet, die bijlage 1 van het ontworpen besluit vormt, maar de beoogde bijlage is niet bij het ontwerp gevoegd¹⁹. De tekst van de bijlage moet derhalve nog aan het ontwerp worden toegevoegd. Zulks dient uiteraard op een technisch correcte wijze te gebeuren²⁰.

SLOTOPMERKING

50. Mede rekening houdend met de in dit advies geformuleerde opmerkingen, zal ook het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning op tal van punten dienen te worden aangepast. Daarenboven is de tekst van het verslag aan de Koning op terminologisch en redactioneel vlak vatbaar voor verbetering.²¹

*

¹⁹ De tekst van de betrokken bijlage is naderhand wel door de gemachtigde aan de Raad van State bezorgd. Indien slechts één bijlage bij het ontwerp wordt gevoegd, dient deze uiteraard niet te worden genummerd. In artikel 3, tweede lid, van het ontwerp volstaat het dan eveneens te verwijzen naar “de bijlage” bij het besluit.

²⁰ Zie wat dat betreft *Handleiding Wetgevingstechniek*, aanbevelingen nrs. 171 en 172.

²¹ Zo dient bijvoorbeeld op een aantal plaatsen het begrip “aangebestedende overheid” te worden vervangen door het begrip “aangebestedende entiteit” (zie de bespreking van de artikelen 23, 32, vierde lid, 36, § 2, tweede lid, 41, § 5, 54, eerste lid, en 60), moet bij de bespreking van artikel 25 van het ontwerp nog worden vermeld dat in dat artikel ook de aankondiging betreffende de instelling van een kwalificatiesysteem wordt vermeld, en wordt bij de toelichting van artikel 66 van het ontwerp in de Nederlandse tekst verkeerdelijk verwezen naar artikel 63 van het koninklijk besluit van 18 juni 1996.

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 requises.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. La réglementation qui fait l'objet du projet d'arrêté royal soumis pour avis concerne la passation 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, visés au titre IV de la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' (dénommée ci-après « loi du 15 juin 2006 »)¹.

Le projet vise à mettre en œuvre la législation précitée et à poursuivre ainsi la transposition en droit interne de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 'portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux' (dénommée ci-après « directive 2004/17/CE »).

La réglementation en projet est destinée à se substituer à la réglementation inscrite actuellement dans l'arrêté royal du 18 juin 1996 'relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté 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'².

3.1. Le projet peut être réputé trouver un fondement juridique dans les dispositions de la loi du 15 juin 2006 mentionnée au deuxième alinéa du préambule. En outre, l'énumération concernée doit être complétée par une référence à l'article 75 de la même loi. En effet, l'article 75, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi procure un fondement juridique aux dispositions du projet qui peuvent être réputées transposer les dispositions obligatoires de la directive 2004/17/CE, sans qu'il faille invoquer un fondement juridique plus spécifique à cet effet. L'article 22, alinéa 2, du projet, qui porte sur l'adaptation des montants des seuils européens par le Premier Ministre, peut trouver un fondement juridique à l'article 75, § 2, de la loi.

3.2. Certaines dispositions du projet ni visent pas, en tant que telles, à donner exécution à une délégation expresse de la loi du 15 juin 2006, mais peuvent néanmoins relever du pouvoir

¹ En ce qui concerne le régime d'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 15 juin 2006, qui ne sont pas encore d'application, et d'un certain nombre de ses arrêtés d'exécution, voir l'avis 53.176/1 du 8 mai 2013 du Conseil d'État, section de législation, sur un projet d'arrêté royal 'fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution'.

² L'article 1^{er}, 3^o, du projet d'arrêté royal, qui fait l'objet de l'avis 53.176/1 mentionné dans la note de bas de page précitée, prévoit l'abrogation de l'arrêté royal du 18 juin 1996.

général d'exécution du Roi tel qu'il découle de l'article 108 de la Constitution, combiné à certaines dispositions de la loi précitée³.

3.3. L'article 38, § 2, alinéa 2, du projet, est rédigé comme suit:

« L'offre est signée par la ou les personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager le soumissionnaire. Cette règle s'applique à tous les participants lorsque l'offre est déposée par un groupement sans personnalité juridique. Ces participants sont solidairement responsables et tenus de désigner celui d'entre-eux qui représentera le groupement à l'égard de l'entité adjudicatrice ».

Dans la mesure où l'intention de l'auteur du projet est de rappeler une prescription relative à la responsabilité solidaire, qui est déjà inscrite dans la législation⁴, la disposition concernée est superflue sur ce point. Par contre, si l'auteur du projet entend régler la responsabilité solidaire dans le cas précité de manière spécifique et adéquate, le fondement légal à cet effet fait défaut. En effet, aucune disposition de la loi du 15 juin 2006 qui peut être mise en relation avec des missions relevant du titre IV de cette loi ne confère le pouvoir au Roi d'imposer une obligation solidaire aux participants à un groupement sans personnalité juridique.

FORMALITÉS

4. 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 faire l'objet d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence sur le développement durable, sauf si l'avant-projet, le projet ou la proposition en est dispensé.

Ces dispenses sont déterminées par l'arrêté royal du 20 septembre 2012 'portant exécution de l'article 19/1, § 1^{er}, alinéa 2, du chapitre V/1 de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable'.

La note au Conseil des ministres du 25 mars 2013, jointe à la demande d'avis, mentionne que « la dispense du test EIDDD est invoquée » parce que « le présent projet n'a pas d'impact au plan social, économique et/ou environnemental ». Il ressort du « formulaire EIDDD: Exemption (formulaire A) », qui est également joint à la demande d'avis, que cette appréciation s'inspire de la conception que la réglementation en projet est « de nature purement formelle ». L'auteur du projet se prévaut ainsi du motif d'exemption mentionné à l'article 2, 4^o, de l'arrêté royal du 20 septembre 2012.

³ Voir les articles 4, 11, §§ 1^{er} (pour autant que cette disposition s'applique à des tiers autres que des sous-traitants) et 2, 18, 20, 32, alinéa 4, 37, alinéa 3, 38, § 1^{er}, alinéa 4, 48, 50, 69 (dans la mesure où la collecte de données n'est pas destinée à satisfaire à l'article 67 de la directive 2004/17/CE) et 70 du projet.

⁴ Ainsi, aux termes de l'article 1202 C. civ., la solidarité ne se présume point. Il faut qu'elle soit expressément stipulée ou qu'elle existe « en vertu d'une disposition de la loi ». Les mots « en vertu d'une disposition de la loi » visent non seulement le cas où la solidarité est établie par la loi elle-même, mais encore le cas où elle est établie par un arrêté ou un règlement pris en conformité de la loi (voir par exemple déjà Cass., 7 mai 1942, *Pas.*, 1942, I, 117).

Il est cependant douteux que le projet à l'examen puisse effectivement s'inscrire dans la catégorie de dispense visée de l'arrêté royal précité, qui ne nécessite pas d'examen préalable au sens susvisé. En effet, le projet d'arrêté royal soumis pour avis concerne la réglementation globale au niveau exécutif d'une partie spécifique de la réglementation en matière de marchés publics et de domaines connexes. À moins qu'un autre motif d'exemption, mentionné à l'article 2 de l'arrêté royal du 20 septembre 2012, puisse être invoqué, il faudra donc encore satisfaire à la formalité prescrite par la loi en matière d'examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence au sens précité. Si cet examen révèle en outre qu'une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/2 de cette même loi est nécessaire et si, consécutivement à cette évaluation d'incidence, des modifications sont apportées au texte du projet, tel qu'il est à présent soumis au Conseil d'État, section de législation, pour avis, il y aura lieu de soumettre également ces modifications à l'avis de la section de législation.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Le rapport au Roi précise que la réglementation en projet « transpose certaines dispositions [de la directive 2004/17/CE] autres que celles qui sont déjà transposées dans la loi du 15 juin 2006 ». La transposition de la directive 2004/17/CE s'opère dès lors au moyen de différents textes normatifs. Certaines dispositions de la directive ont été transposées par la loi du 15 juin 2006. D'autres dispositions de la directive seront transposées par d'autres lois et arrêtés d'exécution distincts. D'autres encore le seront par des arrêtés d'exécution de la loi du 15 juin 2006. Le projet à l'examen est un de ces arrêtés.

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

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

Le tableau de concordance communiqué doit au demeurant être revu. Il contient en effet un certain nombre de mentions qui ne sont pas correctes et qui doivent être rectifiées⁵. En outre, il est parfois imprécis, voire incomplet⁶.

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

6.2. Les règles concernant l'estimation de la valeur des marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés dans le courant d'une période déterminée, contenues respectivement à l'article 16, alinéa 1^{er}, et à l'article 17, § 3, du projet, ne correspondent pas à celles de l'article 17, paragraphe 7, de la directive 2004/17/CE.

À cet égard, le rapport au Roi précise dans le commentaire de l'article 16 du projet ce qui suit:

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

Dans la mesure où c'est le mode d'estimation mentionné à l'article 17, paragraphe 7, b), de la directive, qui est visé, il y a lieu d'observer que cette disposition de la directive énonce « ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à douze mois » alors que les articles 16, alinéa 1^{er}, et 17, § 3, du projet contiennent chaque fois le segment de phrase « ou au cours de toute la période si celle-ci est supérieure à douze mois ». On n'aperçoit pas pourquoi la rédaction du projet s'écarte sur ce point de la disposition européenne correspondante. Il conviendrait soit de fournir quelque explication à ce sujet dans le rapport au Roi, soit d'adapter la rédaction de la disposition concernée.

6.3. L'article 45, paragraphe 5, de la directive 2004/17/CE est rédigé comme suit:

« Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués au point 3 de l'annexe XX les délais de réception des demandes de participation dans les procédures

⁵ Ainsi, par exemple, il est fait erronément référence à l'article 18 du projet pour la transposition de l'article 17 de la directive et l'article 45, paragraphe 6, de la directive, est également transposé par l'article 35, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o (et non: alinéa 2).

⁶ Ainsi, il n'est pas mentionné que les articles 17, paragraphe 6, a) et b), chaque fois le troisième alinéa, 41, paragraphe 1, dernier alinéa, 45, paragraphe 9, 46, paragraphe 2, et 49, paragraphe 2, troisième alinéa, et paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE sont transposés respectivement par les articles 23, 26, § 4, 30, § 2, 4^o, 31, § 4, 32, alinéa 3, et 34 du projet. Il n'est pas non plus tenu compte du fait que certaines dispositions du projet, comme l'article 41, § 2, et différents éléments de l'énumération à l'article 40, § 1^{er}, correspondent au contenu des annexes XIII (rubrique C, n^o 15) et XXIV de la directive.

restreintes et négociées et de réception des offres dans les procédures ouvertes peuvent être raccourcis de sept jours ».

La disposition concernée de la directive est transposée, respectivement, à l'article 36, § 1^{er}, alinéa 2, et à l'article 35, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet. Toutefois, on n'aperçoit pas dans quelle disposition de la directive la réduction de sept jours visée à l'article 36, § 2, alinéa 3, 1^o, du projet, trouve un fondement⁷ et si, dès lors, cette dernière disposition peut être maintenue dans le projet.

6.4. L'article 47 de la directive 2004/17/CE s'applique à la procédure restreinte et à la procédure négociée en général. Contrairement à ce que le tableau de concordance, communiqué au Conseil d'État, laisse entendre, les paragraphes 1, 2 et 4 de cet article ne sont donc pas transposés intégralement par l'article 37 du projet qui, selon son alinéa 1^{er}, ne s'applique qu'à la procédure restreinte et à la procédure négociée avec publicité. Ainsi que le délégué l'a reconnu, il convient dès lors de compléter le projet par un équivalent de cette transposition pour la procédure négociée sans publicité.

7. Diverses dispositions du projet s'écartent sans raison apparente ou plausible de la terminologie ou de la rédaction de la directive 2004/17/CE. Le commentaire des articles du projet cite divers exemples à ce sujet. Le principe, en substance, est de se rapprocher le plus possible de la directive, à moins qu'il puisse se justifier de s'en écarter parce qu'un terme ou une formulation sont plus courants et plus précis dans l'ordre juridique interne et que le résultat visé par la directive ne s'en trouve donc pas affecté.

8. Dans des avis antérieurs, le Conseil d'État, section de législation, a exprimé le souci de faire un usage plus uniforme et cohérent de certaines notions fondamentales afin d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité de la législation sur les marchés publics⁸. Toutefois, force est de constater à nouveau que, dans diverses dispositions du projet, une notion aussi fondamentale que l'« attribution du marché » (*gunning van de opdracht*), qui est définie à l'article 3, 16^o, de la loi du 15 juin 2006, n'est pas utilisée de manière cohérente dans le sens de cette définition. Ainsi, par exemple, les notions « passation », « procédure de passation » ou « mode de passation », dans le texte français, sont rendues à plusieurs reprises, respectivement, par les notions « *gunning* », « *gunningsprocedure* » ou « *gunningswijze* », dans le texte néerlandais⁹.

Les notions « passer » et « passation du marché » (« *plaatsen* » et « *plaatsing van de opdracht* ») sont également utilisées dans diverses dispositions du projet, sans être définies, alors qu'elles gagneraient à l'être pour la clarté de la législation. La notion concernée est en effet

⁷ L'annexe XXII de la directive ne mentionne pas davantage la réduction visée (« Tableau récapitulatif des délais prévus à l'article 45 »).

⁸ Voir notamment l'avis 38.703/1/V du 6 septembre 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 15 juin 2006 (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-06, n° 51-2237/001, pp. 137-138, n° 9) et l'avis 49.529/1 du 5 mai 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 13 août 2011 modifiant cette loi (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1590/001, pp. 42-43, n° 1).

⁹ Tel est le cas des articles 4, 29, 4^o, alinéa 2, b), 42, 2^o et 3^o, 65, § 1^{er}, 1^o, et 70, alinéa 1^{er}, *in limine*. La même chose s'observe en ce qui concerne la forme verbale (voir les articles 17, § 4, 25, 31, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 70, alinéa 1^{er}, *in fine*). Parfois, seul le texte néerlandais fait mention de « *gunningsprocedure* » (voir pour différentes occurrences, l'article 43, §§ 1^{er}, 2 et 4, du projet).

susceptible de faire l'objet d'une interprétation différente et doit être distinguée des notions précitées « attribution » et « conclusion » du marché public. La constatation que le terme « gunning », dans le texte néerlandais, est tantôt rendu par le mot « attribution », tantôt par le mot « passation », dans le texte français, confirme la nécessité d'une définition adéquate et d'un usage plus cohérent des notions concernées dans l'ensemble du texte du projet. Il conviendra par conséquent de revoir ce dernier sur ce point.

9. À plusieurs reprises, le projet fait état de modèles figurant dans le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011¹⁰. Par souci de clarté, il est recommandé à cet effet de spécifier chaque fois l'annexe du règlement concerné dans laquelle le modèle visé est inséré.

10. Quelques articles du projet rappellent des dispositions de la loi du 15 juin 2006, en les reproduisant ou en les paraphrasant, parfois même en y ajoutant des éléments qui ne figurent pas dans ces dispositions légales¹¹.

Il faut en principe éviter de reproduire ou de paraphraser des dispositions extraites d'un texte de valeur supérieure dans un texte de valeur inférieure. Un tel procédé est non seulement superflu d'un point de vue normatif, dès lors qu'il ne crée aucune nouvelle norme, mais il est également susceptible de semer la confusion quant à la nature exacte de la prescription énoncée dans le texte de valeur inférieure, et il risque notamment de faire oublier par la suite que seul le législateur supérieur est en droit de modifier la prescription concernée. L'utilisation de ce procédé peut également semer la confusion au sujet du moment de l'entrée en vigueur de la prescription concernée.

La reproduction de dispositions législatives dans un arrêté royal ne peut dès lors être tolérée que pour autant que la lisibilité du projet le requière, auquel cas il sera en principe judicieux de prévoir une référence expresse à la disposition législative concernée (« conformément à l'article ... »), afin que la nature de cette disposition demeure identifiable. Dans ce cas, on adaptera en conséquence les dispositions du projet concernées.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Préambule

11. Eu égard à l'observation relative au fondement juridique du projet, la rédaction du deuxième alinéa du préambule sera adaptée comme suit:

« Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, les articles 58, modifié par la loi du 5 août 2011, 63, 67*bis* à 67*quinquies*, insérés par la loi du 5 août 2011, et 71 et 75, modifiés par la loi du 5 août 2011 ».

¹⁰ Voir les articles 19, § 3, phrase introductive, 20, 26, § 1^{er}, alinéa 3, 28, 29, 3^o, 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 31, § 1^{er}, alinéa 2, et § 3, alinéa 1^{er}, 51, 1^o, 53, alinéa 2, 66, alinéa 2, et 67, alinéa 1^{er}, du projet.

¹¹ Voir par exemple les articles 49 (essentiellement une reproduction partielle des articles 67 et 68 de la loi), 56 (simple confirmation de l'article 67*ter* de la loi) et 63, § 1^{er}, 1^o et 2^o (paraphrase de l'article 67*quinquies*, alinéa 2, de la loi).

Dispositif

Article 1^{er}

12. L'article 1^{er} du projet doit mentionner l'intitulé exact de la directive 2004/17/CE. À la fin du texte néerlandais de l'article 1^{er}, on écrira par conséquent « in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten ».

La rédaction de l'article 22, alinéa 2, du projet sera adaptée dans le même sens.

Article 2

13. À la fin de l'article 2, § 1^{er}, 3°, du projet mieux vaudrait viser « l'article 4 de la loi » plutôt que « l'article 4, 1°, de la loi ». En effet, des formes du « marché » tel qu'il est défini à l'article 2, 1^{er}, 3°, du projet se retrouvent encore dans d'autres subdivisions de cet article 4.

14. Il est recommandé de compléter la liste des définitions inscrites à l'article 2, § 1^{er}, du projet par une définition des notions de « variante » et d'« option ». Le délégué se rallie à cette proposition.

Article 5

15. Dans un souci de lisibilité, on écrira, dans le texte néerlandais de l'article 5, § 3, alinéa 2, du projet, « of wordt bevestigd per aangetekende brief, kan dit zowel ... ».

Article 6

16. Pour se conformer à la terminologie qui est utilisée à l'article 34, paragraphe 3, a), de la directive 2004/17/CE et à l'article 6, § 4, alinéa 1^{er}, du projet, on remplacera, dans le texte néerlandais de l'article 6, § 2, a), les mots « technische verwijzingssystemen » par les mots « technische referentiesystemen ».

Article 9

17. Pour se conformer à la terminologie de l'article 36, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2004/17/CE, on écrira, à la fin du texte néerlandais de l'article 9, alinéa 1^{er}, 2°, du projet, « hoe zij moeten worden ingediend » (et non: « de modaliteiten voor de indiening ervan »).

Article 13

18. L'article 13, alinéa 1^{er}, du projet fait mention d'« un prix ». L'article 16, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 juin 1996, auquel fait référence le rapport au

Roi, mentionne « prix unitaires ou globaux ». On peut se demander s'il ne faudrait pas préciser que la notion de « prix » à l'article 13, alinéa 1^{er}, du projet, comprend aussi bien des prix unitaires que des prix globaux. Une telle précision pourrait figurer dans le rapport au Roi.

19. Toujours à l'article 13, alinéa 1^{er}, du projet, on remplacera, dans un souci d'uniformité, les mots « jours de calendrier » par le mot « jours ».

Article 14

20. Le libellé de la phrase introductive de l'article 14, alinéa 1^{er}, du projet, s'écarte de celui de l'article 17, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2004/17/CE. La disposition précitée du projet ne précise pas, notamment, qu'il s'agit d'un montant « hors TVA », comme c'est le cas à l'article 17, paragraphe 1, de la directive. Il s'impose par conséquent de mieux harmoniser le texte de la phrase introductive de l'article 14, alinéa 1^{er}, du projet et celui de l'article 17, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive précitée.

Article 17

21. Contrairement à l'article 17, paragraphe 10, de la directive 2004/17/CE, dont le texte néerlandais mentionne « andere vormen van beloning », le texte néerlandais de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, mentionne chaque fois « andere vormen van vergoeding » (dans le texte français : « autres formes de rémunération ». Il serait utile que le rapport au Roi précise pourquoi on a opté sur ce point pour une terminologie différente de celle de la directive.

Article 20

22. En ce qui concerne l'avis de rectification, qui est mentionné à l'article 20 du projet, le délégué a déclaré que contrairement à ce que le texte de l'article laisse entendre, « hiervoor geen model [van aankondiging] is opgenomen in de bijlagen van de uitvoeringsverordening », mais qu'« een model [...] werd voorgesteld en aangenomen door het Raadgevend Comité overheidsopdrachten – ondertussen omgedoopt tot *Commission Government Experts Group on Public Procurement (EXPP)* - dat wordt voorgezeten door de DG Interne Markt van de EU ».

La rédaction de l'article 20 du projet sera par conséquent adaptée. Il faut en outre veiller à ce que le contenu du modèle de l'avis de rectification puisse être consulté sous une forme qui satisfait au prescrit de l'article 190 de la Constitution.

Article 27

23. Le membre de phrase «, ni aux marchés fondés sur un accord-cadre » qui se trouve dans l'article 37, alinéa 2, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 'relatif à la passation des marchés

publics dans les secteurs spéciaux' ne figure pas dans l'article 27, alinéa 2, du projet. Invité à fournir des explications à cet égard, le délégué a répondu en ces termes:

« De bedoelde zinsnede werd mede op advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten geschrapt gezien het bij de latere bespreking van het onderhavige ontwerp vrij vanzelfsprekend werd geacht dat de opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst zelf niet meer het voorwerp moeten uitmaken van een aankondiging van opdracht. Om pedagogische redenen zou evenwel kunnen worden overwogen om deze precisering opnieuw op te nemen ».

Il convient en effet d'apporter cette précision dans l'article 27, alinéa 2, du projet. On évitera ainsi que l'omission du membre de phrase concerné puisse être perçue comme une différence sur le plan du contenu.

Article 29

24. Dès lors que de toute évidence, le terme « inmededingingstelling », figurant à la fin de la phrase introductive de l'article 29 et dans d'autres dispositions du projet¹², vise chaque fois « oproep tot mededinging », que mentionne notamment l'article 42 de la directive 2004/17/CE, il serait préférable que le texte néerlandais du projet utilise également cette dernière notion d'une manière cohérente¹³.

25. Dans le texte néerlandais de l'article 29, 3°, du projet, on insérera le mot « bevatten » entre les mots « de gegevens » et les mots « vermeld in het model ».

26. Par analogie avec l'article 47, paragraphe 5, deuxième alinéa, h), de la directive 2004/17/CE, l'article 29, 4°, h), du projet doit préciser davantage la forme du marché.

Article 30

27. À la fin de l'article 30, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, il y a lieu d'écrire, comme dans l'article 41, paragraphe 3, *in fine*, de la directive 2004/17/CE « un avis initial suffit » (et non : « la publication de l'avis initial suffit »).

28. En outre, afin de mieux aligner la deuxième phrase de l'article 30, § 2, 2°, alinéa 1^{er}, du projet sur le premier alinéa de l'article 53, paragraphes 4 et 5, de la directive, cette phrase devrait préciser que la production de l'engagement qui y est visé n'est mentionnée qu'à titre d'exemple de la manière dont l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services peut prouver que pendant toute la période de validité du système de qualification, il pourra effectivement disposer des moyens des autres entités nécessaires à l'exécution du marché.

¹² Voir les articles 31, § 3, alinéa 3, 38, § 1^{er}, alinéa 2, 52, alinéa 2, 53 et 55, alinéa 1^{er}, du projet.

¹³ Voir en effet déjà les articles 27, alinéa 1^{er}, 2°, 30, § 3, et 36, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet.

La même observation vaut pour la deuxième phrase de l'article 45, alinéa 1^{er}, du projet en ce qui concerne la sélection qualitative, cette fois au regard du premier alinéa de l'article 54, paragraphes 5 et 6, de la directive.

29. Par analogie avec le texte français et pour assurer l'uniformité terminologique, on écrira à la fin du texte néerlandais de l'article 30, § 2, 3^o, du projet, « ,deelt ze de namen van deze entiteiten of van deze instellingen mee aan de belangstellenden ».

Article 31

30. Dans le rapport au Roi, le commentaire de l'article 31, § 2, du projet précise ce qui suit relativement à cette disposition:

« En vertu du paragraphe 2, lorsque le marché concerne des services de l'annexe II, B, de la loi dont le montant estimé atteint le seuil européen, l'entité adjudicatrice doit toutefois indiquer si elle accepte la publication de l'avis au Journal Officiel de l'Union européenne. Si elle la refuse, l'avis de marche passé n'est pas envoyé au Bulletin des Adjudications ».

Il est recommandé d'inscrire cette dernière précision dans le texte du projet.

Article 36

31. À la fin de l'article 36, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, il y a lieu d'écrire, comme dans l'article 35, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, « est rédigé en ligne et envoyé » (et non : « est envoyé »).

32. Dans la dernière phrase du texte néerlandais de l'article 36, § 2, alinéa 2, on remplacera le membre de phrase « is te rekenen vanaf » par « gaat in vanaf ».

Article 38

33. Le début du texte néerlandais de l'article 38, § 1^{er}, alinéa 2, du projet sera rédigé comme suit : « Wanneer de aanvraag wordt ingediend ... ».

Article 40

34. L'article 40, § 1^{er}, alinéa 2, du projet dispose que les conditions prévues à l'alinéa 1^{er}, 1^o à 3^o, s'appliquent « aux candidats, aux soumissionnaires et à l'entité adjudicatrice ». Le rapport au Roi mentionne aussi que l'article 40, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, du projet s'applique. Il y a lieu de remédier à cette discordance entre le texte du projet et le rapport au Roi.

35. Sous réserve de l'observation formulée au point 34, l'article 40, § 1^{er}, alinéa 2, du projet doit viser « l'alinéa 1^{er}, 1^o à 3^o » et « l'alinéa 1^{er}, 4^o à 9^o ». L'article 40, § 1^{er}, alinéa 3, doit quant à lui viser « l'alinéa 1^{er}, 3^o à 8^o ».

Article 41

36. La phrase introductive de l'article 41, § 4, alinéa 1^{er}, du projet, doit faire référence au « § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o » et non au « § 1^{er}, 2^o » de l'article 41.

Article 42

37. L'article 42, 3^o, du projet a une portée générale. On peut par conséquent se demander si son texte ne doit pas préciser qu'il ne vise que des documents et informations qui ne peuvent pas être obtenus en application de la loi du 16 janvier 2003 'portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions'. À défaut d'une telle précision, on pourrait en effet être porté à croire que le Roi envisage de déroger à cette dernière loi, ce qui n'est en l'occurrence pas permis¹⁴.

Article 43

38. À l'article 43, § 2, 3^o, du projet, il est préférable de remplacer les mots « un jugement » par les mots « une décision judiciaire ».

Article 53

39. L'article 53, alinéa 2, du projet doit faire référence à l'« article 52 » et non à l'« article 50 ».

Article 56

40. Le rapport au Roi souligne à propos de l'article 56 du projet qu'il « ne permet d'utiliser l'enchère électronique que dans les procédures où le seul critère d'attribution est le prix ». Il y a lieu d'inscrire cette précision dans le texte de l'article 56 du projet¹⁵.

Article 61

41. L'article 61 du projet ne comporte pas de disposition concernant le cas où plusieurs soumissionnaires ont proposé le même prix le plus bas¹⁶. Le délégué a communiqué que cela s'explique par le fait que l'auteur du projet « zich voor de opdrachten die ressorteren onder

¹⁴ On peut éventuellement envisager d'inscrire dans le projet une disposition analogue à celle de l'article 65 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

¹⁵ Le délégué le confirme et se réfère à cet égard au caractère facultatif de la mention de l'enchère électronique dans l'article 56 de la directive 2004/17/CE.

¹⁶ Une telle disposition est en revanche inscrite par exemple à l'article 130, alinéa 2, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

titel IV van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, inzonderheid gelet op het zeer beperkte personeel toepassingsgebied ervan, [wil] beperken tot de eenvoudige omzetting van de bepalingen van richtlijn 2004/17/EG ».

Cette explication n'enlève toutefois rien à la constatation qu'il ne peut pas être exclu que plusieurs soumissionnaires proposent le même prix le plus bas. Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si la sécurité juridique ne requiert pas néanmoins de compléter le projet par un dispositif réglant ce cas.

Articles 65 et 67

42. Dans un souci de précision, l'article 65, § 1^{er}, 1^o et 2^o, du projet, fera de préférence chaque fois référence « au seuil mentionné à l'article 22, alinéa 1^{er}, 3^o ».

43. À l'article 67, alinéa 1^{er}, du projet, la référence au seuil visé dans le texte français (« le seuil fixé à l'article 22 ») diffère de celle du texte néerlandais (« de drempel vermeld in artikel 21 »). Eu égard notamment à l'observation formulée au point 42, on fera référence « au seuil mentionné à l'article 22, alinéa 1^{er}, 3^o ».

44. Le début du texte néerlandais de la deuxième phrase de l'article 67, alinéa 2, du projet sera rédigé comme suit: « Zij mag eveneens ... ».

45. Dans un souci de lisibilité, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 67, alinéa 3, du projet, « de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met ... ».

Article 69

46. Le rapport au Roi mentionne que l'article 69 du projet « reprend (lire: reproduit) les dispositions de l'article 33 de l'arrêté royal du 18 juin 1996 ». L'article 69 du projet a toutefois une portée plus limitée que l'article 33 de l'arrêté royal précité. À la différence de l'article 33 de l'arrêté royal du 18 juin 1996, l'article 69 du projet ne vise en effet que des données « nécessaires au sujet des marchés attribués soumis à l'application de la loi et du présent arrêté ». En outre, la disposition selon laquelle les modalités relatives à la transmission des données sont déterminées « en concertation avec les autorités régionales » est également une nouveauté par rapport à la disposition de l'article 33 de l'arrêté royal du 18 juin 1996.

Il convient d'exposer brièvement les raisons qui justifient ces différences dans le rapport au Roi.

Article 70

47. Les dispositions de la loi du 15 juin 2006, qui procurent le fondement légal à la réglementation en projet, doivent encore être mises en vigueur par le Roi¹⁷. Il est évident que la date d'entrée en vigueur des dispositions légales en question doit coïncider au plus tard avec la date d'entrée en vigueur des dispositions du projet qui trouvent leur fondement légal dans les dispositions légales précitées.

Article 72

48. À l'article 72 du projet, le mot « Ministre » s'écrit sans majuscule, sauf lorsqu'il est utilisé dans la combinaison « Premier Ministre »¹⁸ et dans le texte néerlandais, on écrira « Administratieve vereenvoudiging » (et non: « Administratieve Vereenvoudigen »).

Annexe

49. Le texte du projet d'arrêté royal soumis au Conseil d'État, section de législation, pour avis, est incomplet. L'article 3, alinéa 2, du projet fait en effet mention d'une liste non limitative d'entités adjudicatrices au sens de l'article 2, 3°, de la loi, qui forme l'annexe 1 de l'arrêté en projet, mais l'annexe visée n'est pas jointe au projet¹⁹. Le texte de l'annexe doit par conséquent encore être joint au projet. On veillera bien entendu à le faire d'une manière techniquement correcte²⁰.

¹⁷ Voir à cet égard l'avis 53.176/1, précité, que le Conseil d'État, section de législation, a émis le 8 mai 2013.

¹⁸ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 6.5, sous-section 1, à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be), ci-après dénommé *Code de légistique*.

¹⁹ Le délégué a toutefois transmis ultérieurement le texte de l'annexe en question au Conseil d'État. Si une seule annexe est jointe au projet, elle ne doit évidemment pas être numérotée. À l'article 3, alinéa 2, du projet, il suffit alors de faire mention de « l'annexe » de l'arrêté.

²⁰ Voir à cet égard, *Code de légistique*, recommandations n°s 171 et 172.

OBSERVATION FINALE

50. Eu égard notamment aux observations formulées dans le présent avis, il faudra également adapter sur de nombreux points le rapport au Roi joint au projet. En outre, le texte du rapport au Roi est perfectible sur le plan terminologique et rédactionnel²¹.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

²¹ Ainsi, par exemple, à plusieurs endroits, la notion de « pouvoir adjudicateur » doit être remplacée par celle de « entité adjudicatrice » (voir le commentaire des articles 32, alinéa 4, 36, § 2, alinéa 2 et 41, § 3), le commentaire de l'article 25 du projet doit encore préciser que cet article mentionne également l'avis sur l'existence d'un système de qualification, et le texte néerlandais du commentaire de l'article 66 du projet fait erronément référence à l'article 63 de l'arrêté royal du 18 juin 1996.