



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 59.566/1
van 11 juli 2016

over

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van de wet van
17 juni 2013 betreffende de
motivering, de informatie en de
rechtsmiddelen inzake
overheidsopdrachten en
bepaalde opdrachten voor
werken, leveringen en
diensten’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 59.566/1
du 11 juillet 2016

sur

un avant-projet de loi
‘modifiant la loi du
17 juin 2013 relative à la
motivation, à l’information et
aux voies de recours en matière
de marchés publics et de
certains marchés de travaux, de
fournitures et de services’

Op 9 juni 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 7 juli 2016. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Patricia DE SOMERE, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, 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 11 juli 2016.

*

Le 9 juin 2016, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services’.

L’avant-projet a été examiné par la première chambre le 7 juillet 2016. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Patricia DE SOMERE, conseillers d’État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, 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 11 juillet 2016.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe diverse wijzigingen aan te brengen in de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet). Aan de ontworpen wijzigingen ligt een gevarieerde doelstelling ten grondslag.

In de eerste plaats worden ermee diverse richtlijnbepalingen in het interne recht omgezet.² Daarnaast wordt het materiële toepassingsgebied van de wet verruimd tot de concessies die nog niet op het Europese niveau werden geregeld en worden in de wet een aantal aanpassingen van formele aard doorgevoerd rekening houdend met de gewijzigde terminologie die het gevolg is van de omzetting van de desbetreffende richtlijnbepalingen in de interne rechtsorde.

Wat meer in het bijzonder de bepalingen van de wet betreft die betrekking hebben op de rechtsmiddelen, in het bijzonder de vorderingen tot schorsing en schadevergoeding, en de bevoegde verhaalinstanties, worden deze aangepast in het licht van hetgeen wordt bepaald in de wet van 20 januari 2014 ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’.

Tot slot wordt er met de ontworpen wijzigingen naar gestreefd om de bepalingen betreffende de mededeling van alle gemotiveerde beslissingen – en derhalve niet langer uitsluitend de gunningsbeslissingen – eenvormig te maken en te waarborgen dat de aanvangsdatum van de wachttermijn en die van de verhaaltermijnen samenvallen.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met hiërarchisch hogere rechtsnormen verstaan.

² Voor een opsomming van de betrokken richtlijnbepalingen, zie artikel 1, tweede lid, van het ontwerp.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Indieningsbesluit

3. De ontworpen regeling heeft mede betrekking op overheidsopdrachten op defensie- en veiligheidsgebied.³ Bijgevolg rijst de vraag waarom niet tevens de minister die bevoegd is voor Defensie wordt betrokken bij het indienen van het ontwerp bij de Kamer van volksvertegenwoordigers en bij de medeondertekening.

4. In aansluiting op artikel 1, eerste lid, van het ontwerp, waarin wordt bepaald dat de ontworpen wet een aangelegenheid regelt als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet, vervangen in het dispositief van het indieningsbesluit de zinsnede “het voorontwerp van wet, waarvan de tekst hierna volgt, in Onze naam aan de Wetgevende Kamers voor te leggen en bij de Kamer van volksvertegenwoordigers in te dienen:” door de zinsnede “in onze naam bij de Kamer van volksvertegenwoordigers het ontwerp van wet in te dienen waarvan de tekst hierna volgt:”.⁴

Artikel 1

5. In artikel 1, tweede lid, van het ontwerp, worden de richtlijnbepalingen opgesomd waarvan de al dan niet gedeeltelijke omzetting in de interne rechtsorde wordt beoogd. Het ontworpen lid zou evenwel in de wet van 17 juni 2013 moeten worden ingevoegd in de plaats van te worden geconcipieerd als een autonome bepaling. Daartoe dient artikel 1, tweede lid, te worden herwerkt tot een wijzigingsbepaling die moet worden opgenomen in een afzonderlijke bepaling van het ontwerp.

Artikel 3

6. In artikel 3, 3° tot 5°, van het ontwerp, worden artikelen of onderdelen ervan opgesomd die geheel worden vervangen door andere bepalingen van het ontwerp en waarvan de redactie naar aanleiding van die vervanging wordt aangepast in de zin zoals vermeld in artikel 3, 3° tot 5°. De opsomming van artikelen of onderdelen ervan in deze laatste bepalingen dient derhalve te worden aangepast. Een andere werkwijze kan erin bestaan om de opsomming van artikelen of onderdelen ervan weg te laten in artikel 3, 3° tot 5°⁵, en artikel 3 te laten aanvangen met de volgende inleidende zin:

³ Zie de artikelen van het ontwerp die strekken tot het wijzigen van bepalingen van titel III van de wet (“De motivering, de informatie en de rechtsmiddelen voor de overheidsopdrachten ressorterende onder de wet van 13 augustus 2011”).

⁴ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, formules F 4-1-10-1.

⁵ In artikel 3, 5°, van het ontwerp dient dan wel nog een uitzondering te worden gemaakt voor de bepalingen van titel III van de wet.

“In dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 4 december 2013, en voor zover de bepalingen ervan niet door andere bepalingen van deze wet worden vervangen, worden de volgende wijzigingen aangebracht.”.

Artikel 4

7. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of in de definitie van het begrip “opdracht”, in het ontworpen artikel 2, 1°, van de wet (artikel 4, a), van het ontwerp), niet tevens moet worden gerefereerd aan “het dynamisch aankoopstelsel”.⁶

Artikel 7

8. In artikel 7, 1°, van het ontwerp, worden de woorden “door de Koning” geschrapt in artikel 3, eerste lid, van de wet; de betrokken woorden worden evenwel behouden in het ontworpen artikel 3, tweede en vierde lid⁷, van de wet (artikel 7, 2°, van het ontwerp). Hierover om nadere toelichting verzocht verklaarde de gemachtigde:

“Les termes ‘par le Roi’ ont été supprimés à l’alinéa 1^{er} car ils donnaient l’impression que les marchés publics portant sur des services sociaux ou d’autres services spécifiques n’étaient pas visés par la loi du 17 juin 2013 vu que leur montant n’est pas fixé par le Roi mais par la nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Ces termes ont par contre été repris à l’alinéa 2 pour les concessions vu que le seuil est, en vertu de l’article 3 de loi relative aux concessions, fixé par le Roi.

Etant donné que ce chapitre concerne les marchés et les concessions atteignant les seuils de publicité européenne, les termes ‘fixé pour la publicité européenne’ peuvent en effet être utilisés.”

Uit de aangehaalde toelichting volgt dat in het ontworpen artikel 3, tweede lid, van de wet, het best ook van “het vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking” melding wordt gemaakt en niet van “de door de Koning vastgestelde drempel in artikel 3 van de wet betreffende de concessies”.

9. Ondervraagd over de draagwijdte van het ontworpen artikel 3, vierde lid, van de wet, verklaarde de gemachtigde:

“L’article 35, alinéa 3, était repris dans la loi du 17 juin 2013 mais a été supprimé par la loi du 4 décembre 2013 modifiant la loi du 17 juin 2013. Cette disposition a donc été reprise par erreur dans la version consolidée de la loi du 17 juin 2013 et dans l’avant-projet de loi.

Le quatrième alinéa de l’article 3, inséré par l’article 7, 2°, de l’avant-projet de loi doit par conséquent être supprimé.”

⁶ Zie ook de opmerkingen onder de nrs. 10, 13 en 15.

⁷ Wat het ontworpen artikel 3, vierde lid, van de wet betreft, zie de opmerking onder nr. 9.

Gelet op deze verduidelijking kan het ontworpen artikel 3, vierde lid, van de wet, worden weggelaten. Aan het einde van de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 7, 2°, van het ontwerp, moet dan wel worden geschreven “les alinéas 2 et 3” in plaats van “les alinéas deux à quatre”).

Artikel 8

10. Luidens het huidige artikel 4, eerste lid, 7°, van de wet, stelt de aanbestedende instantie onder meer een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze, in het kader van een dynamisch aankoopstelsel, beslist een deelnemer niet te selecteren of een deelnemer af te wijzen van wie de indicatieve offerte niet in overeenstemming is met de opdrachtdocumenten”.

Als gevolg van de vervanging van artikel 4 van de wet door de bepaling onder artikel 8 van het ontwerp wordt niet langer melding gemaakt van het geval, bedoeld in het huidige artikel 4, eerste lid, 7°, van de wet. Vraag is hoe die weglating zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 55 van richtlijn 2014/24/EU⁸ en in artikel 75 van richtlijn 2014/25/EU⁹, waarin telkens uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan het dynamisch aankoopstelsel.

Deze vraag werd voorgelegd aan de gemachtigde die antwoordde:

“Les règles du système d’acquisition dynamique ont été simplifiées par les nouvelles directives européennes en prévoyant que la mise en place d’un tel système ne requiert plus une procédure ouverte mais une procédure restreinte afin d’éliminer la nécessité de présenter des offres indicatives, qui ont été identifiées comme l’une des principales lourdeurs associées aux systèmes d’acquisition dynamiques.

Ainsi, tous les candidats satisfaisant aux critères de sélection doivent, en vertu de la nouvelle loi, être autorisé à prendre part au système d’acquisition dynamique pendant sa période de validité.

Le système d’acquisition ne comprenant plus une première phase impliquant l’introduction de demandes de participation, le 7° avait été supprimé.

Néanmoins, suite à votre remarque et à la lecture de l’article 55 de la directive 2014/24/UE et de l’article 75 de la directive 2014/25/UE, la question se pose de savoir s’il ne conviendrait pas de prévoir à nouveau à l’article 4, alinéa 1^{er}, un point 7° relatif à l’admission dans un système d’acquisition dynamique, qui pourrait être rédigé comme suit : ‘lorsqu’elle décide de l’admission ou de la non-admission d’un candidat dans le cadre d’un système d’acquisition dynamique’ ou ‘lorsqu’elle décide dans le cadre d’un système d’acquisition dynamique, de sélectionner ou de ne pas sélectionner un candidat’.”

Uit het antwoord van de gemachtigde kan worden afgeleid dat het behoud van een specifiek onderdeel van artikel 4, eerste lid, van de wet, met betrekking tot de verplichte opmaak van een gemotiveerde beslissing in het kader van een dynamisch aankoopstelsel (zie het huidige

⁸ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’.

⁹ Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG’.

artikel 4, eerste lid, 7°, van de wet) kan worden overwogen, zij het in een aangepaste vorm wat de verwijzing naar de indicatieve offerte betreft die nu nog voorkomt in het huidige artikel 4, eerste lid, 7°, van de wet. De opsomming in het ontworpen artikel 4, eerste lid, van de wet, dient daartoe dan te worden aangevuld.¹⁰

11. Met betrekking tot het ontworpen artikel 4, eerste lid, 7°, van de wet, wordt in de memorie van toelichting het volgende verduidelijkt:

“In het nieuwe eerste lid, 7°, betreffende de noodzaak om een gemotiveerde beslissing op te stellen in geval van gunning van een opdracht, wordt verduidelijkt dat het woord ‘opdracht’ ook betrekking heeft op de opdrachten gesloten op basis van een raamovereenkomst, zij het enkel ingeval de opdrachten worden gesloten na een bijkomende raadpleging van de deelnemers aan de raamovereenkomst (de zg[n]. minicompetitie).”

Deze specifieke afbakening van het beoogde begrip “opdracht” valt niet af te leiden uit de tekst van de ontworpen bepaling. Ter wille van de rechtszekerheid zou de tekst van het ontworpen artikel 4, eerste lid, 7°, van de wet, op dat punt het best worden geëxpliciteerd, ook al blijft die bepaling, zoals ze nu luidt, beperkt tot het hernemen van hetgeen al in het huidige artikel 4, eerste lid, 8°, van de wet, wordt vermeld.

Artikel 10

12. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 10, b), van het ontwerp schrijven men “en ‘het voorwerp’” (niet: en “het ontwerp”).

13. In de bepalingen onder artikel 10, d) en f), van het ontwerp, zijn de referenties aan het dynamisch aankoopstelsel weggelaten. Rekening houdend met hetgeen is opgemerkt onder nr. 10, zal die weglating evenwel opnieuw moeten worden beoordeeld.

Artikel 11

14. In het ontworpen artikel 5/1, 6°, van de wet, wordt melding gemaakt van “de deelnemers”. De vraag rijst derhalve of in de daaraan voorafgaande onderdelen van de ontworpen bepaling geen melding moet worden gemaakt van “de gekozen deelnemer of deelnemers”¹¹, tenzij de verwijzing naar “de deelnemers” in het ontworpen artikel 5/1, 6°, van de wet, zou worden weggelaten. De gemachtigde verklaarde in dit verband evenwel:

“*A priori*, il ne serait pas opportun de supprimer ces termes étant donné que la notion de participant existe dans la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions.”

Gelet op dit antwoord, blijft de vraag of in het ontworpen artikel 5/1, 6°, van de wet, dan niet het best melding wordt gemaakt van “de gekozen deelnemer of deelnemers”. De

¹⁰ In dat geval moet tevens de commentaar worden aangepast die in de memorie van toelichting wordt gegeven bij de oorspronkelijk geplande schrapping van de verwijzing naar het dynamisch aankoopstelsel.

¹¹ Zie bijvoorbeeld ook het huidige artikel 5, 9°, van de wet.

stellers van het ontwerp dienen zich te beraden over een mogelijke aanvulling van de ontworpen bepaling in die zin.

Artikel 13

15. Wat artikel 13, 3°, van het ontwerp, en de erin beoogde opheffing van artikel 7, § 4, van de wet betreft, mag worden verwezen naar hetgeen onder nr. 10 is opgemerkt met betrekking tot het dynamisch aankoopstelsel. De stellers van het ontwerp dienen er zich in het licht van die opmerking over te beraden of de ontworpen opheffingsbepaling ongewijzigd kan worden behouden in het ontwerp.

Artikel 15

16. Met artikel 15 van het ontwerp worden diverse wijzigingen aangebracht in artikel 8 van de wet. Zoals door de gemachtigde is bevestigd, zou ook artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de wet, moeten worden gewijzigd, rekening houdend met de invoeging van het ontworpen artikel 5/1, 5°, in de wet (artikel 11 van het ontwerp). Meer bepaald zouden in artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de wet, tussen het woord “onregelmatig” en de woorden “is bevonden” de woorden “of niet conform” moeten worden ingevoegd. De wijzigingsbepaling van artikel 15 van het ontwerp zal met het oog hierop moeten worden aangevuld.

Artikel 17

17. Het is niet de bedoeling om op de mededelingsplicht, bedoeld in het ontworpen artikel 7/1 van de wet (artikel 14 van het ontwerp), de regeling van het ontworpen artikel 9/1 van de wet van toepassing te maken. De gemachtigde verklaarde in dit verband: “il s’agit uniquement de communiquer des informations et non d’une décision motivée” en dat “[i]l serait dès lors disproportionné de soumettre l’article 7/1 introduit par l’avant-projet aux modalités de communication prévues par l’article 9/1, également introduit par l’avant-projet”.

Op de vraag of het ontbreken van gegevens in de zin van het ontworpen artikel 9/1, § 2, tweede lid, van de wet, gevolgen kan hebben voor de aanvang van andere termijnen die in artikel 23 van de wet worden vermeld dan die van artikel 23, § 2,¹² antwoordde de gemachtigde:

“La possibilité d’attacher une sanction au non-respect de cette obligation de communication en distinguant chaque recours (suspension, annulation, dommages et intérêts, ...) a été examinée.

La conclusion a été que cela risquait, d’une part, de rendre les recours en dommages et intérêts, les déclarations de nullité et les sanctions alternatives ‘éternels’ et d’autre part, de poser problème au regard du délai d’attente. La disposition est dès lors limitée au droit commun, prévu par l’article 19 des LCCE, qui dispose qu’en l’absence d’indication des voies de recours, le délai de recours de 60 jours pour l’introduction d’un

¹² Zie meer bepaald de termijnen vermeld in artikel 23, §§ 3 tot 6, van de wet.

recours en annulation est prolongé de 4 mois, en l'étendant toutefois, à des fins d'uniformisation, aux autorités adjudicatrices qui ne sont pas des autorités administratives."

Het verdient aanbeveling om deze verduidelijkingen in de memorie van toelichting te integreren.

Artikel 18

18. Artikel 18 van het ontwerp dient artikel 10 van de wet in zijn geheel te vervangen. Het nieuwe artikel 10 bestaat dan uitsluitend uit de bepaling onder artikel 18, 1°, van het ontwerp. Dit betekent dat de paragraafsgewijze indeling van artikel 10 dient te vervallen. Het bepaalde in het huidige artikel 10, § 2, van de wet, moet immers worden weggelaten.¹³

Artikel 24

19. Het ontworpen artikel 16, vierde lid, van de wet, luidt:

"De schadevergoeding tot herstel bedoeld in artikel 11bis van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, vormt een schadevergoeding of een forfaitaire schadevergoeding in de zin van dit artikel."

Ermee rekening houdend dat de schadevergoeding die wordt bedoeld in het ontworpen artikel 16, derde lid, van de wet, "een forfaitaire schadevergoeding (is die wordt) vastgesteld op tien procent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van (de) offerte" en die "eventueel (wordt) aangevuld met een schadeloosstelling met het oog op het volledige herstel van de schade, wanneer deze voortvloeit uit een daad van corruptie", rijst de vraag in welke mate de Raad van State in het gegeven geval onbeperkt gebruik kan maken van de bevoegdheden die hem door artikel 11bis van de gecoördineerde wetten worden toegekend. Zo lijkt de Raad van State alsdan geen schadevergoeding te kunnen toekennen "met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang" (artikel 11bis, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State) en zou de Raad evenmin een ander bedrag aan schadevergoeding kunnen toekennen dan het forfaitaire bedrag van tien procent van het bedrag van de inschrijving. Deze bedoeling lijkt te moeten worden afgeleid uit de commentaar die in de memorie van toelichting wordt gegeven bij artikel 32 van het ontwerp en waarnaar in dezelfde memorie wordt verwezen in de commentaar bij het ontworpen artikel 16, vierde lid, van de wet.

Aldus begrepen kan de verwijzing naar de "schadevergoeding tot herstel bedoeld in artikel 11bis van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973", in het ontworpen artikel 16, vierde lid, van de wet, niet worden begrepen als een ongewijzigd toepasselijk maken van de voornoemde bepaling van de gecoördineerde wetten op de Raad van State op het betrokken vergoedingscontentieux. Indien dit effectief de bedoeling is zou dit, ter wille van de duidelijke regelgeving en de rechtszekerheid, op een meer expliciete wijze tot

¹³ In artikel 18, 2°, van het ontwerp, worden de "paragrafen 2 en 3" opgeheven, alhoewel er geen artikel 10, § 3, bestaat.

uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van het ontworpen artikel 16, vierde lid, van de wet.¹⁴

Artikel 26

20. Men passe de redactie van de inleidende zin van artikel 26 van het ontwerp aan als volgt: “In artikel 18 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 4 december 2013, worden de volgende wijzigingen aangebracht:”.

Artikel 30

21. Men formule de inleidende zin van artikel 30, 3°, van het ontwerp als volgt: “paragraaf 1, vijfde lid, wordt vervangen als volgt:”.

Artikel 31

22. De wijziging van artikel 23 van de wet door artikel 31 van het ontwerp zou kunnen worden te baat genomen om artikel 23, § 3, van de wet aan te vullen door erin een termijn vast te stellen ingeval een vordering tot voorlopige maatregelen afzonderlijk wordt ingediend overeenkomstig artikel 15, vijfde lid, van de wet.¹⁵

Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt bij artikel 56 van het ontwerp, wat de vordering tot voorlopige maatregelen betreft, bedoeld in artikel 47, vijfde lid, van de wet.

23. In het ontworpen artikel 23, § 4, van de wet, wordt gerefereerd aan “het in artikel 16 bedoelde verhaal tot schadevergoeding”. In artikel 16 van de wet, zoals het wordt gewijzigd door artikel 24 van het ontwerp, wordt evenwel melding gemaakt van zowel een “forfaitaire schadevergoeding” als een “schadevergoeding”. De stellers van het ontwerp dienen erover te oordelen of niet het best van beide begrippen melding wordt gemaakt in het ontworpen artikel 23, § 4, van de wet.

24. Rekening houdend met, eensdeels, de wijziging die artikel 7, 1°, van het ontwerp beoogt aan te brengen in artikel 3, eerste lid, van de wet en, anderdeels, de verduidelijking die de gemachtigde in aansluiting daarop heeft verstrekt en die in dit advies is weergegeven onder nr. 8, lijkt het ontworpen artikel 23, § 5, eerste lid, 1°, van de wet, te moeten aanvangen met de woorden “de aankondiging van gegunde opdracht of concessie heeft bekendgemaakt overeenkomstig de daarvoor vastgestelde bepalingen,” (niet: “de aankondiging van gegunde opdracht of concessie heeft bekendgemaakt overeenkomstig de door de Koning vastgestelde

¹⁴ Deze opmerking kan ook worden betrokken op het ontworpen artikel 23, § 4 (artikel 31, 4°, van het ontwerp), het ontworpen artikel 48, tweede lid (artikel 52 van het ontwerp), en het ontworpen 55, § 4, van de wet (artikel 56, 4°, van het ontwerp).

¹⁵ In artikel 23, § 3, van de wet wordt nu uitsluitend melding gemaakt van de “in artikel 15 bedoelde vordering tot schorsing”.

bepalingen,")). De stellers van het ontwerp doen er hoe dan ook goed aan om de tekst van het ontwerp op dit punt aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

Artikel 33

25. Er is een gebrek aan overeenstemming tussen de tekst van artikel 33 van het ontwerp en de erop betrekking hebbende commentaar in de memorie van toelichting. Waar artikel 33 van het ontwerp in artikel 27, eerste lid, van de wet, de woorden “of 2,5% van de waarde van de gegunde concessie zonder belasting over de toegevoegde waarde” beoogt in te voegen, wordt in de memorie van toelichting melding gemaakt van een schadevergoeding van “1,5% zonder belasting over de toegevoegde waarde van de gegunde concessie”. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

26. Doordat als gevolg van de ontworpen wijziging van artikel 27 van de wet in het eerste lid van dat artikel nu twee percentages zullen zijn ingeschreven, dient in artikel 27, tweede lid, van de wet, uitdrukkelijk te worden bepaald of de in dat lid bedoelde mogelijkheid tot verhoging zal gelden voor de beide percentages of niet.¹⁶

Artikel 35

27. Artikel 35, 2°, van het ontwerp, strekt tot het schrappen van de woorden “het opstellen van een lijst van gegadigden en” in artikel 28, tweede lid, van de wet. Het is niet duidelijk waarom dergelijke schrapping wordt doorgevoerd, temeer daar dit niet gebeurt in de gelijkaardige bepaling van artikel 60, tweede lid, van de wet. Hierover om nadere toelichting verzocht, antwoordde de gemachtigde:

“Lors des travaux préparatoires de l’avant-projet de loi, il a été décidé de supprimer l’établissement d’une liste de candidats sélectionnés dans les secteurs classiques car celle-ci était, en raison de son caractère fermé, peu utilisée.

L’établissement d’une liste de candidats sélectionnés est dès lors supprimée dans le projet d’arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, actuellement soumis à l’avis de la Commission des marchés publics.

Par contre, la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit encore cette possibilité dans les secteurs spéciaux.

Par conséquent, il convient de réintroduire la liste à l’article 28, alinéa 2, de la loi recours.”

Ter wille van een beter begrip van de ontworpen regeling zou deze verduidelijking in de memorie van toelichting kunnen worden opgenomen.

28. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 35, 3°, van het ontwerp, moeten de woorden “met twee leden” worden vervangen door de woorden “met een lid”.

¹⁶ In artikel 27, tweede lid, van de wet wordt melding gemaakt van het “voornoemde percentage”.

overheidsopdrachten” (niet: de opdrachten van beperkte waarde als bedoeld in de artikelen 91 en 162 van de wet inzake overheidsopdrachten).¹⁷

Artikel 38

34. De inleidende zin van artikel 38 van het ontwerp moet worden gecorrigeerd als volgt:

“In dezelfde wet wordt een artikel 29/2 ingevoegd, luidende:”.

Artikel 39

35. Het ontworpen artikel 30, § 2, tweede lid, van de wet, luidt:

“Het sluiten van de opdracht of van de concessie ontnemt ook elk belang aan de gebeurlijke vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing.”

Deze bepaling roept diverse vragen op. De precieze draagwijdte en het toepassingsgebied ervan zijn immers onvoldoende duidelijk. Zo wordt erin geen melding gemaakt van de vordering tot “onverbindendverklaring” van de opdracht of de concessie, in de zin van het ontworpen artikel 30, § 2, eerste lid, van de wet, en is niet duidelijk hoe de ontworpen bepaling zich verhoudt tot sommige andere bepalingen, zoals artikel 21 van de wet, waarin geen gelijkaardige bepaling voorkomt. Hieromtrent om nadere toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde:

“Compte tenu des complications qu’une telle disposition pourrait entraîner et de la nécessité d’une analyse approfondie, il serait préférable de supprimer l’alinéa 2 de l’article 30, paragraphe 2, en projet.”

In het licht van dit antwoord onthoudt de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich van verdere opmerkingen bij het ontworpen artikel 30, § 2, tweede lid, van de wet.

Artikelen 41 en 42

36. Artikel 41 van het ontwerp blijft beperkt tot het wijzigen van artikel 32, tweede lid, van de wet. In het eerste en het derde lid van artikel 32 wordt evenwel verwezen naar artikel 30 van de wet. Deze laatste bepaling wordt op zo een manier gewijzigd door artikel 39 van het ontwerp dat de verwijzing naar die bepaling in artikel 32, eerste en derde lid, van de wet, eveneens zal moeten worden aangepast. De wijzigingsbepaling van artikel 41 van het ontwerp dient daartoe te worden aangevuld.

¹⁷ Ook de bespreking van artikel 37 in de memorie van toelichting, met verwijzingen naar zowel “de artikelen 91 en 160” als naar “de artikelen 91 en 162” van de wet inzake overheidsopdrachten, zal op dit punt moeten worden aangepast. Bovendien wordt in die bespreking melding gemaakt van “opdrachten (...) tussen 60.000 en 170.000 euro in de speciale sectoren”, wat niet spoort met artikel 162 van de wet inzake overheidsopdrachten, waarin een drempelwaarde wordt bepaald van “30.000 euro”.

37. Om dezelfde reden als die vermeld onder nr. 36 dient ook de wijzigingsbepaling van artikel 42 van het ontwerp te worden uitgebreid aangezien in het te wijzigen artikel 33 van de wet eveneens een verwijzing voorkomt naar “artikel 30, eerste lid,” van de wet.

Artikel 45

38. Men passe de redactie van de inleidende zin van artikel 45 van het ontwerp aan als volgt:

“In artikel 35 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 4 december 2013, worden de volgende wijzigingen aangebracht :”

39. Artikel 45, 2°, van het ontwerp, strekt tot het wijzigen van artikel 35, derde lid, van de wet. Dergelijke wijziging is evenwel zonder voorwerp aangezien artikel 35, derde lid, van de wet, is opgeheven bij de wet van 4 december 2013.

Artikel 46

40. Men late artikel 46 van het ontwerp aanvangen als volgt: “In artikel 37, 1°, van dezelfde wet, worden ...”.

*

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 juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'apporter diverses modifications à la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services' (ci-après : la loi). Les modifications en projet poursuivent des objectifs variés.

Tout d'abord, elles transposent en droit interne diverses dispositions de directives². En outre, le champ d'application matériel de la loi est étendu aux concessions qui n'avaient pas encore été réglementées au niveau européen et un certain nombre d'adaptations de nature formelle sont apportées à la loi compte tenu de la terminologie modifiée qui résulte de la transposition en droit interne des dispositions concernées des directives.

En ce qui concerne plus particulièrement les dispositions de la loi relatives aux voies de recours, plus précisément les demandes de suspension et les actions en dommages et intérêts ainsi que les instances de recours compétentes, celles-ci sont adaptées à la lumière des dispositions de la loi du 20 janvier 2014 'portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État'.

Enfin, les modifications en projet visent à uniformiser les dispositions relatives à la communication de toutes les décisions motivées – et donc non plus uniquement les décisions d'attribution – et à faire coïncider de manière certaine le point de départ du délai d'attente et des délais de recours.

EXAMEN DU TEXTE

Arrêté de présentation

3. La réglementation en projet concerne notamment les marchés publics en matière de défense et de sécurité³. La question se pose par conséquent de savoir pourquoi le ministre qui a la Défense dans ses attributions n'est pas également associé au dépôt du projet à la Chambre des représentants et au contreseing.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes d'un rang hiérarchiquement supérieur.

² Pour une énumération des dispositions concernées des directives, voir l'article 1^{er}, alinéa 2, du projet.

³ Voir les articles du projet qui tendent à modifier des dispositions du titre III de la loi (« La motivation, l'information et les voies de recours pour les marchés publics relevant de la loi du 13 août 2011 »).

4. Compte tenu de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, qui dispose que la loi en projet règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution, on remplacera dans le dispositif de l'arrêté de présentation le membre de phrase « présenter en notre nom, aux chambres législatives et de déposer à la Chambre des représentants, l'avant-projet de loi dont la teneur suit : » par le membre de phrase « présenter en notre nom à la Chambre des représentants le projet de loi dont la teneur suit »⁴.

Article 1^{er}

5. L'article 1^{er}, alinéa 2 du projet énumère les dispositions des directives dont la transposition partielle ou non dans l'ordre juridique interne est envisagée. Or, l'alinéa en projet doit être inséré dans la loi du 17 juin 2013 au lieu d'être conçu comme une disposition autonome. À cet effet, l'article 1^{er}, alinéa 2, doit être refondu en une disposition modificative qui doit figurer dans une disposition distincte du projet.

Article 3

6. L'article 3, 3^o à 5^o, du projet énumère des articles ou subdivisions de ces articles qui sont intégralement remplacés par d'autres dispositions du projet et dont la rédaction est adaptée, à l'occasion de ce remplacement, dans le sens indiqué à l'article 3, 3^o à 5^o. L'énumération des articles ou subdivisions de ces articles dans ces dernières dispositions doit donc être adaptée. Un autre procédé consiste à omettre l'énumération des articles ou de leurs subdivisions à l'article 3, 3^o à 5^o⁵, et à inscrire au début de l'article 3 la phrase introductive suivante :

« Dans la même loi, modifiée par la loi du 4 décembre 2013, et pour autant que ses dispositions ne soient pas remplacées par d'autres dispositions de cette loi, les modifications suivantes sont apportées : ».

Article 4

7. Les auteurs du projet doivent vérifier si la définition de la notion de « marché », à l'article 2, 1^o, en projet, de la loi (article 4, a) du projet), ne doit pas également faire référence au « système d'acquisition dynamique »⁶.

Article 7

8. À l'article 7, 1^o, du projet, les mots « par le Roi » sont supprimés dans l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi; les mots en question sont toutefois maintenus à l'article 3, alinéas 2 et 4⁷, en

⁴ *Principes de la technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, formule F 4-1-10-1.

⁵ À l'article 3, 5^o, du projet, on fera toutefois encore une exception pour les dispositions du titre III de la loi.

⁶ Voir aussi les observations formulées aux points 10, 13 et 15.

projet, de la loi (article 7, 2°, du projet). Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a déclaré :

« Les termes ‘par le Roi’ ont été supprimés à l’alinéa 1^{er} car ils donnaient l’impression que les marchés publics portant sur des services sociaux ou d’autres services spécifiques n’étaient pas visés par la loi du 17 juin 2013 vu que leur montant n’est pas fixé par le Roi mais par la nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Ces termes ont par contre été repris à l’alinéa 2 pour les concessions vu que le seuil est, en vertu de l’article 3 de loi relative aux concessions, fixé par le Roi.

Étant donné que ce chapitre concerne les marchés et les concessions atteignant les seuils de publicité européenne, les termes ‘fixé pour la publicité européenne’ peuvent en effet être utilisés ».

Il ressort de l’explication fournie qu’il est préférable de mentionner à l’article 3, alinéa 2, en projet, de la loi « le montant fixé pour la publicité européenne » et non « le seuil fixé par le Roi visé à l’article 3 de la loi relative aux concessions ».

9. Interrogé sur la portée de l’article 3, alinéa 4, en projet, de la loi, le délégué a déclaré :

« L’article 35, alinéa 3, était repris dans la loi du 17 juin 2013 mais a été supprimé par la loi du 4 décembre 2013 modifiant la loi du 17 juin 2013. Cette disposition a donc été reprise par erreur dans la version consolidée de la loi du 17 juin 2013 et dans l’avant-projet de loi.

Le quatrième alinéa de l’article 3, inséré par l’article 7, 2°, de l’avant-projet de loi doit par conséquent être supprimé ».

Compte tenu de cette précision, on peut omettre l’article 3, alinéa 4, en projet, de la loi. À la fin du texte français de la phrase liminaire de l’article 7, 2°, du projet, on écrira dès lors « les alinéas 2 et 3 » au lieu de « les alinéas deux à quatre ».

Article 8

10. Aux termes de l’article 4, alinéa 1^{er}, 7°, actuel de la loi, l’autorité adjudicatrice rédige notamment une décision motivée « lorsqu’elle décide, dans le cadre d’un système d’acquisition dynamique, de ne pas sélectionner un participant ou de rejeter un participant dont l’offre indicative n’est pas conforme aux documents du marché ».

Consécutivement au remplacement de l’article 4 de la loi par la disposition inscrite à l’article 8 du projet, il n’est plus fait mention du cas visé dans l’actuel article 4, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi. La question se pose de savoir comment cette omission s’articule avec l’article 55 de la directive 2014/24/UE⁸ et avec l’article 7 de la directive 2014/25/UE⁹ qui font chaque fois expressément référence au système d’acquisition dynamique.

⁷ En ce qui concerne l’article 3, alinéa 4, en projet, de la loi, voir l’observation formulée au point 9.

⁸ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ‘sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE’.

Cette question a été soumise au délégué qui a donné la réponse suivante :

« Les règles du système d'acquisition dynamique ont été simplifiées par les nouvelles directives européennes en prévoyant que la mise en place d'un tel système ne requiert plus une procédure ouverte mais une procédure restreinte afin d'éliminer la nécessité de présenter des offres indicatives, qui ont été identifiées comme l'une des principales lourdeurs associées aux systèmes d'acquisition dynamiques.

Ainsi, tous les candidats satisfaisant aux critères de sélection doivent, en vertu de la nouvelle loi, être autorisé à prendre part au système d'acquisition dynamique pendant sa période de validité.

Le système d'acquisition ne comprenant plus une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation, le 7° avait été supprimé.

Néanmoins, suite à votre remarque et à la lecture de l'article 55 de la directive 2014/24/UE et de l'article 75 de la directive 2014/25/UE, la question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas de prévoir à nouveau à l'article 4, alinéa 1^{er}, un point 7° relatif à l'admission dans un système d'acquisition dynamique, qui pourrait être rédigé comme suit : 'lorsqu'elle décide de l'admission ou de la non-admission d'un candidat dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique' ou 'lorsqu'elle décide dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, de sélectionner ou de ne pas sélectionner un candidat' ».

Il peut se déduire de la réponse du délégué que le maintien d'une subdivision spécifique de l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi, relative à la rédaction obligatoire d'une décision motivée dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique (voir l'actuel article 4, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi) peut être envisagé, certes sous une forme adaptée en ce qui concerne la référence à l'offre indicative qui apparaît encore dans l'actuel article 4, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi. L'énumération à l'article 4, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi, doit dans ce cas être adaptée en conséquence¹⁰.

11. En ce qui concerne l'article 4, alinéa 1^{er}, 7°, en projet, de la loi, l'exposé des motifs précise ce qui suit :

« Au nouvel alinéa 1^{er}, 7°, concernant la nécessité d'établir une décision motivée en cas d'attribution d'un marché, il a été précisé que le terme 'marché' vise également les marchés passés sur la base d'un accord-cadre, mais uniquement lorsque les marchés sont conclus après une consultation supplémentaire des participants à l'accord-cadre (la 'mini-compétition') ».

Cette délimitation spécifique de la notion de « marché » envisagée ne se déduit pas du texte de la disposition en projet. Dans un souci de sécurité juridique, mieux vaudrait expliciter sur ce point le texte de l'article 4, alinéa 1^{er}, 7°, en projet, de la loi, même si cette disposition, dans sa rédaction actuelle, se limite à reproduire la disposition qui figure déjà dans l'actuel article 4, alinéa 1^{er}, 8°, de cette loi.

⁹ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE'.

¹⁰ Dans ce cas, il convient en outre d'adapter le commentaire de l'exposé des motifs concernant la suppression initialement prévue de la référence au système d'acquisition dynamique.

Article 10

12. À la fin du texte néerlandais de l'article 10, b), du projet, on écrira "en 'het voorwerp'" (et non : en "het ontwerp").

13. Dans les dispositions de l'article 10, d), et f), du projet, les références au système d'acquisition dynamique ont été omises. Il conviendra cependant de reconsidérer cette omission eu égard à l'observation formulée au point 10.

Article 11

14. L'article 5/1, 6°, en projet, de la loi, mentionne « des participants ». On peut par conséquent se demander si les subdivisions précédentes de la disposition en projet ne doivent pas mentionner « du ou des participants retenus »¹¹, à moins que la référence à « des participants » à l'article 5/1, 6°, en projet, de la loi ne soit omise. Le délégué a toutefois déclaré à ce sujet :

« *A priori*, il ne serait pas opportun de supprimer ces termes étant donné que la notion de participant existe dans la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions ».

Compte tenu de cette réponse, la question se pose toujours de savoir s'il ne serait pas préférable de mentionner « du ou des participants retenus » à l'article 5/1, 6°, en projet, de la loi. Les auteurs du projet doivent se demander s'il ne faudrait pas éventuellement compléter la disposition en projet dans ce sens.

Article 13

15. En ce qui concerne l'article 13, 3°, du projet, et l'abrogation de l'article 7, § 4, de la loi, qu'il prévoit, on peut renvoyer à l'observation relative au système d'acquisition dynamique formulée au point 10. Les auteurs du projet devront se demander à la lumière de cette observation si la disposition abrogatoire en projet peut être maintenue en l'état dans le projet.

Article 15

16. L'article 15 du projet apporte diverses modifications à l'article 8 de la loi. Ainsi que l'a confirmé le délégué, l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi devrait également être modifié, compte tenu de l'insertion de l'article 5/1, 5°, en projet, dans la loi (article 11 du projet). Plus précisément, il faudrait insérer les mots « ou non conforme » entre les mots « a été jugée irrégulière » et les mots « , les motifs de son éviction » à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi. La disposition modificative de l'article 15 du projet devra être complétée à cet effet.

¹¹ Voir aussi par exemple l'actuel article 5, 9°, de la loi.

Article 17

17. L'intention n'est pas de rendre le régime de l'article 9/1, en projet, de la loi applicable à l'obligation de communication visée à l'article 7/1, en projet, de la loi (article 14 du projet). Le délégué a déclaré à cet égard : « il s'agit uniquement de communiquer des informations et non d'une décision motivée » et « [i]l serait dès lors disproportionné de soumettre l'article 7/1 introduit par l'avant-projet aux modalités de communication prévues par l'article 9/1, également introduit par l'avant-projet ».

À la question de savoir si l'absence de données au sens de l'article 9/1, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi peut avoir des conséquences pour le point de départ des délais mentionnés à l'article 23 de la loi autres que ceux de l'article 23, § 2¹², le délégué a répondu comme suit :

« La possibilité d'attacher une sanction au non-respect de cette obligation de communication en distinguant chaque recours (suspension, annulation, dommages et intérêts, ...) a été examinée.

La conclusion a été que cela risquait, d'une part, de rendre les recours en dommages et intérêts, les déclarations de nullité et les sanctions alternatives 'éternels' et d'autre part, de poser problème au regard du délai d'attente. La disposition est dès lors limitée au droit commun, prévu par l'article 19 des LCCE, qui dispose qu'en l'absence d'indication des voies de recours, le délai de recours de 60 jours pour l'introduction d'un recours en annulation est prolongé de 4 mois, en l'étendant toutefois, à des fins d'uniformisation, aux autorités adjudicatrices qui ne sont pas des autorités administratives ».

Il est recommandé de faire état de ces précisions dans l'exposé des motifs.

Article 18

18. L'article 18 du projet doit remplacer intégralement l'article 10 de la loi. Le nouvel article 10 comportera alors uniquement la disposition inscrite à l'article 18, 1°, du projet. Il en résulte que la division en paragraphes de l'article 10 doit disparaître, puisque l'actuel article 10, § 2, de la loi doit être omis¹³.

Article 24

19. L'article 16, alinéa 4, en projet, de la loi dispose :

« L'indemnité réparatrice visée à l'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, constitue des dommages et intérêts ou une indemnité forfaitaire au sens du présent article ».

Compte tenu du fait que l'indemnité visée à l'article 16, alinéa 3, en projet, de la loi est « une indemnité forfaitaire fixée à dix pourcent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée,

¹² Voir plus précisément les délais mentionnés à l'article 23, §§ 3 à 6, de la loi.

¹³ Dans l'article 18, 2°, du projet, les « paragraphes 2 et 3 » sont abrogés, bien qu'il n'existe pas d'article 10, § 3.

de [l']offre » et qu'elle est « éventuellement complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption », la question se pose de savoir dans quelle mesure le Conseil d'État peut dans ce cas faire usage de manière illimitée des compétences qui lui sont dévolues par l'article 11*bis* des lois coordonnées. Ainsi, dans cette éventualité, le Conseil d'État ne semble pas pouvoir accorder une indemnité réparatrice « en tenant compte des intérêts publics et privés en présence » (article 11*bis*, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État) pas plus qu'il ne pourrait allouer une indemnité réparatrice d'un montant autre que le montant forfaitaire de dix pour cent du montant de la soumission. Cette intention paraît devoir se déduire du commentaire de l'exposé des motifs concernant l'article 32 du projet et auquel il est fait référence dans le commentaire de ce même exposé des motifs à propos de l'article 16, alinéa 4, en projet, de la loi.

Suivant cette interprétation, la référence à « [l']indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 », faite à l'article 16, alinéa 4, en projet, de la loi, ne saurait être comprise comme une application telle quelle de la disposition précitée des lois coordonnées sur le Conseil d'État au contentieux des indemnités concerné. Si telle est effectivement l'intention, il faudrait, dans l'intérêt de transparence de la réglementation et de la sécurité juridique, l'exprimer de manière plus explicite dans le texte de l'article 16, alinéa 4, en projet, de la loi ¹⁴.

Article 26

20. On adaptera la rédaction de la phrase liminaire de l'article 26 du projet comme suit : « À l'article 18 de la même loi, modifié par la loi du 4 décembre 2013, les modifications suivantes sont apportées : ».

Article 30

21. On rédigera la phrase liminaire de l'article 30, 3°, du projet, comme suit : « le paragraphe 1^{er}, alinéa 5, est remplacé par ce qui suit : ».

Article 31

22. La modification de l'article 23 de la loi par l'article 31 du projet pourrait être mise à profit pour compléter l'article 23, § 3, de la loi en y fixant un délai pour le cas où une demande de mesures provisoires est introduite séparément, conformément à l'article 15, alinéa 5, de la loi ¹⁵.

¹⁴ Cette observation peut également se rapporter à l'article 23, § 4, en projet (article 31, 4°, du projet), à l'article 48, alinéa 2, en projet (article 52 du projet) ainsi qu'à l'article 55, § 4, en projet, de la loi (article 56, 4°, du projet).

¹⁵ L'article 23, § 3, de la loi fait actuellement exclusivement mention de « la demande de suspension visée à l'article 15 ».

Une observation identique peut être formulée à propos de l'article 56 du projet, en ce qui concerne la demande de mesures provisoires, visée à l'article 47, alinéa 5, de la loi.

23. L'article 23, § 4, en projet, de la loi, fait référence au « recours en dommages et intérêts visé à l'article 16 ». L'article 16 de la loi, tel qu'il est modifié par l'article 24 du projet, fait toutefois mention tant d'une « indemnité forfaitaire » que d'une « indemnité ». Les auteurs du projet devront apprécier s'il n'est pas préférable de faire mention des deux notions dans l'article 23, § 4, en projet, de la loi.

24. Compte tenu, d'une part, de la modification que l'article 7, 1^o, du projet entend apporter à l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi et, d'autre part, de la précision que le délégué a fournie dans la foulée et qui est reproduite au point 8 du présent avis, il semble que l'article 23, § 5, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet, de la loi, doive débiter par les mots « a publié l'avis d'attribution du marché ou de la concession conformément aux dispositions prévues à cet effet, » (et non : « a publié l'avis d'attribution du marché ou de la concession conformément aux dispositions arrêtées par le Roi, »). Quoi qu'il en soit, les auteurs du projet seraient bien avisés de réexaminer le texte du projet sur ce point.

Article 33

25. Il y a une discordance entre le texte de l'article 33 du projet et le commentaire y afférent dans l'exposé des motifs. L'article 33 du projet entend insérer dans l'article 27, alinéa 1^{er}, de la loi, les mots « ou à 2,5% [lire : ou 2,5%] de la valeur de la concession attribuée, hors taxe sur la valeur ajoutée », alors que l'exposé des motifs fait état d'une indemnisation s'élevant « à 1,5 % hors taxe sur la valeur ajoutée de la concession attribuée ». Cette discordance doit être éliminée.

26. Dès lors que consécutivement à la modification en projet de l'article 27 de la loi, deux pourcentages seront désormais inscrits à l'alinéa 1^{er} de cet article, il convient de prévoir expressément à l'article 27, alinéa 2, de la loi si la possibilité de majoration visée dans cet alinéa s'appliquera ou non à ces deux pourcentages ¹⁶.

Article 35

27. L'article 35, 2^o, du projet, vise à supprimer les mots « l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés et » dans l'article 28, alinéa 2, de la loi. On n'aperçoit pas clairement la raison d'une telle suppression, d'autant que ces mots sont maintenus dans la disposition analogue de l'article 60, alinéa 2, de la loi. Invité à apporter des précisions à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Lors des travaux préparatoires de l'avant-projet de loi, il a été décidé de supprimer l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés dans les secteurs classiques car celle-ci était, en raison de son caractère fermé, peu utilisée.

¹⁶ L'article 27, alinéa 2, de la loi mentionne le « pourcentage précité ».

L'établissement d'une liste de candidats sélectionnés est dès lors supprimée dans le projet d'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, actuellement soumis à l'avis de la Commission des marchés publics.

Par contre, la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit encore cette possibilité dans les secteurs spéciaux.

Par conséquent, il convient de réintroduire la liste à l'article 28, alinéa 2, de la loi recours ».

Pour assurer une meilleure compréhension des dispositions en projet, cette précision pourrait être reproduite dans l'exposé des motifs.

28. Dans le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 35, 3°, du projet, il convient de remplacer les mots « met twee leden » par les mots « met een lid ».

29. Pour le motif indiqué au point 24, il semble préférable d'omettre également dans l'article 28, alinéa 3, en projet, de la loi (article 35, 3°, du projet) les mots « par le Roi ».

La même observation s'applique à l'article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi (article 39 du projet).

Article 36

30. Il a été demandé au délégué s'il n'était pas préférable de rendre l'article 29, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de la loi, applicable aux marchés dans les secteurs classiques « visés à l'alinéa 1^{er} » dont la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieure aux montants visés à l'article 41, § 1^{er}, de la loi relative aux marchés publics. En effet, l'article 29/1, en projet, de la loi ne s'appliquerait-il pas aux marchés dans les secteurs classiques qui n'excèdent pas le montant de 85.000 euros ? En outre, dans la négative, l'article 29, § 1^{er}, alinéa 3, précité, ne devrait-il pas plutôt figurer dans l'article 29/1, en projet, de la loi ? Le délégué a répondu ce qui suit :

« La précision selon laquelle il s'agit des marchés publics dans les secteurs classiques visés au premier alinéa doit en effet être apportée à l'article 29, § 1^{er}, al 3.

L'avant-projet de loi n'a a priori pas pour objectif de prévoir cette obligation sous le seuil de 85.000 euros étant donné que l'article 29/1 (nouveau), qui correspond en grande partie à l'article 29, § 2, de la loi du 17 juin 2013, n'exige pas des autorités adjudicatrices qu'elles motivent le recours à une procédure de passation particulière. Prévoir une telle obligation pour cette procédure de passation spécifique (la procédure négociée directe avec publication préalable) semblerait dès lors peu cohérent ».

La rédaction de l'article 29, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de la loi, doit être complétée dans le sens indiqué dans la réponse du délégué.

Article 37

31. La phrase liminaire de l'article 37 du projet doit s'énoncer comme suit :

« L'article 29/1, de la même loi, inséré par la loi du 4 décembre 2013, est remplacé par ce qui suit : ».

32. À la fin de l'article 29/1, alinéa 5, en projet, de la loi, on écrira « , conformément à l'article 30, § 1^{er}, alinéa 2 ».

33. Il convient de faire référence dans l'article 29/1, § 6, en projet, de la loi, « aux marchés de faible montant visés aux articles 92 et 162 de la loi relative aux marchés publics » (et non : aux marchés de faible montant visés aux articles 91 et 162 de la loi relative aux marchés publics ») ¹⁷.

Article 38

34. La phrase liminaire de l'article 38 du projet doit être corrigée comme suit :

« Dans la même loi, il est inséré un article 29/2 rédigé comme suit : ».

Article 39

35. L'article 30, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi, s'énonce comme suit :

« La conclusion du marché ou de la concession a également pour effet de rendre sans intérêt l'éventuelle demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution ».

Cette disposition soulève diverses questions. En effet, la portée précise et le champ d'application de celle-ci ne sont pas suffisamment définis. Ainsi ne fait-elle pas mention de la demande de « déclaration d'absence d'effets » du marché ou de la concession, au sens de l'article 30, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi et on n'aperçoit pas clairement comment la disposition en projet s'articule par rapport à certaines autres dispositions, comme l'article 21 de la loi, qui ne contient pas de disposition analogue. Invité à donner des précisions à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Compte tenu des complications qu'une telle disposition pourrait entraîner et de la nécessité d'une analyse approfondie, il serait préférable de supprimer l'alinéa 2 de l'article 30, paragraphe 2, en projet ».

Compte tenu de cette réponse, le Conseil d'État, section de législation, s'abstient de formuler d'autres observations concernant l'article 30, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi.

¹⁷ Sur ce point, il conviendra également d'adapter le commentaire de l'exposé des motifs relatif à l'article 37 et ses références tant « aux articles 91 et 160 » qu'« aux articles 91 et 162 » de la loi relative aux marchés publics. En outre, ce commentaire fait état de « marchés [...] entre 60.000 et 170.000 euros dans les secteurs spéciaux », ce qui n'est pas conforme à l'article 162 de la loi relative aux marchés publics, qui fixe un seuil de « 30.000 euros ».

Articles 41 et 42

36. L'article 41 du projet se borne à modifier l'article 32, alinéa 2, de la loi. Les alinéas 1^{er} et 3 de l'article 32 font cependant référence à l'article 30 de la loi. Cette dernière disposition est modifiée par l'article 39 du projet d'une manière telle que la référence à cette disposition dans l'article 32, alinéas 1^{er} et 3, de la loi, devra elle aussi être adaptée. La disposition modificative de l'article 41 du projet doit être complétée à cet effet.

37. Pour la même raison que celle mentionnée au point 36, la disposition modificative de l'article 42 du projet doit également être étendue, dès lors que l'article 33 de la loi, à modifier, contient également une référence à « l'article 30, alinéa 1^{er} » de la loi.

Article 45

38. La phrase liminaire de l'article 45 du projet sera adaptée comme suit :

« À l'article 35 de la même loi, modifié par la loi du 4 décembre 2013, les modifications suivantes sont apportées : ».

39. L'article 45, 2°, du projet vise à modifier l'article 35, alinéa 3, de la loi. Une telle modification est toutefois sans objet, dès lors que l'article 35, alinéa 3, de la loi a été abrogé par la loi du 4 décembre 2013.

Article 46

40. Le début de l'article 46 du projet sera rédigé comme suit : « À l'article 37, 1°, de la même loi, les mots ... ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME