



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 60.903/1
van 13 maart 2017

avis 60.903/1
du 13 mars 2017

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'plaatsing
overheidsopdrachten in de
klassieke sectoren'

un projet d'arrêté royal 'relatif
à la passation des marchés
publics dans les secteurs
classiques'

Op 26 januari 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 13 maart 2017, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 maart 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, 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 13 maart 2017.

*

Le 26 janvier 2017, 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 13 mars 2017, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 2 mars 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, 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 13 mars 2017.

*

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 overheidsopdrachten in de zogenaamde “klassieke sectoren”, zijnde de overeenkomsten onder bezwarende titel die worden gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende overheden en die betrekking hebben op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten.

Het ontwerp strekt tot een verdere omzetting in het interne recht van 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’ (hierna: richtlijn 2014/24/EU). Met die omzetting werd eerder een begin gemaakt met de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016).

Het ontwerp beoogt diverse bepalingen van titel 2 (“Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren”) van de wet van 17 juni 2016 uit te voeren en regelt de inwerkingtreding van sommige bepalingen van die wet.

De ontworpen regeling is in essentie bedoeld om mettertijd in de plaats te komen van de regeling die nu is vervat in het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 (hierna: het koninklijk besluit van 15 juli 2011). Het ontworpen koninklijk besluit houdt een vrij grondige hervorming in van de in het koninklijk besluit van 15 juli 2011 vervatte regeling, al werden wel een aantal bepalingen van dat koninklijk besluit in de nieuwe regeling overgenomen. Sommige bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 werden niet overgenomen omdat zij een plaats krijgen in een afzonderlijk koninklijk besluit. Dit is het geval voor de bepalingen met betrekking tot de concessieovereenkomsten die zullen worden opgenomen in een specifiek koninklijk besluit houdende uitvoering van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake de concessieovereenkomsten’.

3. Het ontwerp van koninklijk besluit bestaat uit acht titels.

Titel 1 bevat een aantal algemene bepalingen waarin onder meer het toepassingsgebied wordt omschreven (hoofdstuk 1), en regelt voorts de raming van het opdrachtbedrag (hoofdstuk 2), de bekendmaking (hoofdstuk 3), de vaststelling, samenstelling en verbetering van prijzen (hoofdstukken 4 en 5), de opdrachtdocumenten (hoofdstuk 6), de ondertekening en de communicatiemiddelen (hoofdstuk 7), de opties (hoofdstuk 8), de percelen (hoofdstuk 9), de belangenconflicten (hoofdstuk 10), de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes (hoofdstuk 11), de selectie van de kandidaten en van de

inschrijvers (hoofdstuk 12) en het onderzoek en de voorwaarden voor de regelmatigheid van de offertes (hoofdstuk 13).

Titel 2 betreft de regeling van de gunning bij openbare en niet-openbare procedure. Die regeling omvat voorschriften voor de vorm en de inhoud van de offerte (hoofdstuk 1), de samenvattende opmeting en de inventaris (hoofdstuk 2), de interpretatie, fouten en leemten (hoofdstuk 3), de indiening en de opening (hoofdstuk 4), de verbetering van de offertes (hoofdstuk 5), en de gunning en de sluiting van de opdracht (hoofdstukken 6 en 7).

Titel 3 heeft betrekking op de gunning bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en bij mededingingsprocedure met onderhandeling. Daarvoor wordt voorzien in specifieke toepassingsdrempels (hoofdstuk 1), eigen regels voor het verloop en de sluiting van de opdracht (hoofdstuk 2) en een bepaling voor het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling na een eerste vruchteloze procedure (hoofdstuk 3).

In titel 4 wordt de regeling van de gunning bij concurrentiegericht dialogoog uitgewerkt.

Daarnaast zijn er in titel 5 een aantal regels betreffende specifieke of aanvullende opdrachten en procedures. Zij hebben het dynamisch aankoopstelsel (hoofdstuk 1), de elektronische veiling (hoofdstuk 2), de elektronische catalogi (hoofdstuk 3) en de prijsvragen (hoofdstuk 4) tot voorwerp.

Voorts handelen de titels 6 en 7 respectievelijk over de overheidsopdrachten van beperkte waarde en tot aanstelling van een advocaat in het kader van vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een procedure.

In titel 8 zijn ten slotte de eind-, opheffings-, overgangs- en inwerkingtredingsbepalingen opgenomen.

4.1. Het merendeel van de artikelen van het ontwerp kan worden geacht rechtsgrond te vinden in de bepalingen van de wet van 17 juni 2016 waarvan melding wordt gemaakt in het tweede lid van de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd. Het verdient wel aanbeveling om enkele van de in het voornoemde lid van de aanhef opgesomde wetsbepalingen te specificeren of te corrigeren, door te verwijzen naar de artikelen 6, § 1, derde lid (niet: “6, § 1”), 14, §§ 5 en 7, vierde lid (niet: “14”), 42, § 1, eerste lid, 1°, a) (niet: “42, § 1, 1°, a)”) en 171, eerste lid (niet: “171”).¹

4.2. De Raad van State ziet niet welke bepaling van het ontwerp zou kunnen worden beschouwd als een uitvoering van de machtiging in artikel 86, derde lid, van de wet van

¹ Wat de laatste van die aanpassingen betreft, zij erop gewezen dat het ontwerp geen bepalingen bevat ter uitvoering van de machtiging in artikel 171, derde lid, van de wet van 17 juni 2016 om bepalingen van die wet zelf op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen om te voorzien in de omzetting van niet-verplichte bepalingen die voortvloeien uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de internationale akten die genomen werden krachtens dit Verdrag en die betrekking hebben op de overheidsopdrachten en de opdrachten voor werken, leveringen en diensten bedoeld in die wet.

17 juni 2016.² Bij gebreke van een zodanige uitvoering dient de vermelding van artikel 86, derde lid, van de wet van 17 juni 2016 te worden weggelaten in het tweede lid van de aanhef.

4.3. De opsomming van rechtsgrond biedende bepalingen in het tweede lid van de aanhef moet worden vervolledigd met de vermelding van artikel 167 van de wet van 17 juni 2016. Op grond van dat artikel gebeurt de berekening van de krachtens die wet bepaalde termijnen overeenkomstig de verordening nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 ‘houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden’ (hierna: verordening nr. 1182/71), tenzij het anders is bepaald. Artikel 167 van de wet van 17 juni 2016 biedt rechtsgrond voor artikel 9, vierde lid, van het ontwerp.

4.4. Een aantal bepalingen van het ontwerp vindt rechtsgrond in de algemene bevoegdheid die de Koning put uit artikel 108 van de Grondwet om de wet uit te voeren, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van de wet van 17 juni 2016 waarvan er een aantal worden vermeld in het tweede lid van de aanhef, maar andere niet. Dat een beroep wordt gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid blijkt evenwel reeds uit het eerste lid van de aanhef van het ontwerp waarin wordt verwezen naar artikel 108 van de Grondwet en uit de verwijzing naar de wet van 17 juni 2016 in haar geheel.³ De verwijzingen naar de artikelen 38, § 1, tweede lid, 47, § 3, 58, 73 en 92 van de wet van 17 juni 2016 worden derhalve het best weggelaten in het tweede lid van de aanhef.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. De opsomming van artikelen van de wet van 17 juni 2016 die voorkomt in het tweede lid van de aanhef van het ontwerp moet worden aangepast rekening houdend met de opmerkingen *sub* 4.1 tot 4.4.

6. Onmiddellijk na het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar de rechtsgrond biedende bepalingen van de wet van 17 juni 2016 moet een nieuw lid worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar het koninklijk besluit van 15 juli 2011, waarvan artikel 128 van het ontwerp de opheffing beoogt, met uitzondering van hoofdstuk 10 van dat koninklijk besluit. Dat lid dient te luiden als volgt:

“Gelet op het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011;”.

² In het ontwerp komen slechts enkele bepalingen voor die betrekking hebben op onderaannemers (zie de artikelen 68, § 4, 10°, 74 en 78, eerste lid, 4°) en in geen daarvan lijkt ten aanzien van hen een uitbreiding te kunnen worden gezien zoals mogelijk gemaakt bij artikel 86, derde lid, van de wet van 17 juni 2016.

³ Zie ook *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 23.1, d), te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be), hierna verkort weergegeven als *Handleiding wetgevingstechniek*.

7. In de aanhef moet tevens een lid worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar de regelgevingsimpactanalyse van 16 september 2016.

Artikel 2

8. In de Nederlandse tekst van artikel 2, 4°, van het ontwerp, vervange men de woorden “vermoedelijk zijn” door de woorden “worden vermoed”.

9. In artikel 2, 5°, van het ontwerp, stemt het woord “marges”, in de Franse tekst, niet overeen met het woord “verhogingen” in de Nederlandse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

10. In de Nederlandse tekst van artikel 2, 6°, van het ontwerp, passe men de definitie van “de opdracht met gemengde prijsvaststelling” aan als volgt: “de opdracht waarbij de prijzen worden vastgesteld op de verschillende wijzen zoals omschreven in de bepalingen onder 3° tot 5°”.

11. In artikel 2, 10°, van het ontwerp, vervange men het woord “inventaris” door een alternatief, zoals het woord “opgave”, aangezien het eerstvermelde woord niet strookt met de bijzondere omschrijving van het begrip “inventaris” in de bepaling onder 8° van hetzelfde artikel.

12. Aan het einde van de eerste zin van artikel 2, 11°, van het ontwerp schrijve men ter wille van de duidelijkheid “als vermeld in artikel 73, § 1, eerste lid, van de wet”.

13. De Nederlandse tekst van artikel 2, 12°, van het ontwerp, bevat geen equivalent voor de woorden “à une adresse internet”, in de Franse tekst, hetgeen dient te worden verholpen. Voorts dienen in elke versie van die bepaling de woorden “en middelen” (“et dispositifs”) te worden ingevoegd na het woord “instrumenten” (“outils”), overeenkomstig de terminologie die wordt gebruikt in de inleidende zin van artikel 14, § 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, waarnaar wordt verwezen.

Artikel 4

14. Volgens de verklaring van de gemachtigde zou de zinsnede “en de bepalingen van titel 6”, in artikel 4, § 2, eerste lid, 1° tot 3°, van het ontwerp, telkens moeten worden vervangen door de zinsnede “en de artikelen 129 en 130”.⁴

15. In artikel 4, § 3, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van “de artikelen 5, 6 en 125 van dit besluit”. Rekening houdend met de commentaar die bij de betrokken bepaling wordt verstrekt in het verslag aan de Koning, wordt wellicht beoogd te verwijzen naar “de artikelen 6, 7 en 125 van dit besluit”.

⁴ Zie evenwel de opmerkingen *sub* 85 en 85.1 tot 85.4.

Artikel 8

16. In artikel 8, § 3, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van “de ter zake bevoegde federale overheidsdienst”. Aan de gemachtigde werd gevraagd of de beoogde overheidsdienst nog moet worden aangeduid en in welke normatieve tekst dit zal gebeuren. De gemachtigde antwoordde:

“Dit kan reeds gebeuren in het ontwerp van koninklijk besluit dat voor advies aan de Raad van State is voorgelegd. Ondertussen is immers gekend welke de ter zake bevoegde federale overheidsdienst is. Het betreft de (nog op te richten) federale overheidsdienst ‘Beleid en Ondersteuning’ (afgekort FOD BOSA). Binnen de federale overheid loopt thans een optimaliseringsproject (redesign). Eind vorig jaar heeft de Regering in het kader van dit project beslist om een aantal (horizontale) federale diensten te integreren (de diensten van de FOD Personeel en Organisatie, de FOD Budget en Beheerscontrole, Fedict, Selor en Empreva). In de komende weken zal de FOD BOSA formeel worden opgericht en haar werking opstarten. Daarmee is dan ook duidelijk dat de FOD BOSA zal worden opgericht vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten (en de publicatie van het ontwerp van KB dat ter advies voorligt). Zodoende kan al melding worden gemaakt van deze FOD BOSA in het ontwerp.”

Rekening houdend met deze toelichting dient de redactie van artikel 8, § 3, van het ontwerp, te worden aangepast op de wijze zoals aangegeven door de gemachtigde. Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot het begrip “bevoegde federale overheidsdienst” in de artikelen 10, tweede lid, 23, § 2, eerste lid, en 127 van het ontwerp.

Artikel 9

17. Artikel 9, vierde lid, van het ontwerp, luidt:

“Voor de berekening van de in dit artikel bedoelde termijnen is verordening nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden, niet van toepassing.”

In het verslag aan de Koning wordt vermeld dat de niet-toepasselijkheid van de voornoemde verordening “te wijten [is] aan het feit dat rechtzettingsberichten niet onmiddellijk zichtbaar zijn voor de economische operatoren, dit in uitvoering van artikel 8, § 1, tweede lid, van dit ontwerp”.

Daarover om meer verduidelijking gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“De betreffende bepaling luidt als volgt:

‘De aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen mag geen andere inhoud hebben dan die bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie. Ze mag niet worden bekendgemaakt vóór de datum van bekendmaking van de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie. Niettemin kan de bekendmaking in ieder geval in het Bulletin der Aanbestedingen geschieden indien de aanbestedende overheid niet binnen twee dagen na de bevestiging van de ontvangst van de aankondiging is geïnformeerd over de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.’

Anders gesteld: de bekendmaking op Belgisch niveau mag niet langer onmiddellijk plaatsvinden. Voortaan moet gewacht worden tot op Europees niveau effectief werd gepubliceerd. Vroeger mocht de bekendmaking op Belgisch niveau niet plaatsvinden vóór de datum waarop de aankondiging naar het Bureau voor Publicaties van de Europese Unie werd verzonden. Nu geldt als referentiepunt de publicatie op Europees niveau. Echter, als deze bekendmaking op Europees niveau te lang op zich laat wachten, mag men toch overgaan tot publicatie op Belgisch niveau. Dit laatste zal het geval zijn indien de aanbestedende overheid niet binnen twee dagen na de bevestiging van de ontvangst van de aankondiging is geïnformeerd over de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Het feit dat ‘gewacht’ moet worden, maximaal twee dagen, op de Europese publicatie, geldt alleen voor de opdrachten die onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking. Dit verantwoordt het onderscheid tussen het tweede en het derde lid.

De berekeningswijze van artikel 9 is niet verenigbaar met verordening nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971. Immers moet ook worden gerekend in dagen vóór de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes. Artikel 3.4 van de voormelde verordening bepaalt bijvoorbeeld dat, indien de laatste dag een feestdag, zondag of zaterdag is, dan de termijn afloopt bij het einde van het laatste uur van de daaropvolgende werkdag. De draagwijdte van de in de vorige zin onderstreepte woorden is onduidelijk indien naar vóór wordt gerekend. Het werd daarom duidelijk geacht om te rekenen in kalenderdagen, en dit voor alle berekeningswijzen in artikel 9 (zowel naar voor als naar achter). Twee berekeningswijzen invoeren in één en hetzelfde artikel werd als te ingewikkeld ervaren. Artikel 167 van de wet laat toe dat afgeweken wordt van verordening nr. 1182/71. De betreffende berekeningen kaderen in een artikel dat niet terug te vinden is in richtlijn 2014/24/EU.”

Uit de door de gemachtigde verstrekte uitleg valt af te leiden waarom verordening nr. 1182/71 niet van toepassing is voor de berekening van de termijnen, bedoeld in artikel 9 van het ontwerp. Het zou tevens aanbeveling verdienen indien in het verslag aan de Koning enige bijkomende verduidelijking zou worden gegeven over de berekening van de in artikel 9, tweede en derde lid, van het ontwerp, bepaalde termijnen, nu verordening nr. 1182/71 daarop niet van toepassing is.

18. Indien de steller van een normatieve tekst wenst dat een termijn alle dagen omvat, volstaat het woord “dagen”. Het gebruik van het woord “kalenderdagen” wordt afgeraden.⁵ Het woord “kalenderdagen” wordt bijgevolg het best vervangen door het woord “dagen” in artikel 9, tweede en derde lid, van het ontwerp. Dit is ook het geval in de artikelen 36, § 2, zesde lid, en 57, § 2, van het ontwerp.

Artikel 11

19. In artikel 11, tweede lid, van het ontwerp, dient te worden verwezen naar de desbetreffende internrechtelijke norm, d.w.z. naar “de herzieningen bedoeld in artikel 19, tweede lid, van de wet” (niet: “de herzieningen bepaald in artikel 6 van de richtlijn 2014/24/EU van het

⁵ Handleiding wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 95, a).

Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG”).

Artikel 12

20. De eerste zin van artikel 12 van het ontwerp wordt beter geredigeerd als volgt:

“Niettegenstaande artikel 7, § 1, mag de aanbestedende overheid, wanneer werken, homogene leveringen of diensten de drempels vermeld in artikel 11 bereiken en in percelen worden verdeeld, van de toepassing van de Europese bekendmaking afwijken voor percelen waarvan het individuele geraamde bedrag kleiner is dan 1.000.000 euro voor werken, respectievelijk 80.000 euro voor leveringen en diensten, voor zover hun samengevoegde geraamde waarde twintig percent van de geraamde waarde van het geheel van de percelen niet overschrijdt.”⁶

Artikel 15

21. In de inleidende zin van artikel 15, § 1, eerste lid, van het ontwerp stemmen de woorden “en matière de passation de marchés”, in de Franse tekst, niet overeen met de woorden “met betrekking tot geplande overheidsopdrachten”, in de Nederlandse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

22. In de Franse tekst van het tweede lid van artikel 15, § 1, schrijve men – zoals in de Nederlandse tekst het geval is – telkens “avis annonçant la publication d’un avis de préinformation sur un profil d’acheteur” (niet: nu eens “avis de préinformation sur son profil d’acheteur”, dan eens “avis annonçant la publication d’un avis de préinformation sur son profil d’acheteur”).⁷

Artikel 16

23. Artikel 16 van het ontwerp wordt beter geredigeerd als volgt:

“Overeenkomstig artikel 61 van de wet maakt een opdracht het voorwerp uit van een aankondiging van opdracht die de inlichtingen bevat die zijn vermeld in bijlage 4.”

De redactie van de Nederlandse tekst van dat artikel wordt hiermee meer afgestemd op die van de Franse tekst. In het tekstvoorstel is de zinsnede “Onverminderd artikel 42 van de wet en” weggelaten. Die zinsnede is immers overbodig, omdat zij al is vervat in de bepaling onder 1° van artikel 61, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016; zij is daarnaast onvolledig, gelet op de overige uitzonderingen bepaald in dat lid. Eventueel zou nog aan al die

⁶ In het tekstvoorstel werd de zinsnede “, exclusief belasting over de toegevoegde waarde,” weggelaten. Die zinsnede is immers overbodig, rekening houdend met het bepaalde in artikel 3 van het ontwerp.

⁷ Zie ook de Franse tekst van het opschrift van bijlage 3, deel A, van het ontwerp en van bijlage V, A, bij richtlijn 2014/24/EU.

uitzonderingen kunnen worden gerefereerd door na de zinsnede “Overeenkomstig artikel 61 van de wet” de woorden “en onder voorbehoud van de erin bepaalde uitzonderingen” in te voegen.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 22 van het ontwerp.

Artikel 18

24. Het is juridisch correcter om in de inleidende zin van artikel 18, § 1, eerste lid, van het ontwerp, de zinsnede “Onverminderd artikel 90 van de wet,” te vervangen door de zinsnede “Overeenkomstig artikel 90, §§ 1 en 2, van de wet,”. Artikel 18, § 2, van het ontwerp, vangt dan het best aan met de woorden “Overeenkomstig artikel 90, § 3, van de wet,”.

Ook in de inleidende zin van artikel 24, eerste lid, van het ontwerp, vervange men de zinsnede “Onverminderd artikel 90 van de wet,” door de zinsnede “Overeenkomstig artikel 90, §§ 1 en 2, van de wet,”.

25. In de Nederlandse tekst van artikel 18, § 1, tweede lid, van het ontwerp, schrijve men “is de onderhavige paragraaf niet van toepassing” in plaats van “is de onderhavige paragraaf is niet van toepassing”.

Artikel 23

26. In artikel 23, § 2, eerste lid, 2°, van het ontwerp, vervange men de woorden “de NUTS-code” door de woorden “de NUTS-code, bedoeld in bijlage 12,”.⁸

27. In artikel 23, § 2, vierde lid, 5°, van het ontwerp, wordt het begrip “intrekking” vermeld. Vraag is evenwel of niet veeleer een “opheffing” wordt bedoeld en of niet deze laatste term moet worden vermeld.⁹

28. De verwijzing aan het einde van artikel 23, § 2, vijfde lid, van het ontwerp, met betrekking tot een selectie onder de gekwalificeerde kandidaten, naar “de artikelen 65 tot 72”, spoot niet met het verslag aan de Koning, waarin daarvoor wordt verwezen naar “de artikelen 66 tot 75”. Een en ander dient beter op elkaar te worden afgestemd.

⁸ Wat de aan het einde van dezelfde bepaling bedoelde “CPV-code” betreft, zie artikel 2, 40°, van de wet van 17 juni 2016.

⁹ Er kan immers worden aangenomen dat het enkel de bedoeling is om de kwalificatie binnen een kwalificatiesysteem voor de toekomst te ontnemen, d.w.z. “op te heffen”, niet dat de kwalificatie *ab initio* zou vervallen en moet worden geacht nooit te zijn verkregen, d.w.z. te zijn ingetrokken (zie voor een bespreking van de twee betrokken begrippen o.m. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, p. 984-985, nrs. 1042 e.v.).

Artikel 34

29. De Nederlandse tekst van artikel 34, § 2, tweede lid, van het ontwerp, bevat geen tegenhanger voor de woorden “sans la modifier” in de Franse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

30. Aan het einde van artikel 34, § 2, derde lid, van het ontwerp, wordt bepaald dat aan de aanbestedende overheid de keuze wordt gelaten tussen hetzij een beslissing dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij het weren van de offerte als zijnde onregelmatig. Aan de gemachtigde werd gevraagd op grond van welke criteria de aanbestedende overheid zich zal laten leiden bij het maken van de voornoemde keuze.

De gemachtigde antwoordde:

“De aanbestedende overheid zal dit beoordelen in functie van de eigenheden van het dossier en niet op basis van vooraf bepaalde criteria. De aanbestedende overheid zal bijvoorbeeld logischerwijze de opgegeven eenheidsprijzen bekrachtigen, indien het een fout in een verwaarloosbare post betreft. Het zal waarschijnlijk anders gesteld zijn wanneer het een belangrijke post betreft.”

Het verdient aanbeveling om de commentaar die in het verslag aan de Koning wordt gegeven bij de desbetreffende bepaling van het ontwerp aan te vullen met een aantal praktijkvoorbeelden in de zin van het door de gemachtigde gegeven voorbeeld.¹⁰

Artikel 36

31. Aan de gemachtigde is gevraagd wat in artikel 36, § 2, vijfde lid, van het ontwerp, moet worden verstaan onder de woorden “verwaarloosbare posten”.

De gemachtigde antwoordde:

“Het is onmogelijk een algemeen bruikbare definitie te geven van wat verwaarloosbaar is en wat niet. Het komt de aanbestedende overheid toe om de situatie te evalueren in functie van de betreffende opdracht.”

Het antwoord van de gemachtigde valt te begrijpen. Niettemin zou de ontworpen regeling aan toegankelijkheid winnen indien het begrip “verwaarloosbare posten” aan de hand van een aantal voorbeelden in het verslag aan de Koning meer concreet zou kunnen worden gemaakt.

32. De wijze waarop artikel 36, § 3, van het ontwerp, is geredigeerd, lijkt de aanbestedende overheid geen appreciatiemogelijkheid te laten. Vraag is hoe deze bepaling moet worden begrepen in samenhang met artikel 76, § 4, van het ontwerp, dat regularisatie van een substantiële onregelmatigheid in een volgende onderhandelingsronde onder voorwaarden mogelijk maakt.

¹⁰ Een gelijkaardige suggestie kan worden gedaan bij andere bepalingen van het ontwerp, zoals artikel 86, § 2, eerste lid, en artikel 89, vierde lid, van het ontwerp.

De gemachtigde heeft daarover het volgende verklaard:

“Het is inderdaad zo dat artikel 36, § 3, geen appreciatiemogelijkheid laat aan de aanbestedende overheid (dat is althans de bedoeling). Wanneer zij na de beoordeling van de ontvangen verantwoordingen vaststelt dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten of het totale offertebedrag een abnormaal laag karakter vertoont, dan moet ze de offerte weren, zonder dat nog op enigerlei wijze een regularisatiemogelijkheid zou kunnen worden onder ogen genomen. Overeenkomstig artikel 36, § 1, kan zij er echter voor kiezen, in een procedure met meerdere onderhandelingsrondes, om de bevraging uit te voeren op de laatst ingediende offertes. In dat geval zal ze eerder in deze fase ook geen verantwoordingen ontvangen.”

De stellers van het ontwerp zullen erover oordelen of in het verslag aan de Koning een verdere verduidelijking wordt opgenomen met betrekking tot de samenhang tussen de voornoemde bepalingen van het ontwerp.

33. Op de vraag of artikel 36, § 3, van het ontwerp, geen aanvulling behoeft met bepalingen betreffende de vaststelling van een abnormaal hoge prijs of kost, rekening houdend met artikel 36, § 5, eerste en vierde lid, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“Artikel 36, § 3, heeft betrekking op de sanctionering van abnormale prijzen. In het initiële voorstel was in artikel 36, § 3, sprake van een (verplichte) wering omwille van de vaststelling van een abnormaal hoge prijs of kost. Deze verplichte wering werd in de politieke besprekingen als te streng ervaren. Deze sanctie werd dan ook geschrapt. In het kader van de politieke besprekingen werd daarbij gedacht aan situaties waarin in het kader van de prijzen- of kostenbevraging om verantwoording wordt verzocht van bepaalde posten van een inschrijver(s) die wel abnormaal hoog lijken, maar waarbij de beweerde abnormaliteit te wijten is aan de abnormaal lage prijzen van meerdere andere inschrijvers. In sommige sectoren waarin praktijken inzake sociale dumping worden vastgesteld kan dit scenario, nog steeds volgens de bedoelde politieke besprekingen, niet uitgesloten worden.

Ingevolge de schrapping werd ook de vijfde paragraaf aangepast (evenwel niet volledig, zie *infra*). In het eerste lid van de vijfde paragraaf, in verband met de kennisgeving aan de Auditeur-generaal van de BMA, werd het onderscheid gemaakt tussen een abnormaal lage prijs dan wel kost, in welk geval de offerte wordt geweerd, en het geval waarbij een abnormaal hoge prijs of kost wordt vastgesteld. In dat laatste geval is er niet noodzakelijk sprake van wering. Er zal echter wel sprake zijn van verplichte wering in het in artikel 5, § 2, 1°, van de wet bedoelde geval, waarbij de aanbestedende overheid ook mededingingsverstorende handelingen vaststelt. Er zal ook altijd sprake zijn van verplichte wering wanneer het een offerte betreft van de inschrijver aan wie ze voornemens is te gunnen, maar die niet voldoet aan de in artikel 7 van de wet bedoelde verplichtingen op het vlak van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, tenminste wanneer het een verplichting betreft waarvan de niet-naleving ook strafrechtelijk beteugeld wordt.

De vaststelling van abnormaal hoge prijzen kan voor de aanbestedende overheid ook een reden zijn om de opdracht niet te gunnen overeenkomstig artikel 85 van de wet, wanneer ingevolge de toepassing van de gunningscriteria de offerte met abnormaal hoge prijzen de best geklasseerde offerte is.

In de vijfde paragraaf, vierde lid, aangaande de kennisgeving aan de Commissie voor de erkenning van aannemers, is per vergissing nog steeds sprake van wering op basis van een abnormaal hoge prijs. Dit zal rechtgezet worden.”

De omstandige uitleg van de gemachtigde ten spijt blijft de vraag of de wijze waarop een aanbestedende overheid kan komen tot de vaststelling van een abnormaal hoge prijs of kost, niet toch het best het voorwerp uitmaakt van een uitdrukkelijke regeling in het ontwerp, zoals trouwens voor het abnormaal lage karakter van prijzen of kosten het geval is in artikel 36, §§ 3 en 4, van het ontwerp.

34. Er werd aan de gemachtigde gevraagd waarom het voldoen aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht in het raam van de toepassing van artikel 36, § 3, tweede lid, van het ontwerp, uit het oogpunt van abnormaal lage prijzen of kosten enkel wordt getoetst aan “het totale offertebedrag” en niet mede aan “het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten”, zoals het geval is in het eerste lid, 1°, van die paragraaf.

De gemachtigde heeft die vraag beantwoord als volgt:

“Het tweede lid van de derde paragraaf is nodig om de conformiteit met de richtlijn te bewaren, alsook om het belang aan te tonen, in het kader van de bevraging rond abnormale prijzen/kosten, van het nazicht van de betreffende verplichtingen op het gebied van het milieu, sociaal- of arbeidsrecht, maar dit tweede lid volgt strikt genomen reeds uit het eerste lid. Om die reden zou een eventuele toetsing op postenniveau eigenlijk ook niets wijzigen. Echter, aangezien het merendeel van de posten niet of slechts onrechtstreeks verband houdt met het milieu, sociaal of arbeidsrecht, leek een eerder letterlijke overname van de richtlijnbevestiging het meest aangewezen. De betreffende bepaling van de richtlijn luidt als volgt:

‘De aanbestedende diensten wijzen de inschrijving af wanneer zij hebben vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen.’

Bovendien moet herinnerd worden aan artikel 66, § 1, tweede lid, van de wet, waarin reeds is voorzien in een weringsplicht dan wel een weringsmogelijkheid wegens vaststelling dat de offerte van de inschrijver aan wie de aanbestedende overheid voornemens is te gunnen, niet voldoet aan het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, afhankelijk van het feit of het al dan niet een strafrechtelijk betugelde bepaling betreft.

Gezien de diverse weringsplichten en weringsmogelijkheden werd het raadzaam geacht de bewoordingen van artikel 36, § 3, lid 2, zo eenvoudig mogelijk te houden.”

De Raad van State acht deze verduidelijking voldoende plausibel.

35. In artikel 36, § 3, derde lid, van het ontwerp, wordt enkel verwezen naar het eerste lid. Vraag is evenwel of het de bedoeling is dat bij de beoordeling in het kader van het tweede lid van die paragraaf geen rekening kan worden gehouden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver. De gemachtigde deelde in dit verband mee dat zulks “niet de bedoeling” is. Artikel 36, § 3, derde lid, kan evenwel een andere indruk wekken. De redactie ervan wordt daarom het best aangepast.

36. De gemachtigde heeft bevestigd dat in artikel 36, § 5, vierde lid, van het ontwerp, dient te worden geschreven “wordt geweerd op basis van een abnormaal lage prijs dan wel kost” (niet: “wordt geweerd op basis van een abnormaal hoge of lage prijs dan wel kost”), zoals het geval is in het eerste lid van dezelfde paragraaf.

Artikel 38

37. Aan de gemachtigde werd gevraagd op welke wijze de in artikel 38, § 1, eerste lid, van het ontwerp, vermelde uitzonderingen te verenigen vallen met het bepaalde in artikel 59 van richtlijn 2014/24/EU. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“In dit verband kan verwezen worden naar de voetnoot 5 van bijlage 1 – ‘Gebruiksaanwijziging’ van de Uitvoeringsverordening 2016/7 van de Europese Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, alwaar wordt gesteld, omtrent de principiële verplichting om het UEA voor te leggen, dat het in sommige gevallen geheel niet passend zou zijn om de overlegging van het UEA te verlangen, of dat dit totaal onnodige administratieve lasten met zich zou meebrengen, hetgeen niet de bedoeling kan zijn geweest. Dit is meer bepaald zo in de volgende gevallen waarbij gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking:

1° wanneer er maar één van te voren vaststaande deelnemer mogelijk is (zie art. 32, lid 2, onder b), lid 3, onder b), lid 3, onder d), en lid 5 van richtlijn 2014/24/EU);

2° vanwege de betrokken spoed (art. 32, lid 2, onder c), van richtlijn 2014/24/EU) of vanwege de bijzondere kenmerken van de transactie inzake op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte producten (art. 32, lid 3, onder c), van richtlijn 2014/24/EU).

Anders gesteld: volgens de Europese Commissie volgt uit artikel 32 van richtlijn 2014/24/EU dat in de hierboven bedoelde hypothesen waarbij gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, dat de overlegging van het UEA niet verplicht is. Volgens de Europese Commissie blijkt het verplicht karakter van het UEA niet éénduidig uit artikel 59 van richtlijn 2014/24/EU zelf maar moet dit afgeleid worden uit de gecombineerde lezing van onder meer de artikelen 34 (mogelijkheid voor aanbestedende overheden om op ieder moment tijdens de geldigheidstermijn van het dynamisch aankoopstelsel een geactualiseerde versie UEA op te vragen), 59 en de artikelen 71.5 en 71.6.b (mogelijkheid voor de lidstaten om te bepalen dat de UEA's worden voorgelegd van de onderaannemers om na te gaan of in hun hoofde geen gronden tot uitsluiting bestaan). Met andere woorden blijkt het verplicht karakter slechts onrechtstreeks uit de samenlezing van de artikelen 34, 59 en 71. In sommige uitzonderlijke situaties waarbij gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging, ontstaat dan ook de interpretatiemarge die kan verantwoorden waarom het UEA in de opgegeven gevallen toch niet moet worden overgelegd. Het feit dat dit niet verplicht is vloeit dan voort uit artikel 32 van richtlijn 2014/24/EU en de specifieke aard van sommige van de aldaar opgesomde gevallen. De interpretatie dat het UEA verplicht is ingevolge de gecombineerde lezing van de artikelen 34, 59 en 71 mag er langs de andere kant niet toe leiden dat een absurde lezing zou moeten gegeven worden aan artikel 32.”

Het verdient aanbeveling om de aldus geschetste verhouding van artikel 38, § 1, eerste lid, van het ontwerp, tot artikel 59 van richtlijn 2014/24/EU, ook in het verslag aan de Koning te verduidelijken.

38. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 38, § 2, tweede lid, van het ontwerp, moet worden verwezen naar “het eerste lid, 2°” (niet: “het eerste lid 1, 2°”).

Artikel 41

39. In artikel 41 van het ontwerp stemmen de woorden “les règles relatives aux signatures électroniques et aux moyens de communication”, in de Franse tekst, niet overeen met de woorden “de regels inzake ondertekening en de te gebruiken communicatiemiddelen”, in de Nederlandse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Artikel 42

40. In de Franse tekst van artikel 42, § 1, tweede lid, van het ontwerp, schrijve men “la procédure négociée directe avec publication préalable” (niet: “la procédure directe avec publication préalable”).

Artikel 44

41. Artikel 44, § 2, tweede en vierde lid, van het ontwerp, lijken uitsluitend te zijn afgestemd op de vertegenwoordiging van een persoon met domicilie of vestiging in België.¹¹ Aan de gemachtigde is gevraagd of die bepalingen geen equivalent behoeven voor buitenlandse personen en of de tekst van het ontwerp op dat punt niet moet worden aangevuld.

Daarop is door de gemachtigde geantwoord als volgt:

“Wat de publicatie in het Belgisch Staatsblad betreft lijkt dit niet nodig, gelet op de woorden ‘in voorkomend geval’ in het begin van het derde [lees: tweede] lid.

Het andere aspect, in verband indieningsrapport dat namens een rechtspersoon wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van deze rechtspersoon, die enkel een verbintenis aangaat voor eigen naam en rekening, is inderdaad problematisch.

Als alternatief zou de volgende formulering overwogen kunnen worden:

‘Het indieningsrapport dat namens een rechtspersoon elektronisch wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van deze rechtspersoon, die daarbij enkel een verbintenis aangaat voor eigen naam en rekening, vereist geen bijkomende volmacht.’”

Het door de gemachtigde gedane tekstvoorstel kan worden bijgetreden. Men schrijve wel “in eigen naam en voor eigen rekening”.

¹¹ Zie artikel XII.25, § 3, van het Wetboek van economisch recht, waarnaar wordt verwezen in artikel 44, § 2, vierde lid, van het ontwerp.

Artikel 51

42. Aan de gemachtigde is gevraagd of het niet raadzaam is om de opsomming van situaties die tot een belangenconflict leiden te verruimen, rekening houdend met de opsomming van situaties in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016.

De gemachtigde heeft daarop geantwoord dat het “inderdaad raadzaam” is “om de tekst aldus te vervolledigen en het woord rechtstreeks te schrappen”.

43. Aan het einde van artikel 51, tweede lid, van het ontwerp, schrijve men “eender welke andere vorm van beëindiging van de vroegere activiteiten” (niet: “eender welke andere vorm van vertrek”).

Artikel 59

44. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 59, 1°, van het ontwerp, schrijve men “om de inlichtingen te verkrijgen” (niet: “om de inlichtingen te komen”).

45. Voor zover artikel 59, 2°, van het ontwerp, betrekking heeft op documenten en inlichtingen die reeds met toepassing van de wet van 16 januari 2003¹² onder de verplichte eenmalige gegevensverzameling vallen, is die bepaling op een te algemene wijze geredigeerd, omdat ermee de indruk wordt gewekt dat wordt afgeweken van de voornoemde wettelijke regeling, terwijl dat niet kan.¹³ Er kan worden overwogen om in artikel 59, 2°, van het ontwerp, te expliciteren dat documenten en inlichtingen worden bedoeld die niet met toepassing van de wet van 16 januari 2003 kunnen worden verkregen.

Artikel 61

46. Naar analogie van de Franse tekst schrappe men in de Nederlandse tekst van artikel 61, 4°, van het ontwerp, het woord “respectievelijk”.

47. In artikel 61, 5° en 6°, van het ontwerp, wordt verwezen naar sommige richtlijnbepalingen. Er zou evenwel moeten worden verwezen naar de internrechtelijke regels die de betrokken richtlijnbepalingen in het interne recht hebben omgezet.

Artikel 63

48. In artikel 63, § 3, eerste lid, van het ontwerp, dienen de woorden “ten opzichte van de Federale Overheidsdienst Financiën” te worden weggelaten na de woorden “fiscale verplichtingen”, gelet op het daaropvolgende tweede lid waarin wordt bepaald dat “[h]et in het

¹² 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’.

¹³ Zie bovendien ook artikel 73, § 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016.

eerste lid bedoelde attest wordt uitgereikt door de bevoegde Belgische en/of buitenlandse overheid en bevestigt dat de kandidaat of inschrijver aan zijn fiscale verplichtingen heeft voldaan overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is”.

In het verlengde daarvan schrijve men in artikel 63, § 4, van het ontwerp, “door de Federale Overheidsdienst Financiën te ondervragen voor zover die de door de aanbestedende overheid gevraagde attesten uitreikt” (niet: “de Federale Overheidsdienst Financiën (...) die de (...) attesten uitreikt”).

Artikel 67

49. In de Nederlandse tekst van artikel 67, § 2, van het ontwerp, dient in de eerste zin te worden verwezen naar “de in paragraaf 1, tweede lid, 1°, bedoelde jaarrekeningen” (niet: “paragraaf 1, tweede lid 2, 1°”).

50. Aan het einde van artikel 67, § 3, tweede lid, van het ontwerp, wordt het best verwezen naar “de te bewaren inlichtingen in de zin van artikel 164, § 1, van de wet” (niet “artikel 164”).¹⁴

Artikel 68

51. Naar analogie van de Franse tekst vulle men de inleidende zin van de Nederlandse tekst van artikel 68, § 4, van het ontwerp, aan met het woord “zijn”.

52. Aan het einde van de bepalingen onder 3° en 5° van artikel 68, § 4, van het ontwerp, stemmen de woorden “ontwerpen en onderzoek”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de woorden “étude et [...] recherche”, in de Franse tekst. Beide teksten zouden beter op elkaar moeten worden afgestemd.

53. Ook in artikel 68, § 4, 9°, van het ontwerp, is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse (“het verlenen van de opdracht”) en de Franse tekst (“la réalisation du marché”). Beide teksten dienen ook op dit punt eenvormig te worden gemaakt.

54. In de inleidende zin van artikel 68, § 4, 11°, van het ontwerp, vervange men de woorden “de opdrachten voor leveringen” door de woorden “de te leveren producten”.¹⁵

¹⁴ Artikel 164, § 2, van de wet van 17 juni 2016 betreft titel 3 van die wet (dus geen overheidsopdrachten in de klassieke, maar in de speciale sectoren). De overige paragrafen van artikel 164 van de wet behoeven evenmin vermelding.

¹⁵ Zie richtlijn 2014/24/EU, bijlage XII, deel II, k). De woorden “opdrachten voor leveringen” hebben een beperktere draagwijdte. Er kunnen immers ook producten moeten worden geleverd bij andersoortige opdrachten (bijvoorbeeld gemengde opdrachten).

Artikel 70

55. In artikel 70, § 1, eerste lid, en tweede lid, 3°, van het ontwerp, moet worden verwezen naar respectievelijk “artikel 3, § 1,” en “artikel 3, § 1, 2°,” van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’.

56. In artikel 70, § 1, eerste lid, van het ontwerp, hebben de woorden “aan de voorwaarden ertoe voldoen of nog”, in de Nederlandse tekst, geen equivalent in de Franse tekst. Deze discordantie dient te worden verholpen.

57. In de Nederlandse tekst van artikel 70, §§ 2, derde lid, 3, tweede lid, en 4, derde lid, van het ontwerp, schrijve men telkens “in de in artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, b) en d), 2°, 3°, 4°, b) en c), van de wet bedoelde gevallen”.

58. In de Nederlandse tekst van artikel 70, § 4, tweede lid, van het ontwerp, schrijve men “certificaten” en niet “getuigschriften”. Op die wijze wordt er ook in de Nederlandse tekst van artikel 70, § 4, eerste en tweede lid, een eenvormige terminologie gebruikt.

Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot artikel 72, § 2, eerste lid, 2°, tweede en derde lid, van het ontwerp.

Artikel 72

59. De gemachtigde is het ermee eens dat in de inleidende zin van artikel 72, § 2, eerste lid, van het ontwerp, dient te worden verwezen naar achtereenvolgens “artikel 67, § 1, vierde lid, van de wet” van 17 juni 2016 (niet: “artikel 67, § 1, derde lid, van de wet”) en “de artikelen 67 tot 69 van de wet” (niet: “de artikelen 67 tot 70 van de wet”).

60. Ter wille van de overeenstemming met de Franse tekst, vermeldde men in de Nederlandse tekst van artikel 72, § 2, eerste lid, 1°, van het ontwerp “verplichte uitsluitingsgronden” (niet: “uitsluitingsgronden”). Voorts dienen de woorden “de lidstaat of” te worden weggelaten. Die woorden moeten dan ook worden geschrapt in artikel 72, § 2, tweede lid, van het ontwerp.

61. Aan de gemachtigde is gevraagd of in artikel 72, § 2, tweede en derde lid, van het ontwerp, niet telkens kan worden volstaan met een verwijzing naar de gevallen bedoeld in “het eerste lid”, gelet op de verwijzingen in artikel 60, lid 2, eerste en tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU.

De gemachtigde beantwoordde die vraag als volgt:

“Les références sont en effet erronées. Il ne peut toutefois être uniquement fait référence à l’alinéa 1^{er} qui reprend tous les cas d’exclusion. Cette référence est trop large.

Il convient de viser, selon la directive 2014/24/UE, les motifs d’exclusions obligatoires (article 67 de la loi), les dettes sociales et fiscales (article 68 de la loi) et l’état

de faillite repris dans les motifs d'exclusion facultatifs (article 69, 2°, de la loi). Aucune référence ne doit être faite aux autres motifs d'exclusion facultatifs.”

Het antwoord van de gemachtigde doet ervan blijken dat de verwijzingen in artikel 72, § 2, tweede en derde lid, van het ontwerp, aanpassing behoeven.

Artikel 73

62. Het is niet duidelijk waarom in artikel 73, § 1, tweede lid, van het ontwerp niet wordt aangesloten op de redactie van de eerste zin van artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU door te schrijven:

“De aanbestedende overheid gaat overeenkomstig de artikelen 73 tot 76 van de wet na of de entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen en of voor hen uitsluitingsgronden bestaan, onverminderd de mogelijkheid tot corrigerende maatregelen overeenkomstig artikel 70 van de wet.”

Het ware eveneens meer in overeenstemming met de voornoemde richtlijnbeeping om verder in artikel 73, § 1, tweede lid, van het ontwerp, de woorden “bovenvermeld selectie criterium” te vervangen door de woorden “een toe te passen selectie criterium”.¹⁶

Artikel 75

63. In de laatste zin van artikel 75, eerste lid, van het ontwerp, schrijve men “de afwezigheid nagaan van fiscale en sociale schulden overeenkomstig artikel 68 van de wet en van de artikelen 62 en 63 van dit besluit” (niet: “de artikelen 63 en 64 van dit besluit”). Op die wijze wordt de redactie van artikel 75, eerste lid, uniform gemaakt met die van het tweede lid, 1°, van artikel 75 van het ontwerp.

Artikel 76

64. In de Nederlandse tekst van artikel 76, § 5, van het ontwerp, schrijve men “met een geraamde waarde lager dan de drempel”.

Artikel 83

65. Het is de vraag of de woorden “Ongeacht de oorzaak van de vertraging”, in de tweede zin van artikel 83 van het ontwerp, die aangeven dat laattijdige aanvragen tot deelneming of laattijdige offertes niet kunnen worden aanvaard, niet beter worden weggelaten. Het artikel geldt immers “[o]nverminderd artikel 57”, dat net voorziet in een mogelijke verdaging van het uiterste tijdstip van indiening. Het is bovendien volgens de gemachtigde niet de bedoeling om de

¹⁶ In artikel 73, § 1, eerste lid, van het ontwerp, worden immers verschillende selectiecriteria vermeld.

mogelijkheid tot aanvaarding van laattijdige aanvragen tot deelneming of laattijdige offertes wegens overmacht uit te sluiten.

Een gelijkaardige vraag rijst bij artikel 92 van het ontwerp waarin eveneens wordt bepaald dat “[O]ngeacht de oorzaak van de vertraging (...) laattijdige offertes niet [worden] aanvaard”.

Artikel 87

66. Er is aan de gemachtigde gevraagd of de onregelmatigheid vermeld aan het einde van artikel 87, § 1, vierde lid, van het ontwerp, al dan niet een substantieel karakter heeft.

De gemachtigde heeft daarover de volgende verduidelijking gegeven:

“Pour savoir si l’irrégularité visée à l’article 87 est substantielle ou non, il faut se référer ici à l’article 76, § 1^{er}, al 3 du projet : ‘Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l’évaluation de l’offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l’engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.’

Lorsqu’un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre ou autorisée et qu’il n’est pas possible de ne pas prendre cela en considération, les conditions de 76, § 1^{er}, al 3 seront souvent remplies. L’offre devra alors être déclarée irrégulière. Elle ne pourra être prise en considération que lorsque le supplément de prix ou la contrepartie à une option libre ou autorisée, n’est pas prise en considération.”

67. In de Nederlandse tekst van artikel 87, § 2, eerste lid, van het ontwerp, komt geen zinsnede voor die overeenstemt met de zinsnede “, afin de les départager,” in de Franse tekst van die bepaling. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Artikel 88

68. In de onderscheiden leden van artikel 88 van het ontwerp wordt in de Franse tekst melding gemaakt van het woord “notification”. In de Nederlandse tekst wordt telkens melding gemaakt van de term “betekening”. Overeenkomstig artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek wordt het begrip “betekening” evenwel uitsluitend gebruikt voor gerechtsdeurwaardersexploten, terwijl voor poststukken de term “kennisgeving” moet worden gebruikt. Vraag is derhalve of in de Nederlandse tekst van de verschillende leden van artikel 88 van het ontwerp niet telkens beter melding wordt gemaakt van het begrip “kennisgeving”.

Dezelfde vraag rijst ten aanzien van de Nederlandse tekst van artikel 95, 2°, van het ontwerp.

Artikel 91

69. In de commentaar die in het verslag aan de Koning wordt gegeven bij artikel 91 van het ontwerp wordt verkeerdelijk verwezen naar “artikel 10, eerste lid, 2° of 3°,” van het ontwerp. Deze verwijzing stemt evenwel niet overeen met de verwijzing naar “artikel 11, eerste lid, 2° dan wel 3°”, die in artikel 91, 2°, van het ontwerp voorkomt. De tekst van het verslag aan de Koning moet op dat punt worden gecorrigeerd.

Artikel 93

70. Artikel 93, tweede lid, van het ontwerp, komt – volgens de commentaar in het verslag aan de Koning – neer op een “verduidelijking ten opzichte van” artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016. Het verdient aanbeveling om het verband met de voornoemde wetbepaling in artikel 93, tweede lid, van het ontwerp, weer te geven door in de tweede zin van dat lid te schrijven “Overeenkomstig artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet, kunnen de opdrachtdocumenten echter afwijken van dit lid”.

71. In de commentaar die in het verslag aan de Koning wordt gegeven bij artikel 93, tweede lid, van het ontwerp, wordt verkeerdelijk melding gemaakt van “de artikelen 64 tot 70”. In artikel 93, tweede lid, van het ontwerp, wordt evenwel verwezen naar “de artikelen 65 tot 70”. De redactie van het verslag aan de Koning moet hiermee in overeenstemming worden gebracht.

Artikel 94

72. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 94 van het ontwerp schrijve men “een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking” in plaats van “een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”.¹⁷

73. De gemachtigde bevestigt dat de verwijzing, aan het einde van artikel 94, 4°, van het ontwerp, moet worden verruimd tot het geheel van “de in artikel 42, § 3, tweede lid, van de wet [van 17 juni 2016] bedoelde gevallen” (niet: “de in artikel 42, § 3, tweede lid, 1°, van de wet bedoelde gevallen”).

Artikel 95

74. In de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 95 van het ontwerp schrijve men, in overeenstemming met de Nederlandse tekst, “par procédure concurrentielle avec négociation ou par procédure négociée sans publication préalable”. De betrokken procedures kunnen immers niet tegelijk worden toegepast op één opdracht.

¹⁷ Zie de Franse tekst van de inleidende zin en, onder meer, artikel 2, 26°, van de wet van 17 juni 2016.

Artikel 101

75. In de Nederlandse tekst van artikel 101, 1°, van het ontwerp, moet worden verwezen naar “de uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986 van de Commissie van 11 november 2015 tot vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten en tot intrekking van uitvoeringsverordening (EU) nummer 842/2011”.

76. In de Franse tekst van artikel 101, 4°, van het ontwerp, zijn de woorden “tegelijk met de bekendmaking van de opdracht”, die in de Nederlandse tekst voorkomen, niet weergegeven. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Artikel 105

77. In de Franse tekst van artikel 105, 2°, van het ontwerp schrijve men “l’avis d’attribution de marché” (niet: “l’avis d’attribution”).

Artikel 108

78. Ter wille van de overeenstemming met de om te zetten laatste zin van artikel 35, lid 5, van richtlijn 2014/24/EU, vervange men in artikel 108, zesde lid, van het ontwerp, de woorden “twee dagen” door de woorden “twee werkdagen”.

Artikel 116

79. In de Nederlandse tekst van artikel 116, tweede lid, van het ontwerp lijkt het woord “gegadigden” het best te worden vervangen door het woord “kandidaten”.¹⁸

Artikel 117

80. In de Nederlandse tekst van artikel 117, 1°, van het ontwerp vervange men, in overeenstemming met de Franse tekst van die bepaling, de term “gunnen” door de meer passende term “plaatsen”.¹⁹

Om een gelijkaardige reden vervange men in artikel 122, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp, het woord “gunningsprocedure” door het woord “plaatsingsprocedure”.

¹⁸ Zie inzonderheid, aangezien die bepaling betrekking heeft op opdrachten geplaatst op basis van een dynamisch aankoopstelsel, artikel 44, § 2, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016.

¹⁹ Zie immers de woorden “prijsvragen organiseren die als onderdeel van een procedure (...) worden uitgeschreven” in artikel 117, 1°, van het ontwerp. Vergelijk tevens met de definities van de begrippen “plaatsing” en “gunning” in artikel 2, 37° en 38°, van de wet van 17 juni 2016.

Artikel 118

81. Op de vervanging van het woord “kandidaten” door het woord “gegadigden”²⁰ na, komt artikel 118 van het ontwerp neer op een herneming van hetgeen reeds in artikel 50, derde lid, van de wet van 17 juni 2016 wordt bepaald. Het staat niet aan de uitvoerende macht om louter te bevestigen wat in de wet is bepaald. Artikel 118 wordt dan ook het best uit het ontwerp weggelaten.

Artikel 122

82. Artikel 122, § 3, van het ontwerp, is overbodig en moet worden weggelaten. Hetgeen in die paragraaf is bepaald, volgt immers reeds uit de verwijzing in artikel 123, eerste lid, naar artikel 10 van het ontwerp. Door die verwijzing wordt het laatstgenoemde artikel als onderdeel van de bekendmakingsvoorschriften van titel 1, hoofdstuk 3, van toepassing verklaard op prijsvragen.

Titel 7 – Opschrift en artikel 126

83. In het opschrift van titel 7 en in artikel 126 van het ontwerp, dienen de woorden “procedure in rechte” te worden vervangen door het woord “procedure”. Uit artikel 28, § 1, eerste lid, 4°, a) en b) (niet: “artikel 28, § 1, 4°, a) en b)”), van de wet van 17 juni 2016, blijkt immers dat de in die wetsbepaling en de in artikel 126 van het ontwerp beoogde overheidsopdrachten (niet: “opdrachten”) niet noodzakelijk op een procedure voor een rechterlijke instantie betrekking hoeven te hebben.

Artikel 128

84. In artikel 128 van het ontwerp moet ook nog melding worden gemaakt van het ministerieel besluit van 22 december 2015 dat het op te heffen koninklijk besluit van 15 juli 2011 heeft gewijzigd.

Artikelen 129 en 130

85. Er werden aan de gemachtigde een aantal vragen gesteld die onder meer betrekking hebben op de verenigbaarheid van de overgangsregeling die is uitgewerkt in de artikelen 129 en 130 van het ontwerp met de overgangsbepalingen van richtlijn 2014/24/EU.

85.1. In artikel 90, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU wordt melding gemaakt van de zinsnede “behalve wanneer het gebruik van elektronische middelen verplicht is krachtens artikel 34, artikel 35, artikel 36, artikel 37, lid 3, artikel 51, lid 2, of artikel 53”. Bijgevolg kan de vraag rijzen of het bepaalde in artikel 90, leden 1 en 2, eerste alinea, van de richtlijn, niet vereist

²⁰ In verband met dergelijke vervanging, zie ook opmerking 79.

dat in artikel 129 van het ontwerp, wordt voorzien in een uitzondering op de mogelijke toepassing van dat laatste artikel als het verplicht is om gebruik te maken van elektronische middelen in het raam van de toepassing van de internrechtelijke bepalingen die strekken tot het omzetten van de artikelen van de richtlijn waarnaar wordt verwezen in de aangehaalde zinsnede in artikel 90, lid 2, eerste alinea, van de richtlijn.

De gemachtigde antwoordde:

“Il est en effet nécessaire de prévoir des exceptions à la possibilité de ne pas faire usage des moyens de communication électroniques et ce,

- pour le système d'acquisition dynamique (art 34 de la directive),
- l'enchère électronique (article 35 de la directive),
- les catalogues électroniques (article 36 de la directive),
- l'article 37, § 3 (dans la mesure où il s'agit d'une procédure de passation menée par un centrale d'achat),
- l'article 51, § 2 (dans la mesure où l'avis de préinformation, l'avis de marché et l'avis d'attribution doivent être publiés de manière électronique) et
- l'article 53 (mise à disposition des documents de marché).

Des références analogues à ce qui est prévu dans la directive doivent dès lors être insérées dans le projet.”

85.2. Aan de gemachtigde werd gevraagd of de opsomming van bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, in de artikelen 129, tweede lid, 1°, en 130, tweede lid, 1°, van het ontwerp, sluitend is in alle gevallen waarin een aanbestedende overheid, voor een andere plaatsingsprocedure dan de openbare of niet-openbare procedure, toepassing maakt van de mogelijkheid die wordt geboden door de artikelen 129, eerste lid, en 130, eerste lid, van het ontwerp.

De gemachtigde antwoordde:

“Bij nader inzien stellen we vast dat de werkwijze van artikel 129, dus voor de opdrachten die de drempel voor de Europese bekendmaking bereiken, niet in overeenstemming valt te brengen met de keuzemogelijkheid die artikel 90.2, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU laat aan de aanbestedende overheid, wanneer een lidstaat een overgangperiode wenst in te voeren. Het antwoord dat volgt heeft dan ook alleen betrekking op artikel 130 omtrent de opdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking. De bewoordingen van artikel 129 zullen moeten worden afgestemd op artikel 90.2, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU. Andere mogelijkheid is artikel 129 te schrappen.

Er kan eveneens gebruik worden gemaakt van de overgangsmaatregel in andere dan de openbare of niet-openbare procedure, bijvoorbeeld in de mededingingsprocedure met onderhandeling. Daartoe is niet vereist dat de aanbestedende overheid de bepalingen van het KB van 15 juli 2011 waarnaar wordt verwezen van toepassing verklaart. Als geen elektronische communicatiemiddelen worden gebruikt, dan is duidelijk aangegeven dat papieren communicatiemiddelen moeten worden angewend. De overgangsmaatregel geldt wel alleen wat de afwijking op het verplicht gebruik van elektronische communicatiemiddelen betreft. Een reeks andere artikelen van de wet en van het ontwerp blijven van toepassing.

Stel bijvoorbeeld dat een aanbestedende overheid bij een mededingingsprocedure met onderhandeling gebruik wenst te maken van de overgangsmaatregel. In dat geval moeten papieren communicatiemiddelen worden aangewend voor de indiening van de offerte. Ook artikel 14, § 6, van de wet, is van toepassing. De aanbesteder moet er dus voor zorgen dat de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de offertes gewaarborgd zijn. Hij mag pas na het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening kennis nemen van de inhoud van de aanvragen tot deelneming en de offertes. Daarnaast zullen heel wat bepalingen uit de wet en met name de beginselen van toepassing blijven.

Ook het artikelen 95 van het ontwerp (overname van artikel 110, lid 1 van het KB van 15 juli 2011) blijft in dat geval van toepassing.

De aanbestedende overheid kan er in de voormelde voorbeeld ook voor kiezen om de bepalingen van het KB van 15 juli 2011 waarnaar wordt verwezen van toepassing te verklaren. In dat laatste geval zal een openingszitting moeten worden georganiseerd, etc..

De werkwijze in de overgangsperiode sluit aan op de regeling vervat in de artikelen 106 tot 110 van het KB van 15 juli 2011, waarbij er relatief weinig regels zijn opgelegd voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Wellicht is een verduidelijking aangewezen voor artikel 130. Een andere mogelijkheid is ook daar de bepaling af te stemmen op artikel 90.2, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU.

Volledigheidshalve wordt er nog op gewezen dat artikel 100 van het ontwerp (overname van artikel 114, § 3 van het KB van 15 juli 2011) van toepassing zal blijven indien een aanbestedende overheid in geval van een concurrentiegericht dialoog gebruik wenst te maken van de overgangsperiode.”

85.3. In artikel 129, tweede lid, 2°, van het ontwerp, wordt onder meer bepaald dat de intrekking van een offerte, bij een openbare of niet-openbare procedure, “ook per telefax of via een ander elektronisch middel meegedeeld [kan] worden”. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het ontwerp op dit punt in overeenstemming is met artikel 90, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2014/24/EU, temeer daar de toepassing van die richtlijn bepaling niet beperkt blijft tot de intrekking van een offerte en tot “een openbare of niet-openbare procedure”.

De gemachtigde bevestigde dat artikel 129, tweede lid, 2°, van het ontwerp, inderdaad niet in overeenstemming is met de voornoemde richtlijn en dat deze bepaling om die reden – en afgezien van het *sub* 85.2 weergegeven antwoord – niet ongewijzigd in het ontwerp kan worden behouden.

85.4. Uit de *sub* 85.1 tot 85.3 weergegeven antwoorden van de gemachtigde valt af te leiden dat de overgangsregeling die in het ontwerp is uitgewerkt op diverse punten moet worden herzien en afgestemd op de overgangsbepalingen in richtlijn 2014/24/EU. Daarbij dient er tevens op te worden toegezien dat de overeenstemming met de richtlijn gewaarborgd blijft wat de toepassing van artikel 129 van het ontwerp betreft, eenmaal de in artikel 129, eerste lid, van het ontwerp, vermelde datum van 17 oktober 2018 is verstreken.²¹

²¹ Zie artikel 129, derde lid, van het ontwerp.

Artikelen 132 en 133

86. In artikel 132 van het ontwerp worden de desbetreffende bepalingen van de wet van 17 juni 2016 in werking gesteld op 30 juni 2017 “voor de opdrachten die vanaf die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte”.

In de inleidende zin van artikel 133 van het ontwerp komt een gelijkaardige beperking van het toepassingsgebied van de ontworpen bepaling van inwerkingtreding voor.

Aan de gemachtigde werd gevraagd op welke wijze dergelijke beperkingen zich verhouden tot richtlijn 2014/24/EU en of er voor beperkingen van die aard een aanknopingspunt kan worden gevonden in de richtlijn.

De gemachtigde beantwoordde die vraag als volgt:

“Une disposition similaire existait dans l’AR du 2 juin 2013 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.

Une telle disposition vise à éviter que d’autres règles en matière de communication soient rendues applicables au cours de la passation d’un même marché. En pratique, une telle adaptation au cours de la procédure serait source d’insécurité juridique ; les parties ne sachant plus quelles règles appliquer.

L’article 4 de la directive 2014/24/UE prévoit que la valeur estimée est déterminante pour savoir si le marché entre dans le champ d’application de la directive, en sachant que cette valeur doit être valable au moment de l’envoi de l’avis d’appel à la concurrence, ou, dans les cas où un tel avis n’est pas prévu, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché (et pas à un moment ultérieur). La valeur estimée doit encore être valable au moment où le pouvoir adjudicateur lance la procédure. Cet élément doit être considéré comme l’élément déclencheur pour déterminer les règles à respecter. Changer ces règles en cours de procédure conduirait à des situations absurdes. L’avis de marché ferait par exemple référence à une procédure négociée avec publicité (en ce compris les règles y applicables), tandis que la procédure appliquerait finalement les nouvelles règles de la procédure concurrentielle avec négociation. La volonté du législateur européen n’est pas de créer une telle insécurité juridique.

A titre l’exemple, on peut citer l’obligation dans le cas d’un marché réservé de renvoyer à l’article correspondant de la directive dans l’appel à la concurrence, n’a pas de sens si ces règles changent en cours de procédure (l’article 19 de la directive 2004/18/CE demande de faire référence au présent article ; une disposition similaire se retrouve à l’article 20 de la nouvelle directive 2014/24/UE).”

Uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting valt niet af te leiden dat de beperking van het toepassingsgebied van de inwerkingtredingsbepalingen van de artikelen 132 en 133 van het ontwerp teruggaat tot een duidelijke bepaling van richtlijn 2014/24/EU. De stellers van het ontwerp doen er goed aan om in het verslag aan de Koning de betrokken beperking nader toe te lichten en nauwkeuriger te situeren ten aanzien van richtlijn 2014/24/EU.²²

87. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de inleidende zin van artikel 133 van het ontwerp: “(...) treden in werking op een van de volgende datums voor de opdrachten die vanaf de desbetreffende datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf de desbetreffende datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte”.

Bijlagen

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

Onderaan de bijlage moeten de woorden “Gezien om gevoegd te worden bij het koninklijk besluit van (...)” voorkomen en de bijlage moet dezelfde datum en dezelfde ondertekening formule vermelden als die van het besluit waarbij ze is gevoegd.²³

89. Op de twee laatste bijlagen na wordt in alle bijlagen die bij het ontwerp zijn gevoegd stelselmatig verwezen naar verkeerde bepalingen van het dispositief. Te vermelden vallen:

- bijlage 1, waar dient verwezen naar “artikel 5” (niet: “artikel 4, § 1,”);
- bijlage 2, waar telkens (in delen A en B) dient verwezen naar “artikel 11, eerste lid, 2°,” (niet: “artikel 10, eerste lid, 2°,”);
- bijlage 3, waar dient verwezen, in deel A, naar “artikel 15, § 1, tweede lid” (niet “artikel 14, § 1, tweede lid”) en, in deel B, naar “artikel 15, § 1, eerste lid” (niet “artikel 14, § 1, eerste lid”);
- bijlage 4, waar dient verwezen naar “de artikelen 16 en 22” (niet: “de artikelen 15 en 21”);
- bijlage 5, waar dient verwezen naar “artikel 17” (niet: “artikel 16”);

²² Temeer daar de uiterste datum voor omzetting van de richtlijn, zoals voorgeschreven door artikel 90 ervan, is verstreken.

²³ *Handleiding wetgevingstechniek*, aanbeveling nr. 172 en formule F 4-8-1.

- bijlage 6, waar dient verwezen, in deel A, naar “artikel 123, tweede lid” (niet “artikel 118, tweede lid”) en, in deel B, naar “artikel 124, eerste lid” (niet “artikel 119, eerste lid”);

- bijlage 7, waar dient verwezen, in deel A, naar “de artikelen 18, § 1, eerste lid, 2°, en 24, eerste lid, 2°” (niet “de artikelen 17, § 1, 2° en 23, eerste lid, 2°”), in deel B, naar “de artikelen 18, § 1, eerste lid, 2°, en 24, eerste lid, 1°” (niet “de artikelen 17, § 1, 1° en 23, eerste lid, 2°”) en, in deel C, naar “artikel 18, § 2” (niet: “artikel 17, § 2”);

- bijlage 8, waar dient verwezen naar “artikel 106” (niet: “artikel 101”);

- bijlage 9, waar telkens (onder het opschrift en in de inleidende zin van de bepaling onder 1) dient verwezen naar “de artikelen 52 en 97” (niet: “artikel 50”);²⁴

- bijlage 10, waar in voetnoot 1 dient verwezen naar “artikel 66, eerste lid,” (niet: “artikel 67, lid 1, van de besluit”).

Uit wat voorafgaat, volgt dat de tekst van de bijlagen aan een grondige bijkomende controle moet worden onderworpen.

*

²⁴ In de Nederlandse tekst van de bepaling onder 2 van die bijlage schrijve men ook “deelneming aan de procedure” (niet: “deelneming de procedure”).

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. La réglementation portée par le projet d'arrêté royal soumis pour avis concerne la passation de marchés publics dans les « secteurs classiques », à savoir les contrats à titre onéreux conclus entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Le projet vise à poursuivre la transposition en droit interne de la 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' (ci-après : directive 2014/24/UE). La loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (ci-après : la loi du 17 juin 2016) avait déjà mis en chantier cette transposition.

Le projet tend à exécuter diverses dispositions du titre 2 (« Marchés publics dans les secteurs classiques ») de la loi du 17 juin 2016 et règle l'entrée en vigueur de certaines dispositions de celle-ci.

La réglementation en projet est essentiellement destinée à se substituer à terme à la réglementation inscrite actuellement dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques' (ci-après : l'arrêté royal du 15 juillet 2011). L'arrêté royal en projet réforme plutôt en profondeur la réglementation contenue dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011, même si un certain nombre de dispositions de cet arrêté royal ont toutefois été reproduites dans la nouvelle réglementation. Certaines dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'ont pas été reproduites parce qu'elles sont intégrées dans un arrêté royal distinct. C'est le cas des dispositions relatives aux contrats de concession qui seront intégrées dans un arrêté royal spécifique portant exécution de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

3. Le projet d'arrêté royal comporte huit titres.

Le titre 1^{er} contient un certain nombre de dispositions générales définissant notamment le champ d'application (chapitre 1^{er}) et règle ensuite l'estimation du montant du marché (chapitre 2), la publicité (chapitre 3), la détermination, la composition et la correction des prix (chapitres 4 et 5), les documents du marché (chapitre 6), la signature et les moyens de communication (chapitre 7), les options (chapitre 8), les lots (chapitre 9), les conflits d'intérêts (chapitre 10), le dépôt des demandes de participation et des offres (chapitre 11), la sélection des candidats et des soumissionnaires (chapitre 12) ainsi que l'examen et les conditions de régularité des offres (chapitre 13).

Le titre 2 règle l'attribution en procédure ouverte et en procédure restreinte. Ce régime contient des prescriptions concernant la forme et le contenu de l'offre (chapitre 1^{er}), le métré récapitulatif et l'inventaire (chapitre 2), l'interprétation, les erreurs et omissions (chapitre 3), le dépôt et l'ouverture (chapitre 4), la correction des offres (chapitre 5), ainsi que l'attribution et la conclusion du marché (chapitres 6 et 7).

Le titre 3 porte sur l'attribution en procédure négociée sans publication préalable et en procédure concurrentielle avec négociation. Il prévoit à cet effet des seuils d'application spécifiques (chapitre 1^{er}), des règles propres pour le déroulement et la conclusion du marché (chapitre 2) et une disposition pour l'utilisation de la procédure concurrentielle avec négociation après une première procédure infructueuse (chapitre 3).

Le titre 4 élabore le régime d'attribution en dialogue compétitif.

En outre, le titre 5 contient un certain nombre de règles concernant les marchés et procédures spécifiques ou complémentaires. Elles ont pour objet le système d'acquisition dynamique (chapitre 1^{er}), l'enchère électronique (chapitre 2), les catalogues électroniques (chapitre 3) et les concours (chapitre 4).

Ensuite, les titres 6 et 7 traitent respectivement des marchés publics de faible montant et des marchés publics pour la désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure.

Enfin, le titre 8 porte les dispositions finales, abrogatoires, transitoires et d'entrée en vigueur.

4.1. La plupart des articles du projet peuvent être réputés trouver un fondement juridique dans les dispositions de la loi du 17 juin 2016 mentionnées au deuxième alinéa du préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis. Il est toutefois recommandé de préciser ou de corriger quelques-unes des dispositions légales énumérées à l'alinéa précité du préambule, en visant les articles 6, § 1^{er}, alinéa 3 (et non : « 6, § 1^{er} »), 14, §§ 5 et 7, alinéa 4 (et non : « 14 »), 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, a) (et non : « 42, § 1^{er}, 1^o, a) ») et 171, alinéa 1^{er} (et non : « 171 »)¹.

4.2. Le Conseil d'État n'aperçoit pas la disposition du projet qui pourrait être considérée comme exécutant l'habilitation visée à l'article 86, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016². En l'absence d'une telle exécution, on omettra la mention de l'article 86, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 au deuxième alinéa du préambule.

¹ En ce qui concerne la dernière de ces adaptations, on soulignera que le projet ne comporte pas de dispositions en exécution de l'habilitation que l'article 171, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 confère en vue d'abroger, de compléter, de modifier ou de remplacer des dispositions de cette loi elle-même pour assurer la transposition de dispositions non obligatoires résultant du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci et concernant les marchés publics et les marchés de travaux, de fournitures et de services visés dans cette loi.

² Le projet ne contient que quelques dispositions relatives aux sous-traitants (voir les articles 68, § 4, 10^o, 74 et 78, alinéa 1^{er}, 4^o) et aucune d'entre elles ne paraît comporter, à l'égard de ceux-ci, une extension, tel que le permet l'article 86, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016.

4.3. Au deuxième alinéa du préambule, l'énumération des dispositions procurant un fondement juridique doit être complétée par la mention de l'article 167 de la loi du 17 juin 2016. Selon cet article, le calcul des délais fixés en vertu de cette loi s'opère conformément au règlement n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 'portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes' (ci-après : règlement n° 1182/71), sauf disposition contraire. L'article 167 de la loi du 17 juin 2016 procure un fondement juridique à l'article 9, alinéa 4, du projet.

4.4. Plusieurs dispositions du projet trouvent un fondement juridique dans le pouvoir général que le Roi puise dans l'article 108 de la Constitution pour exécuter la loi, combiné avec certaines dispositions de la loi du 17 juin 2016, dont un certain nombre sont mentionnées au deuxième alinéa du préambule et d'autres pas. Toutefois, il ressort déjà du premier alinéa du préambule du projet, qui vise l'article 108 de la Constitution, et de la référence à la loi du 17 juin 2016 dans son ensemble que le pouvoir général d'exécution est invoqué³. Mieux vaudrait dès lors omettre au deuxième alinéa du préambule les références aux articles 38, § 1^{er}, alinéa 2, 47, § 3, 58, 73 et 92 de la loi du 17 juin 2016.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. L'énumération des articles de la loi du 17 juin 2016 figurant dans le deuxième alinéa du préambule du projet doit être adaptée en tenant compte des observations formulées aux points 4.1 à 4.4.

6. Immédiatement après l'alinéa du préambule visant les dispositions procurant un fondement juridique de la loi du 17 juin 2016, on insérera un nouvel alinéa faisant référence à l'arrêté royal du 15 juillet 2011, que l'article 128 du projet vise à abroger, à l'exception du chapitre 10 de cet arrêté royal. Cet alinéa doit s'énoncer comme suit :

« Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; ».

7. En outre, on insérera dans le préambule un alinéa faisant mention de l'analyse d'impact de la réglementation du 16 septembre 2016.

Article 2

8. Dans le texte néerlandais de l'article 2, 4°, du projet, on remplacera les mots « vermoedelijk zijn » par les mots « worden vermoed ».

³ Voir également *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 23.1, d), à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be), en abrégé ci-après : *Guide de légistique*.

9. À l'article 2, 5°, du projet, le mot « marges », dans le texte français, ne correspond pas au mot « verhogingen » dans le texte néerlandais. Cette discordance doit être éliminée.

10. Dans le texte néerlandais de l'article 2, 6°, du projet, on adaptera la définition de « de opdracht met gemengde prijsvaststelling » comme suit : « de opdracht waarbij de prijzen worden vastgesteld op de verschillende wijzen zoals omschreven in de bepalingen onder 3° tot 5°; ».

11. À l'article 2, 10°, du projet, on remplacera le mot « inventaire » par une variante, telle que le mot « relevé », le premier mot cité n'étant pas compatible avec la définition particulière de la notion d'« inventaire » figurant au 8° du même article.

12. À la fin de la première phrase de l'article 2, 11°, du projet, on écrira dans un souci de clarté « , mentionné à l'article 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi ».

13. Dans le texte néerlandais de l'article 2, 12°, du projet, il n'y a pas d'équivalent pour les mots « à une adresse internet » dans le texte français; il convient d'y remédier. Par ailleurs, on insérera dans chaque version de cette disposition les mots « et dispositifs » (« en middelen ») après le mot « outils » (« instrumenten »), conformément à la terminologie utilisée dans la phrase introductive de l'article 14, § 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 auquel il est fait référence.

Article 4

14. Le délégué a déclaré que le membre de phrase « et les dispositions du titre 6 », à l'article 4 § 2, alinéa 1^{er}, 1° à 3°, du projet, devrait chaque fois être remplacé par le membre de phrase « et les articles 129 et 130 »⁴.

15. L'article 4, § 3, du projet mentionne « les articles 5, 6 et 125 du présent arrêté ». Compte tenu du commentaire que le rapport au Roi donne de la disposition concernée, l'intention est sans doute de viser « les articles 6, 7 et 125 du présent arrêté ».

Article 8

16. L'article 8, § 3, du projet mentionne « le service public fédéral compétent ». Il a été demandé au délégué si le service public visé doit encore être désigné et dans quel texte normatif cette désignation interviendra. Le délégué a répondu comme suit :

« Dit kan reeds gebeuren in het ontwerp van koninklijk besluit dat voor advies aan de Raad van State is voorgelegd. Ondertussen is immers gekend welke de ter zake bevoegde federale overheidsdienst is. Het betreft de (nog op te richten) federale overheidsdienst 'Beleid en Ondersteuning' (afgekort FOD BOSA). Binnen de federale overheid loopt thans een optimaliseringsproject (redesign). Eind vorig jaar heeft de

⁴ Voir toutefois les observations formulées aux points 85 et 85.1 à 85.4.

Regering in het kader van dit project beslist om een aantal (horizontale) federale diensten te integreren (de diensten van de FOD Personeel en Organisatie, de FOD Budget en Beheerscontrole, Fedict, Selor en Empreva). In de komende weken zal de FOD BOSA formeel worden opgericht en haar werking opstarten. Daarmee is dan ook duidelijk dat de FOD BOSA zal worden opgericht vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten (en de publicatie van het ontwerp van KB dat ter advies voorligt). Zodoende kan al melding worden gemaakt van deze FOD BOSA in het ontwerp ».

Compte tenu de cette explication, la rédaction de l'article 8, § 3, du projet doit être adaptée dans le sens indiqué par le délégué. Une observation similaire peut être formulée à l'égard de la notion de « service public fédéral compétent », figurant aux articles 10, alinéa 2, 23, § 2, alinéa 1^{er}, et 127 du projet.

Article 9

17. L'article 9, alinéa 4, du projet s'énonce comme suit :

« Pour le calcul des délais du présent article (lire : visés dans le présent article), le règlement n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, n'est pas d'application ».

Le rapport au Roi mentionne que l'inapplicabilité du règlement précité « découle du fait que les avis rectificatifs ne sont pas immédiatement visibles pour les opérateurs économiques, en exécution de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, du projet ».

Invité à apporter des éclaircissements à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De betreffende bepaling luidt als volgt:

‘De aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen mag geen andere inhoud hebben dan die bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie. Ze mag niet worden bekendgemaakt vóór de datum van bekendmaking van de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie. Niettemin kan de bekendmaking in ieder geval in het Bulletin der Aanbestedingen geschieden indien de aanbestedende overheid niet binnen twee dagen na de bevestiging van de ontvangst van de aankondiging is geïnformeerd over de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.’

Anders gesteld: de bekendmaking op Belgisch niveau mag niet langer onmiddellijk plaatsvinden. Voortaan moet gewacht worden tot op Europees niveau effectief werd gepubliceerd. Vroeger mocht de bekendmaking op Belgisch niveau niet plaatsvinden vóór de datum waarop de aankondiging naar het Bureau voor Publicaties van de Europese Unie werd verzonden. Nu geldt als referentiepunt de publicatie op Europees niveau. Echter, als deze bekendmaking op Europees niveau te lang op zich laat wachten, mag men toch overgaan tot publicatie op Belgisch niveau. Dit laatste zal het geval zijn indien de aanbestedende overheid niet binnen twee dagen na de bevestiging van de ontvangst van de aankondiging is geïnformeerd over de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Het feit dat ‘gewacht’ moet worden, maximaal twee dagen, op de Europese publicatie, geldt alleen voor de opdrachten die onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking. Dit verantwoordt het onderscheid tussen het tweede en het derde lid.

De berekeningswijze van artikel 9 is niet verenigbaar met verordening nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971. Immers moet ook worden gerekend in dagen vóór de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes. Artikel 3.4 van de voormelde verordening bepaalt bijvoorbeeld dat, indien de laatste dag een feestdag, zondag of zaterdag is, dan de termijn afloopt bij het einde van het laatste uur van de daaropvolgende werkdag. De draagwijdte van de in de vorige zin onderstreepte woorden is onduidelijk indien naar vóór wordt gerekend. Het werd daarom duidelijk geacht om te rekenen in kalenderdagen, en dit voor alle berekeningswijzen in artikel 9 (zowel naar voor als naar achter). Twee berekeningswijzen invoeren in één en hetzelfde artikel werd als te ingewikkeld ervaren. Artikel 167 van de wet laat toe dat afgeweken wordt van verordening nr. 1182/71. De betreffende berekeningen kaderen in een artikel dat niet terug te vinden is in richtlijn 2014/24/EU ».

Les explications fournies par le délégué permettent de déduire pourquoi le règlement n° 1182/71 ne s'applique pas au calcul des délais visé à l'article 9 du projet. Par ailleurs, il serait recommandé d'apporter dans le rapport au Roi quelques précisions supplémentaires concernant le calcul des délais fixés à l'article 9, alinéas 2 et 3, du projet, dès lors que le règlement n° 1182/71 ne s'y applique pas.

18. Si l'auteur d'un texte normatif souhaite qu'un délai comporte tous les jours, le mot « jours » suffit. L'utilisation des mots « jours de calendrier » est déconseillée⁵. Mieux vaudrait dès lors remplacer les mots « jours de calendrier » par le mot « jours » à l'article 9, alinéas 2 et 3, du projet. Il en va de même pour les articles 36, § 2, alinéa 6, et 57, § 2, du projet.

Article 11

19. L'article 11, alinéa 2, du projet, doit viser la norme de droit interne qui s'y rapporte, c'est-à-dire « les révisions visées à l'article 19, alinéa 2, de la loi » (et non : « des révisions prévues à l'article 6 de la 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 »).

Article 12

20. Mieux vaudrait rédiger la première phrase de l'article 12 du projet comme suit :

« Nonobstant l'article 7, § 1^{er}, le pouvoir adjudicateur peut, lorsque des travaux, des fournitures homogènes ou des services atteignent les seuils mentionnés à l'article 11 et sont répartis en lots, déroger à l'application de la publicité européenne pour des lots dont la valeur individuelle estimée est inférieure respectivement à 1.000.000 d'euros pour des travaux et à

⁵ *Guide de légistique*, recommandation n° 95, a).

80.000 euros pour des fournitures et des services, pour autant que leur valeur estimée cumulée n'excède pas vingt pour cent de la valeur estimée cumulée de tous les lots »⁶.

Article 15

21. Dans la phrase introductive de l'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, les mots « en matière de passation de marchés », dans le texte français, ne correspondent pas aux mots « met betrekking tot geplande overheidsopdrachten » dans le texte néerlandais. Cette discordance doit être éliminée.

22. Dans le texte français de l'alinéa 2 de l'article 15, § 1^{er}, on écrira chaque fois – comme c'est le cas dans le texte néerlandais – « avis annonçant la publication d'un avis de préinformation sur un profil d'acheteur » (et non : tantôt « avis de préinformation sur son profil d'acheteur », tantôt « avis annonçant la publication d'un avis de préinformation sur son profil d'acheteur »)⁷.

Article 16

23. Mieux vaudrait rédiger l'article 16 du projet comme suit :

« Conformément à l'article 61 de la loi, un marché fait l'objet d'un avis de marché qui contient les informations mentionnées à l'annexe 4 ».

Ce faisant, la rédaction du texte néerlandais de cet article est davantage alignée sur celle du texte français. Le membre de phrase « Sans préjudice de l'article 42 de la loi et » est omis dans la proposition de texte. En effet, ce membre de phrase est superflu, puisqu'il est déjà inscrit dans la disposition en regard du 1^o de l'article 61, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016; il est en outre incomplet, eu égard aux autres exceptions prévues dans cet alinéa. Le cas échéant, on pourrait encore faire mention de toutes ces exceptions en insérant, après le membre de phrase « Conformément à l'article 61 de la loi », les mots « et sous réserve des exceptions qu'il prévoit ».

La même observation vaut pour l'article 22 du projet.

Article 18

24. Dans la phrase introductive de l'article 18, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, il est juridiquement plus correct de remplacer le segment de phrase « Sans préjudice de l'article 90 de la loi, » par le segment de phrase « Conformément à l'article 90, §§ 1^{er} et 2, de la loi, ». Mieux

⁶ Dans la proposition de texte, le membre de phrase « hors taxe sur la valeur ajoutée » a été omis. En effet, ces mots sont superflus, compte tenu de l'article 3 du projet.

⁷ Voir également le texte français de l'intitulé de l'annexe 3, partie A, du projet et de l'annexe V, A, de la directive 2014/24/UE.

vaudrait dès lors faire débiter l'article 18, § 2, du projet par les mots « Conformément à l'article 90, § 3, de la loi, ».

De même, dans la phrase introductive de l'article 24, alinéa 1^{er}, du projet, on remplacera le segment de phrase « Sans préjudice de l'article 90 de la loi, » par le segment de phrase « Conformément à l'article 90, §§ 1^{er} et 2, de la loi, ».

25. Dans le texte néerlandais de l'article 18, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, on écrira « is de onderhavige paragraaf niet van toepassing » au lieu de « is de onderhavige paragraaf is niet van toepassing ».

Article 23

26. À l'article 23, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet, il y a lieu de remplacer les mots « le code NUTS » par les mots « le code NUTS, visé à l'annexe 12, »⁸.

27. L'article 23, § 2, alinéa 4, 5^o, du projet mentionne la notion de « retrait ». La question se pose toutefois de savoir si on ne vise pas plutôt une « abrogation » et s'il ne faut pas mentionner ce dernier terme⁹.

28. À la fin de l'article 23, § 2, alinéa 5, du projet, relatif à une sélection parmi les candidats qualifiés, la référence aux « articles 65 à 72 » n'est pas conforme au rapport au Roi, qui renvoie à ce sujet aux « articles 66 à 75 ». Les deux textes doivent être mieux harmonisés.

Article 34

29. Les mots « sans la modifier », dans le texte français de l'article 34, § 2, alinéa 2, du projet, n'ont pas d'équivalent dans le texte néerlandais. Cette discordance doit être éliminée.

30. À la fin de l'article 34, § 2, alinéa 3, du projet, il est prévu que le pouvoir adjudicateur peut choisir soit de décider que les prix unitaires sont d'application, soit d'écarter l'offre comme étant irrégulière. Il a été demandé au délégué sur la base de quels critères le pouvoir adjudicateur se laisserait guider pour opérer le choix précité.

Le délégué a répondu comme suit :

« De aanbestedende overheid zal dit beoordelen in functie van de eigenheden van het dossier en niet op basis van vooraf bepaalde criteria. De aanbestedende overheid zal bijvoorbeeld logischerwijze de opgegeven eenheidsprijzen bekrachtigen, indien het een

⁸ Concernant le « code CPV » visé à la fin de la même disposition, voir l'article 2, 40^o, de la loi du 17 juin 2016.

⁹ On peut en effet admettre que l'intention est uniquement de priver l'intéressé, pour l'avenir, de la qualification obtenue dans le cadre d'un système de qualification, c'est-à-dire de l'« abroger », et non que la qualification soit caduque *ab initio* et doive être réputée ne jamais avoir été obtenue, c'est-à-dire être retirée (pour une discussion des deux notions concernées, voir notamment A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 984-985, n^{os} 1042 et suivantes).

fout in een verwaarloosbare post betreft. Het zal waarschijnlijk anders gesteld zijn wanneer het een belangrijke post betreft ».

Il est recommandé de compléter le commentaire que le rapport au Roi consacre à la disposition concernée du projet par un certain nombre d'exemples pratiques qui vont dans le sens de l'exemple donné par le délégué ¹⁰.

Article 36

31. Il a été demandé au délégué ce qu'il faut entendre, à l'article 36, § 2, alinéa 5, du projet, par les mots « postes négligeables ».

Le délégué a répondu comme suit :

« Het is onmogelijk een algemeen bruikbare definitie te geven van wat verwaarloosbaar is en wat niet. Het komt de aanbestedende overheid toe om de situatie te evalueren in functie van de betreffende opdracht ».

On peut comprendre la réponse du délégué. Néanmoins, le régime en projet gagnerait en accessibilité si la notion de « postes négligeables » pouvait être mieux concrétisée par un certain nombre d'exemples dans le rapport au Roi.

32. La rédaction de l'article 36, § 3, du projet ne semble pas laisser de marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur. La question se pose de savoir comment cette disposition doit être comprise en combinaison avec l'article 76, § 4, du projet, qui permet, à certaines conditions, de régulariser une irrégularité substantielle dans la phase suivante de la négociation.

À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het is inderdaad zo dat artikel 36, § 3, geen appreciatiemogelijkheid laat aan de aanbestedende overheid (dat is althans de bedoeling). Wanneer zij na de beoordeling van de ontvangen verantwoordingen vaststelt dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten of het totale offertebedrag een abnormaal laag karakter vertoont, dan moet ze de offerte weren, zonder dat nog op enigerlei wijze een regularisatiemogelijkheid zou kunnen worden onder ogen genomen. Overeenkomstig artikel 36, § 1, kan zij er echter voor kiezen, in een procedure met meerdere onderhandelingsrondes, om de bevraging uit te voeren op de laatst ingediende offertes. In dat geval zal ze eerder in deze fase ook geen verantwoordingen ontvangen ».

Les auteurs du projet devront apprécier s'il ne faut pas préciser plus avant dans le rapport au Roi la connexité entre les dispositions précitées du projet.

¹⁰ Une suggestion analogue peut être formulée pour d'autres dispositions du projet, tels les articles 86, § 2, alinéa 1^{er}, et 89, alinéa 4, du projet.

33. À la question de savoir s'il ne faut pas compléter l'article 36, § 3, du projet par des dispositions relatives à la constatation d'un prix ou d'un coût anormalement élevé, compte tenu de l'article 36, § 5, alinéas 1^{er} et 4, le délégué a répondu ce qui suit :

« Artikel 36, § 3, heeft betrekking op de sanctionering van abnormale prijzen. In het initiële voorstel was in artikel 36, § 3, sprake van een (verplichte) wering omwille van de vaststelling van een abnormaal hoge prijs of kost. Deze verplichte wering werd in de politieke besprekingen als te streng ervaren. Deze sanctie werd dan ook geschrapt. In het kader van de politieke besprekingen werd daarbij gedacht aan situaties waarin in het kader van de prijzen- of kostenbevraging om verantwoording wordt verzocht van bepaalde posten van een inschrijver(s) die wel abnormaal hoog lijken, maar waarbij de beweerde abnormaliteit te wijten is aan de abnormaal lage prijzen van meerdere andere inschrijvers. In sommige sectoren waarin praktijken inzake sociale dumping worden vastgesteld kan dit scenario, nog steeds volgens de bedoelde politieke besprekingen, niet uitgesloten worden.

Ingevolge de schrapping werd ook de vijfde paragraaf aangepast (evenwel niet volledig, zie *infra*). In het eerste lid van de vijfde paragraaf, in verband met de kennisgeving aan de Auditeur-generaal van de BMA, werd het onderscheid gemaakt tussen een abnormaal lage prijs dan wel kost, in welk geval de offerte wordt geweerd, en het geval waarbij een abnormaal hoge prijs of kost wordt vastgesteld. In dat laatste geval is er niet noodzakelijk sprake van wering. Er zal echter wel sprake zijn van verplichte wering in het in artikel 5, § 2, 1^o, van de wet bedoelde geval, waarbij de aanbestedende overheid ook mededingingsverstorende handelingen vaststelt. Er zal ook altijd sprake zijn van verplichte wering wanneer het een offerte betreft van de inschrijver aan wie ze voornemens is te gunnen, maar die niet voldoet aan de in artikel 7 van de wet bedoelde verplichtingen op het vlak van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, tenminste wanneer het een verplichting betreft waarvan de niet-naleving ook strafrechtelijk betoegeld wordt.

De vaststelling van abnormaal hoge prijzen kan voor de aanbestedende overheid ook een reden zijn om de opdracht niet te gunnen overeenkomstig artikel 85 van de wet, wanneer ingevolge de toepassing van de gunningscriteria de offerte met abnormaal hoge prijzen de best geklasseerde offerte is.

In de vijfde paragraaf, vierde lid, aangaande de kennisgeving aan de Commissie voor de erkenning van aannemers, is per vergissing nog steeds sprake van wering op basis van een abnormaal hoge prijs. Dit zal rechtgezet worden ».

Nonobstant l'explication circonstanciée du délégué, la question se pose encore de savoir s'il ne serait néanmoins pas préférable que la manière dont un pouvoir adjudicateur peut constater un prix ou un coût anormalement élevé soit expressément réglée dans le projet, comme c'est d'ailleurs le cas à l'article 36, §§ 3 et 4, du projet pour le caractère anormalement bas des prix ou des coûts.

34. Il a été demandé au délégué pourquoi, dans le cadre de l'application de l'article 36, § 3, alinéa 2, du projet, le respect des obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, est, du point de vue de prix ou de coûts anormalement bas, uniquement apprécié au regard du « montant total de l'offre » et non également au regard du « montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) », comme c'est le cas à l'alinéa 1^{er}, 1^o, de ce paragraphe.

Le délégué a répondu à cette question comme suit :

« Het tweede lid van de derde paragraaf is nodig om de conformiteit met de richtlijn te bewaren, alsook om het belang aan te tonen, in het kader van de bevraging rond abnormale prijzen/kosten, van het nazicht van de betreffende verplichtingen op het gebied van het milieu, sociaal- of arbeidsrecht, maar dit tweede lid volgt strikt genomen reeds uit het eerste lid. Om die reden zou een eventuele toetsing op postenniveau eigenlijk ook niets wijzigen. Echter, aangezien het merendeel van de posten niet of slechts onrechtstreeks verband houdt met het milieu, sociaal of arbeidsrecht, leek een eerder letterlijke overname van de richtlijnbevestiging het meest aangewezen. De betreffende bepaling van de richtlijn luidt als volgt:

‘De aanbestedende diensten wijzen de inschrijving af wanneer zij hebben vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen.’

Bovendien moet herinnerd worden aan artikel 66, § 1, tweede lid, van de wet, waarin reeds is voorzien in een weringsplicht dan wel een weringsmogelijkheid wegens vaststelling dat de offerte van de inschrijver aan wie de aanbestedende overheid voornemens is te gunnen, niet voldoet aan het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, afhankelijk van het feit of het al dan niet een strafrechtelijk beteugelde bepaling betreft.

Gezien de diverse weringsplichten en weringsmogelijkheden werd het raadzaam geacht de bewoordingen van artikel 36, § 3, lid 2, zo eenvoudig mogelijk te houden ».

Le Conseil d'État estime que ces explications sont suffisamment plausibles.

35. L'article 36, § 3, alinéa 3, du projet vise uniquement l'alinéa 1^{er}. La question se pose toutefois de savoir si l'intention est que l'on ne puisse pas tenir compte d'informations ne provenant pas du soumissionnaire lors de l'évaluation faite dans le cadre de l'alinéa 2 de ce paragraphe. À cet égard, le délégué a communiqué que telle « niet de bedoeling is ». Toutefois, l'article 36, § 3, alinéa 3, pourrait donner une autre impression. Mieux vaudrait dès lors adapter sa rédaction.

36. Le délégué a confirmé qu'à l'article 36, § 5, alinéa 4, du projet, il faut écrire « est rejetée sur [la] base du caractère anormalement bas du prix ou du coût » (et non : « est rejetée sur base du caractère anormalement élevé ou bas du prix ou du coût »), à l'instar de l'alinéa premier du même paragraphe.

Article 38

37. Il a été demandé au délégué comment les exceptions mentionnées à l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, se concilient avec l'article 59 de la directive 2014/24/UE. Le délégué a répondu à cette question comme suit :

« In dit verband kan verwezen worden naar de voetnoot 5 van bijlage 1 – ‘Gebruiksaanwijzing’ van de Uitvoeringsverordening 2016/7 van de Europese Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, alwaar wordt gesteld, omtrent de principiële verplichting om het UEA voor te leggen, dat het in sommige gevallen geheel niet passend zou zijn om de overlegging van het UEA te verlangen, of dat dit totaal onnodige

administratieve lasten met zich zou meebrengen, hetgeen niet de bedoeling kan zijn geweest. Dit is meer bepaald zo in de volgende gevallen waarbij gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking:

1° wanneer er maar één van te voren vaststaande deelnemer mogelijk is (zie art. 32, lid 2, onder b), lid 3, onder b), lid 3, onder d), en lid 5 van richtlijn 2014/24/EU);

2° vanwege de betrokken spoed (art. 32, lid 2, onder c), van richtlijn 2014/24/EU) of vanwege de bijzondere kenmerken van de transactie inzake op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte producten (art. 32, lid 3, onder c), van richtlijn 2014/24/EU).

Anders gesteld: volgens de Europese Commissie volgt uit artikel 32 van richtlijn 2014/24/EU dat in de hierboven bedoelde hypothesen waarbij gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, dat de overlegging van het UEA niet verplicht is. Volgens de Europese Commissie blijkt het verplicht karakter van het UEA niet éénzijdig uit artikel 59 van richtlijn 2014/24/EU zelf maar moet dit afgeleid worden uit de gecombineerde lezing van onder meer de artikelen 34 (mogelijkheid voor aanbestedende overheden om op ieder moment tijdens de geldigheidstermijn van het dynamisch aankoopstelsel een geactualiseerde versie UEA op te vragen), 59 en de artikelen 71.5 en 71.6.b (mogelijkheid voor de lidstaten om te bepalen dat de UEA's worden voorgelegd van de onderaannemers om na te gaan of in hun hoofde geen gronden tot uitsluiting bestaan). Met andere woorden blijkt het verplicht karakter slechts onrechtstreeks uit de samenlezing van de artikelen 34, 59 en 71. In sommige uitzonderlijke situaties waarbij gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging, ontstaat dan ook de interpretatiemarge die kan verantwoorden waarom het UEA in de opgegeven gevallen toch niet moet worden overgelegd. Het feit dat dit niet verplicht is vloeit dan voort uit artikel 32 van richtlijn 2014/24/EU en de specifieke aard van sommige van de aldaar opgesomde gevallen. De interpretatie dat het UEA verplicht is ingevolge de gecombineerde lezing van de artikelen 34, 59 en 71 mag er langs de andere kant niet toe leiden dat een absurde lezing zou moeten gegeven worden aan artikel 32 ».

Il est recommandé de préciser, également dans le rapport au Roi, l'articulation ainsi définie de l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, avec l'article 59 de la directive 2014/24/UE.

38. À la fin du texte néerlandais de l'article 38, § 2, alinéa 2, du projet, on visera « het eerste lid, 2° » (et non : « het eerste lid 1, 2° »).

Article 41

39. À l'article 41 du projet, les mots « les règles relatives aux signatures électroniques et aux moyens de communication », dans le texte français, ne correspondent pas aux mots « de regels inzake ondertekening en de te gebruiken communicatiemiddelen » dans le texte néerlandais. Cette discordance doit être éliminée.

Article 42

40. Dans le texte français de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, on écrira « la procédure négociée directe avec publication préalable » (et non : « la procédure directe avec publication préalable »).

Article 44

41. L'article 44, § 2, alinéas 2 et 4, du projet semble exclusivement axé sur la représentation d'une personne domiciliée ou établie en Belgique¹¹. Il a été demandé au délégué s'il ne faut pas prévoir un équivalent à ces dispositions pour les personnes étrangères et compléter le texte du projet sur ce point.

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

« Wat de publicatie in het Belgisch Staatsblad betreft lijkt dit niet nodig, gelet op de woorden 'in voorkomend geval' in het begin van het derde [lees: tweede] lid.

Het andere aspect, in verband indieningsrapport dat namens een rechtspersoon wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van deze rechtspersoon, die enkel een verbintenis aangaat voor eigen naam en rekening, is inderdaad problematisch.

Als alternatief zou de volgende formulering overwogen kunnen worden:

‘Het indieningsrapport dat namens een rechtspersoon elektronisch wordt ondertekend door middel van een certificaat op naam van deze rechtspersoon, die daarbij enkel een verbintenis aangaat voor eigen naam en rekening, vereist geen bijkomende volmacht’ ».

On peut se rallier à la proposition de texte du délégué. On écrira toutefois « in eigen naam en voor eigen rekening ».

Article 51

42. Il a été demandé au délégué s'il n'est pas conseillé d'étendre l'énumération de situations menant à un conflit d'intérêts, compte tenu de l'énumération de situations figurant à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016.

À ce sujet, le délégué a répondu qu'il est « inderdaad raadzaam om de tekst aldus te vervolledigen en het woord rechtstreeks te schrappen ».

43. À la fin de l'article 51, alinéa 2, du projet, on écrira « tout autre type de fin des activités précédentes » (et non : « tout autre type de départ »).

¹¹ Voir l'article XII.25, § 3, du Code de droit économique, visé à l'article 44, § 2, alinéa 4, du projet.

Article 59

44. À la fin du texte néerlandais de l'article 59, 1°, du projet, on écrira « om de inlichtingen te verkrijgen » (et non : « om de inlichtingen te komen »).

45. Dans la mesure où l'article 59, 2°, du projet concerne des documents et informations auxquels s'applique déjà le principe de la collecte unique des données prévu par la loi du 16 janvier 2003¹², la rédaction de cette disposition est trop générale parce qu'elle donne à penser qu'elle déroge à ce principe légal, alors que ce n'est pas possible¹³. On peut envisager d'explicitier à l'article 59, 2°, du projet qu'on vise des documents et informations qui ne peuvent pas être obtenus en application de la loi du 16 janvier 2003.

Article 61

46. Par analogie avec le texte français, on supprimera dans le texte néerlandais de l'article 61, 4°, du projet le mot « respectievelijk ».

47. L'article 61, 5° et 6°, du projet fait référence à certaines dispositions de directives. Il y aurait lieu toutefois de renvoyer aux règles de droit interne qui ont transposé dans le droit national les dispositions concernées des directives.

Article 63

48. À l'article 63, § 3, alinéa 1^{er}, du projet, il y a lieu de supprimer les mots « envers le Service public fédéral Finances » après les mots « obligations fiscales », eu égard au deuxième alinéa subséquent qui prévoit que « [l']attestation visée à l'alinéa 1^{er} est délivrée par l'autorité compétente belge et/ou étrangère et certifie que le candidat ou le soumissionnaire est en règle avec ses obligations fiscales selon les dispositions légales du pays où il est établi ».

Dans le prolongement de ce qui précède, on écrira à l'article 63, § 4, du projet « en interrogeant le Service public fédéral Finances pour autant que celui-ci délivre à cet effet les attestations demandées par le pouvoir adjudicateur » (et non : « le Service public fédéral Finances qui délivre à cet effet les attestations (...) »).

Article 67

49. Dans le texte néerlandais de l'article 67, § 2, du projet, la première phrase doit viser « de in paragraaf 1, tweede lid, 1°, bedoelde jaarrekeningen » (et non : « paragraaf 1, tweede lid 2, 1° »).

¹² 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'.

¹³ Voir en outre l'article 73, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

50. À la fin de l'article 67, § 3, alinéa 2, du projet, mieux vaudrait mentionner « les informations à conserver visées à l'article 164, § 1^{er}, de la loi » (et non : « à l'article 164 »)¹⁴.

Article 68

51. Par analogie avec le texte français, on complétera la phrase introductive du texte néerlandais de l'article 68, § 4, du projet par le mot « zijn ».

52. À la fin des dispositions en regard des 3^o et 5^o de l'article 68, § 4, du projet, les termes « étude et [...] recherche », dans le texte français, ne correspondent pas aux termes « ontwerpen en onderzoek » dans le texte néerlandais. Il conviendrait de mieux harmoniser les deux textes.

53. À l'article 68, § 4, 9^o, du projet, il y a également une discordance entre les textes français (« la réalisation du marché ») et néerlandais (« het verlenen van de opdracht »). Les deux textes doivent également être uniformisés sur ce point.

54. Dans la phrase introductive de l'article 68, § 4, 11^o, du projet, on remplacera les mots « les marchés de fournitures » par les mots « les produits à fournir »¹⁵.

Article 70

55. L'article 70, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et alinéa 2, 3^o, du projet doit renvoyer respectivement à « l'article 3, § 1^{er}, » et à « l'article 3, § 1^{er}, 2^o, » de la loi du 20 mars 1991 'organisant l'agrégation (lire : l'agrément) d'entrepreneurs de travaux'.

56. À l'article 70, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, les mots « aan de voorwaarden ertoe voldoen of nog », dans le texte néerlandais, n'ont pas d'équivalent dans le texte français. Cette discordance doit être éliminée.

57. À l'article 70, §§ 2, alinéa 3, 3, alinéa 2, et 4, alinéa 3, du projet, on écrira chaque fois « dans les cas visés à l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, b) et d), 2^o, 3^o, 4^o, b) et c), de la loi ».

58. Dans le texte néerlandais de l'article 70, § 4, alinéa 2, du projet, on écrira « certificaten » et non « getuigschriften ». Ainsi, une terminologie uniforme est également utilisée dans le texte néerlandais de l'article 70, § 4, alinéas 1^{er} et 2.

¹⁴ L'article 164, § 2, de la loi du 17 juin 2016 concerne le titre 3 de cette loi (et donc pas les marchés publics dans les secteurs classiques, mais dans les secteurs spéciaux). Il n'est pas non plus nécessaire de mentionner les autres paragraphes de l'article 164 de la loi.

¹⁵ Voir la directive 2014/24/UE, annexe XII, partie II, k). Les mots « marchés de fournitures » ont une portée plus limitée. En effet, des produits peuvent également devoir être fournis dans le cadre d'autres types de marchés (par exemple les marchés mixtes).

Une observation similaire peut être formulée en ce qui concerne l'article 72, § 2, alinéa 1^{er}, 2°, alinéas 2 et 3, du projet.

Article 72

59. De l'accord du délégué, la phrase introductive de l'article 72, § 2, alinéa 1^{er}, du projet doit viser successivement « l'article 67, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi » du 17 juin 2016 (et non : « l'article 67, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi ») et les « articles 67 à 69 de la loi » (et non : « articles 67 à 70 de la loi »).

60. Pour se conformer au texte français, on mentionnera, dans le texte néerlandais de l'article 72, § 2, alinéa 1^{er}, 1°, du projet, « verplichte uitsluitingsgronden » (et non : « uitsluitingsgronden »). Par ailleurs, on omettra les mots « de lidstaat of ». On supprimera dès lors ces mots dans l'article 72, § 2, alinéa 2, du projet.

61. Il a été demandé au délégué si, à l'article 72, § 2, alinéas 2 et 3, du projet, une référence aux cas visés à « l'alinéa 1^{er} » ne peut pas chaque fois suffire, eu égard aux références inscrites à l'article 60, paragraphe 2, premier et deuxième alinéas, de la directive 2014/24/UE.

Le délégué a répondu à cette question comme suit :

« Les références sont en effet erronées. Il ne peut toutefois être uniquement fait référence à l'alinéa 1^{er} qui reprend tous les cas d'exclusion. Cette référence est trop large.

Il convient de viser, selon la directive 2014/24/UE, les motifs d'exclusions obligatoires (article 67 de la loi), les dettes sociales et fiscales (article 68 de la loi) et l'état de faillite repris dans les motifs d'exclusion facultatifs (article 69, 2°, de la loi). Aucune référence ne doit être faite aux autres motifs d'exclusion facultatifs ».

Il ressort de la réponse du délégué que les références dans l'article 72, § 2, alinéas 2 et 3, du projet doivent être adaptées.

Article 73

62. On n'aperçoit pas pourquoi l'on a pas aligné l'article 73, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, sur le plan rédactionnel, sur la première phrase de l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2014/24/UE, en écrivant :

« Le pouvoir adjudicateur vérifie, conformément aux articles 73 à 76 de la loi, si les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection applicables et s'il existe pour elles des motifs d'exclusion, sans préjudice de la possibilité de mesures correctrices conformément à l'article 70 de la loi ».

Il serait également plus conforme à la disposition précitée de la directive de remplacer, plus loin dans l'article 73, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, les mots « critère de sélection susmentionné » par les mots « un critère de sélection applicable »¹⁶.

Article 75

63. Dans la dernière phrase de l'article 75, alinéa 1^{er}, du projet, on écrira « vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68 de la loi et aux articles 62 et 63 du présent arrêté » (et non : « aux articles 63 et 64 du présent arrêté »). Ainsi, la rédaction de l'article 75, alinéa 1^{er}, et celle de l'alinéa 2, 1^o, de l'article 75 du projet, est uniformisée.

Article 76

64. Dans le texte néerlandais de l'article 76, § 5, du projet, on écrira « met een geraamde waarde lager dan de drempel ».

Article 83

65. La question se pose de savoir s'il ne vaudrait pas mieux omettre les mots « Quelle qu'en soit la cause », dans la deuxième phrase de l'article 83 du projet, qui indiquent que les demandes de participation ou les offres parvenues tardivement ne sont pas acceptées. En effet, l'article s'applique « [s]ans préjudice de l'article 57 » qui prévoit précisément la possibilité de reporter la date ultime d'introduction. En outre, selon le délégué, l'intention n'est pas d'exclure pour cause de force majeure la possibilité d'accepter des demandes de participation ou des offres parvenues tardivement.

Une question similaire se pose à l'égard de l'article 92 du projet qui prévoit également que « [q]uelle qu'en soit la cause, les offres parvenues tardivement ne sont pas acceptées ».

Article 87

66. Il a été demandé au délégué si l'irrégularité mentionnée à la fin de l'article 87, § 1^{er}, alinéa 4, du projet, présente un caractère substantiel ou non.

À ce sujet, le délégué a donné les précisions suivantes :

« Pour savoir si l'irrégularité visée à l'article 87 est substantielle ou non, il faut se référer ici à l'article 76, § 1^{er}, al 3 du projet : 'Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.' »

¹⁶ En effet, l'article 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet mentionne différents critères de sélection.

Lorsqu'un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre ou autorisée et qu'il n'est pas possible de ne pas prendre cela en considération, les conditions de 76, § 1^{er}, al 3 seront souvent remplies. L'offre devra alors être déclarée irrégulière. Elle ne pourra être prise en considération que lorsque le supplément de prix ou la contrepartie à une option libre ou autorisée, n'est pas prise en considération ».

67. Le texte néerlandais de l'article 87, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, ne comporte aucun membre de phrase qui correspond au membre de phrase « , afin de les départager, » dans le texte français de cette disposition. Cette discordance doit être éliminée.

Article 88

68. Dans les différents alinéas de l'article 88 du projet, le texte français fait mention du mot « notification ». Le texte néerlandais mentionne chaque fois le terme « betekening ». Conformément à l'article 32 du Code judiciaire, la notion de « betekening » (« signification » en français) est exclusivement utilisée pour les exploits d'huissier de justice, tandis que pour les envois par les services postaux, on utilise le terme « kennisgeving » (« notification » en français). La question se pose dès lors de savoir s'il n'est pas préférable de faire chaque fois état de la notion de « kennisgeving » dans le texte néerlandais des différents alinéas de l'article 88 du projet.

La même question se pose à l'égard du texte néerlandais de l'article 95, 2°, du projet.

Article 91

69. Le commentaire que le rapport au Roi consacre à l'article 91 du projet fait référence à tort à « l'article 10, alinéa 1^{er}, 2° ou 3°, » du projet. Cette référence ne correspond toutefois pas à la référence à « l'article 11, alinéa 1^{er}, 2°, ou 3°, » qui figure à l'article 91, 2°, du projet. Il y a lieu de corriger le texte du rapport au Roi sur ce point.

Article 93

70. L'article 93, alinéa 2, du projet s'analyse – selon le commentaire du rapport au Roi – comme une « clarification par rapport à » l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi du 17 juin 2016. Il est recommandé à l'article 93, alinéa 2, du projet d'indiquer le lien avec la disposition législative précitée en écrivant dans la deuxième phrase de cet alinéa « Conformément à l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi, les documents du marché peuvent néanmoins déroger au présent alinéa ».

71. Le commentaire que le rapport au Roi donne de l'article 93, alinéa 2, du projet mentionne erronément « les articles 64 à 70 ». L'article 93, alinéa 2, du projet vise toutefois « [l]es articles 65 à 70 ». La rédaction du rapport au Roi doit être adaptée en conséquence.

Article 94

72. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 94 du projet, on écrira « een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking » au lieu de « een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking »¹⁷.

73. Le délégué confirme que la référence, à la fin de l'article 94, 4°, du projet, doit être étendue à l'ensemble « [des] cas visés à l'article 42, § 3, alinéa 2, de la loi [du 17 juin 2016] » (et non : « les cas visés à l'article 42, § 3, alinéa 2, 1°, de la loi »).

Article 95

74. Dans le texte français de la phrase introductive de l'article 95 du projet, on écrira, conformément au texte néerlandais, « par procédure concurrentielle avec négociation ou par procédure négociée sans publication préalable ». Les procédures concernées ne peuvent en effet pas être appliquées simultanément à un seul marché.

Article 101

75. Dans le texte néerlandais de l'article 101, 1°, du projet, il y a lieu de viser « de uitvoeringsverordening (EU) 2015/1986 van de Commissie van 11 november 2015 tot vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten en tot intrekking van uitvoeringsverordening (EU) nummer 842/2011 ».

76. Le texte français de l'article 101, 4°, du projet ne reproduit pas les mots « tegelijk met de bekendmaking van de opdracht », qui figurent dans le texte néerlandais. Cette discordance doit être éliminée.

Article 105

77. Dans le texte français de l'article 105, 2°, du projet, on écrira « l'avis d'attribution de marché » (et non : « l'avis d'attribution »).

Article 108

78. Pour se conformer à la dernière phrase à transposer de l'article 35, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE, on remplacera à l'article 108, alinéa 6, du projet les mots « deux jours » par les mots « deux jours ouvrables ».

¹⁷ Voir le texte français de la phrase introductive et, notamment, l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016.

Article 116

79. Dans le texte néerlandais de l'article 116, alinéa 2, du projet, il semble qu'il soit préférable de remplacer le mot « gegadigden » par le mot « kandidaten »¹⁸.

Article 117

80. Dans le texte néerlandais de l'article 117, 1°, du projet, on remplacera, conformément au texte français de cette disposition, le terme « gunnen » par le terme plus adéquat « plaatsen »¹⁹.

Pour un motif analogue, on remplacera dans le texte néerlandais de l'article 122, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, du projet le mot « gunningsprocedure » par le mot « plaatsingsprocedure ».

Article 118

81. À l'exception du remplacement du mot « kandidaten » par le mot « gegadigden »²⁰, l'article 118 du projet ne fait que reproduire ce que prévoit déjà l'article 50, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016. Il n'appartient pas au pouvoir exécutif de simplement confirmer ce que dispose la loi. Mieux vaudrait dès lors omettre l'article 118 du projet.

Article 122

82. L'article 122, § 3, du projet est superflu et doit être omis. En effet, ce que prévoit ce paragraphe découle déjà de la référence que l'article 123, alinéa 1^{er}, fait à l'article 10 du projet. Cette référence implique que le dernier article cité, en tant qu'élément des dispositions en matière de publicité du titre 1, chapitre 3, est rendu applicable aux concours.

Titre 7 – Intitulé et article 126

83. Dans l'intitulé du titre 7 et dans l'article 126 du projet, les mots « procédure judiciaire » seront remplacés par le mot « procédure ». En effet, il ressort de l'article 28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, a) et b) (et non : « l'article 28, § 1^{er}, 4°, a) et b) »), de la loi du 17 juin 2016 que les marchés publics (et non : « marchés ») visés dans cette disposition légale ainsi que dans l'article 126 du projet ne doivent pas nécessairement porter sur une procédure devant une autorité juridictionnelle.

¹⁸ Voir notamment, dès lors que cette disposition concerne des marchés passés sur la base d'un système d'acquisition dynamique, l'article 44, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

¹⁹ Voir en effet les mots « prijsvragen organiseren die als onderdeel van een procedure (...) worden uitgeschreven » à l'article 117, 1°, du projet. Comparer en outre avec les définitions des notions « plaatsing » et « gunning » à l'article 2, 37° et 38°, de la loi du 17 juin 2016.

²⁰ À propos d'un tel remplacement, voir aussi l'observation 79.

Article 128

84. À l'article 128 du projet, on fera encore mention de l'arrêté ministériel du 22 décembre 2015, qui a modifié l'arrêté royal du 15 juillet 2011 à abroger.

Articles 129 et 130

85. Le délégué a été invité à répondre à un certain nombre de questions concernant notamment la compatibilité du régime transitoire élaboré aux articles 129 et 130 du projet avec les dispositions transitoires de la directive 2014/24/UE.

85.1. L'article 90, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2014/24/UE mentionne le segment de phrase « hormis lorsque l'utilisation de moyens électroniques est obligatoire conformément aux articles 34, 35 ou 36, à l'article 37, paragraphe 3, à l'article 51, paragraphe 2, ou à l'article 53 ». Par conséquent, la question peut se poser de savoir si l'article 90, paragraphes 1 et 2, premier alinéa, de la directive n'exige pas que l'article 129 du projet prévoie une exception à l'application éventuelle de ce dernier article s'il est obligatoire de faire usage de moyens électroniques dans le cadre de l'application des dispositions de droit interne qui visent à transposer les articles de la directive auxquels fait référence le membre de phrase précité de l'article 90, paragraphe 2, premier alinéa de la directive.

Le délégué a répondu comme suit :

« Il est en effet nécessaire de prévoir des exceptions à la possibilité de ne pas faire usage des moyens de communication électroniques et ce,

- pour le système d'acquisition dynamique (art 34 de la directive),
- l'enchère électronique (article 35 de la directive),
- les catalogues électroniques (article 36 de la directive),
- l'article 37, § 3 (dans la mesure où il s'agit d'une procédure de passation menée par un centrale d'achat),
- l'article 51, § 2 (dans la mesure où l'avis de préinformation, l'avis de marché et l'avis d'attribution doivent être publiés de manière électronique) et
- l'article 53 (mise à disposition des documents de marché).

Des références analogues à ce qui est prévu dans la directive doivent dès lors être insérées dans le projet ».

85.2. Il a été demandé au délégué si l'énumération des dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, figurant aux articles 129, alinéa 2, 1^o, et 130, alinéa 2, 1^o, du projet, est adéquate dans tous les cas où un pouvoir adjudicateur applique, pour une procédure de passation autre que la procédure ouverte ou restreinte, la possibilité prévue par les articles 129, alinéa 1^{er}, et 130, alinéa 1^{er}, du projet.

Le délégué a répondu comme suit :

« Bij nader inzien stellen we vast dat de werkwijze van artikel 129, dus voor de opdrachten die de drempel voor de Europese bekendmaking bereiken, niet in

overeenstemming valt te brengen met de keuzemogelijkheid die artikel 90.2, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU laat aan de aanbestedende overheid, wanneer een lidstaat een overgangperiode wenst in te voeren. Het antwoord dat volgt heeft dan ook alleen betrekking op artikel 130 omtrent de opdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking. De bewoordingen van artikel 129 zullen moeten worden afgestemd op artikel 90.2, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU. Andere mogelijkheid is artikel 129 te schrappen.

Er kan eveneens gebruik worden gemaakt van de overgangsmaatregel in andere dan de openbare of niet-openbare procedure, bijvoorbeeld in de mededingingsprocedure met onderhandeling. Daartoe is niet vereist dat de aanbestedende overheid de bepalingen van het KB van 15 juli 2011 waarnaar wordt verwezen van toepassing verklaart. Als geen elektronische communicatiemiddelen worden gebruikt, dan is duidelijk aangegeven dat papieren communicatiemiddelen moeten worden aangewend. De overgangsmaatregel geldt wel alleen wat de afwijking op het verplicht gebruik van elektronische communicatiemiddelen betreft. Een reeks andere artikelen van de wet en van het ontwerp blijven van toepassing.

Stel bijvoorbeeld dat een aanbestedende overheid bij een mededingingsprocedure met onderhandeling gebruik wenst te maken van de overgangsmaatregel. In dat geval moeten papieren communicatiemiddelen worden aangewend voor de indiening van de offerte. Ook artikel 14, § 6, van de wet, is van toepassing. De aanbesteder moet er dus voor zorgen dat de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de offertes gewaarborgd zijn. Hij mag pas na het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening kennis nemen van de inhoud van de aanvragen tot deelneming en de offertes. Daarnaast zullen heel wat bepalingen uit de wet en met name de beginselen van toepassing blijven.

Ook het artikelen 95 van het ontwerp (overname van artikel 110, lid 1 van het KB van 15 juli 2011) blijft in dat geval van toepassing.

De aanbestedende overheid kan er in de voormelde voorbeeld ook voor kiezen om de bepalingen van het KB van 15 juli 2011 waarnaar wordt verwezen van toepassing te verklaren. In dat laatste geval zal een openingszitting moeten worden georganiseerd, etc..

De werkwijze in de overgangperiode sluit aan op de regeling vervat in de artikelen 106 tot 110 van het KB van 15 juli 2011, waarbij er relatief weinig regels zijn opgelegd voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Wellicht is een verduidelijking aangewezen voor artikel 130. Een andere mogelijkheid is ook daar de bepaling af te stemmen op artikel 90.2, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU.

Volledigheidshalve wordt er nog op gewezen dat artikel 100 van het ontwerp (overname van artikel 114, § 3 van het KB van 15 juli 2011) van toepassing zal blijven indien een aanbestedende overheid in geval van een concurrentiegericht dialoog gebruik wenst te maken van de overgangperiode ».

85.3. L'article 129, alinéa 2, 2°, du projet prévoit notamment que lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le retrait d'une offre « peut également être signifié par télécopie ou par un moyen électronique ». Il a été demandé au délégué si le projet est conforme sur ce point à l'article 90, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2014/24/UE, d'autant que l'application de cette disposition de la directive n'est pas limitée au retrait d'une offre ni à « une procédure ouverte ou restreinte ».

Le délégué a confirmé que l'article 129, alinéa 2, 2°, du projet n'est effectivement pas conforme à la directive précitée et que pour ce motif – et abstraction faite de la réponse reproduite au point 85.2 –, cette disposition ne peut être maintenue telle quelle dans le projet.

85.4. Il se déduit des réponses du délégué reproduites aux points 85.1 à 85.3 que le régime transitoire élaboré dans le projet doit être revu sur divers points et aligné sur les dispositions transitoires de la directive 2014/24/UE. À cet égard, il faudra également veiller à ce que la conformité avec la directive reste garantie en ce qui concerne l'application de l'article 129 du projet, une fois que la date du 17 octobre 2018, mentionnée à l'article 129, alinéa 1^{er}, du projet sera échue²¹.

Articles 132 et 133

86. L'article 132 du projet fixe au 30 juin 2017 la date d'entrée en vigueur des dispositions concernées de la loi du 17 juin 2016 « pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date ».

La phrase introductive de l'article 133 du projet contient une restriction analogue du champ d'application de la disposition d'entrée en vigueur en projet.

Il a été demandé au délégué de quelle manière de telles restrictions s'articulent avec la directive 2014/24/UE et si, pour des restrictions de cette nature, un point de référence peut être trouvé dans la directive.

Le délégué a répondu à cette question comme suit :

« Une disposition similaire existait dans l'AR du 2 juin 2013 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.

Une telle disposition vise à éviter que d'autres règles en matière de communication soient rendues applicables au cours de la passation d'un même marché. En pratique, une telle adaptation au cours de la procédure serait source d'insécurité juridique ; les parties ne sachant plus quelles règles appliquer.

L'article 4 de la directive 2014/24/UE prévoit que la valeur estimée est déterminante pour savoir si le marché entre dans le champ d'application de la directive, en sachant que cette valeur doit être valable au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence, ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché (et pas à un moment ultérieur). La valeur estimée doit encore être valable au moment où le pouvoir adjudicateur lance la procédure. Cet élément doit être considéré comme l'élément déclencheur pour déterminer les règles à respecter. Changer ces règles en cours de procédure conduirait à des situations absurdes. L'avis de marché ferait par exemple référence à une procédure négociée avec publicité (en ce compris les règles y applicables), tandis que la procédure appliquerait

²¹ Voir l'article 129, alinéa 3, du projet.

finalement les nouvelles règles de la procédure concurrentielle avec négociation. La volonté du législateur européen n'est pas de créer une telle insécurité juridique.

A titre l'exemple, on peut citer l'obligation dans le cas d'un marché réservé de renvoyer à l'article correspondant de la directive dans l'appel à la concurrence, n'a pas de sens si ces règles changent en cours de procédure (l'article 19 de la directive 2004/18/CE demande de faire référence au présent article ; une disposition similaire se retrouve à l'article 20 de la nouvelle directive 2014/24/UE) ».

L'explication fournie par le délégué ne permet pas de déterminer que la restriction du champ d'application des dispositions fixant l'entrée en vigueur des articles 132 et 133 du projet se fonde sur une disposition claire de la directive 2014/24/UE. Les auteurs du projet seraient bien avisés de préciser la restriction en question dans le rapport au Roi et d'indiquer plus clairement comment elle se positionne par rapport à la directive 2014/24/UE ²².

87. Dans un souci de lisibilité, on écrira dans la phrase introductive de l'article 133 du projet : « (...) entrent en vigueur à partir d'une des dates suivantes pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de la date concernée, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de la date concernée ».

Annexes

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

L'annexe doit porter *in fine* la mention « Vu pour être annexé à l'arrêté royal du (...) » et être revêtue des mêmes date et signatures que celles de l'arrêté auquel elle est jointe ²³.

89. À l'exception des deux dernières annexes, toutes les annexes jointes au projet visent systématiquement des dispositions erronées du dispositif. On peut mentionner :

- l'annexe 1, qui doit viser « l'article 5 » (et non : « l'article 4, § 1, ») ;

- l'annexe 2, qui doit chaque fois (dans ses parties A et B) viser « l'article 11, alinéa 1^{er}, 2^o, » (et non : « l'article 10, alinéa 1^{er}, 2^o, ») ;

- l'annexe 3, qui doit viser, dans sa partie A, « l'article 15, § 1^{er}, alinéa 2 » (et non : « l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2 ») et, dans sa partie B, « l'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er} » (et non : « l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er} ») ;

- l'annexe 4, qui doit viser les « articles 16 et 22 » (et non : les « articles 15 et 21 ») ;

- l'annexe 5, qui doit viser « l'article 17 » (et non : « l'article 16 ») ;

²² D'autant que la date limite pour la transposition de la directive, tel que le prévoit son article 90, est échue.

²³ *Guide de légistique*, recommandation n° 172 et formule F 4-8-1.

- l'annexe 6, qui doit viser, dans sa partie A, « l'article 123, alinéa 2 » (et non : « l'article 118, alinéa 2 ») et, dans sa partie B, « l'article 124, alinéa 1^{er} » (et non : « l'article 119, alinéa 1^{er} ») ;

- l'annexe 7, qui doit viser, dans sa partie A, les « articles 18, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, et 24, alinéa 1^{er}, 2^o » (et non : les « articles 17, § 1^{er}, 2^o et 23, alinéa 1^{er}, 2^o »), dans sa partie B, les « articles 18, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, et 24, alinéa 1^{er}, 1^o » (et non : les « articles 17, § 1^{er}, 1^o, et 23, alinéa 1^{er}, 2^o ») et, dans sa partie C, « l'article 18, § 2 » (et non : « l'article 17, § 2 ») ;

- l'annexe 8, qui doit viser « l'article 106 » (et non : « l'article 101 ») ;

- l'annexe 9, qui doit chaque fois viser (sous l'intitulé et dans la phrase introductive du point 1) les « articles 52 et 97 » (et non : « l'article 50 »)²⁴ ;

- l'annexe 10, dont la note de bas de page 1 doit viser « l'article 66, alinéa 1^{er} » (et non : « l'article 67, alinéa 1^{er}, du présent arrêté »).

Il découle de ce qui précède que le texte des annexes doit être soumis à un contrôle complémentaire approfondi.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

²⁴ Dans le texte néerlandais de la disposition du point 2 de cette annexe, on écrira aussi « deelneming aan de procedure » (et non : « deelneming de procedure »).