



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 62.690/1
van 16 februari 2018

avis 62.690/1
du 16 février 2018

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot wijziging van meerdere
koninklijke besluiten op het vlak
van overheidsopdrachten en
concessies en tot aanpassing van
een drempel in de wet van
17 juni 2013 betreffende de
motivering, de informatie en de
rechtsmiddelen inzake
overheidsopdrachten, bepaalde
opdrachten voor werken,
leveringen en diensten en
concessies’

un projet d’arrêté royal ‘modifiant
plusieurs arrêtés royaux en matière
de marchés publics et de
concessions et adaptant un seuil
dans la loi du 17 juin 2013 relative
à la motivation, à l’information et
aux voies de recours en matière de
marchés publics, de certains
marchés de travaux, de fournitures
et de services et de concessions’

Op 15 december 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 16 februari 2018, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten op het vlak van overheidsopdrachten en concessies en tot aanpassing van een drempel in de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 8 februari 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPS, staatsraden, Johan PUT, 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 16 februari 2018.

*

Le 15 décembre 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, prorogée jusqu’au 16 février 2018, sur un projet d’arrêté royal ‘modifiant plusieurs arrêtés royaux en matière de marchés publics et de concessions et adaptant un seuil dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 8 février 2018. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Chantal BAMPS, conseillers d’État, Johan PUT, 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 16 février 2018.

*

1. Overeenkomstig 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. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt vooreerst tot het aanpassen van de drempelbedragen vermeld in de artikelen 29, § 1, eerste lid, en 61, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, die de toepassing regelen van sommige bepalingen van die wet op de desbetreffende opdrachten.

Voorts voorziet het ontwerp in een aantal technische en terminologische wijzigingen van diverse koninklijke besluiten die er in hoofdzaak toe strekken om de inhoud van die besluiten af te stemmen op die van de wetten van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

In het koninklijk besluit van 14 januari 2013¹ worden enkele wijzigingen aangebracht die van een meer inhoudelijke aard zijn. Zo wordt verduidelijkt dat de afhouding van de borgtocht ten gunste van de aanbesteder geen voorafgaand akkoord van de opdrachtnemer kan vereisen als de opdrachtnemer niet tijdig verweermiddelen heeft laten gelden. In artikel 38/12, § 1, eerste lid, 2°, van het laatstgenoemde koninklijk besluit worden, naast de reeds vermelde ongunstige weersomstandigheden, andere omstandigheden toegevoegd waaraan de aanbesteder vreemd is en waardoor de opdracht naar diens oordeel niet zonder bezwaar kan worden voortgezet, en waarbij de opdrachtnemer geen recht heeft op schadevergoeding voor door de aanbesteder bevolen schorsingen van de uitvoering van de opdracht.²

Er worden diverse wijzigingen aangebracht in het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ van 18 april 2017, het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ van 18 juni 2017 en het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’. Die wijzigingen hebben onder meer betrekking op de beperking van de evaluatie van de offertebedragen met inbegrip van de belasting over de toegevoegde waarde tot de gevallen waarin die belasting een kost met zich meebrengt voor de aanbesteder,³ de vervanging van het laatste “afgelopen” door het laatste “vervallen” kalenderkwartaal als ijkpunt voor het recente attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid dat tijdig moet worden

¹ Koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’.

² Zie respectievelijk de artikelen 9 en 11 van het ontwerp.

³ Zie respectievelijk de artikelen 30 en 43 van het ontwerp voor de vervanging van de desbetreffende bepaling van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en van het koninklijk besluit van 18 juni 2017.

ingediend door een kandidaat of inschrijver die personeel tewerkstelt dat is onderworpen aan de wet van 27 juni 1969 ‘tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’,⁴ de vaststelling van de begindatum voor het verplichte gebruik van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA),⁵ het invoegen van een artikel 123/1 in het koninklijk besluit van 18 juni 2017 over de kennisgeving van de opdrachten bedoeld in de artikelen 114 en 115 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ aan de Europese Commissie en het in artikel 163, § 2, van die wet bedoelde aanspreekpunt,⁶ en het weglaten van de vermelding van de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij (FPIM) van de niet-limitatieve lijsten van publiekrechtelijke instellingen en personen als bedoeld in artikel 2, 1°, c), van de voornoemde wetten van 17 juni 2016.⁷

Met uitzondering van een beperkt aantal artikelen van het ontwerp waarvoor in een gedifferentieerde regeling van inwerkingtreding is voorzien, is het de bedoeling dat het ontworpen koninklijk besluit in werking treedt op de dag die volgt op de bekendmaking ervan.⁸

3.1. De ontworpen regeling kan worden geacht rechtsgrond te vinden in uiteenlopende bepalingen van de wetten die worden vermeld in het tweede tot het vierde lid van de aanhef van het ontwerp zoals het om advies is voorgelegd. Onder de randnummers 5 tot 8 van dit advies worden de rechtsgrond biedende bepalingen vermeld. Die vermelding is meer uitgewerkt en verschilt op diverse punten van die welke nu in de aanhef van het ontwerp wordt weergegeven.

Sommige wetsbepalingen die in de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd, worden vermeld, moeten worden weggelaten of gepreciseerd. Zo moet in het derde lid van de aanhef niet worden verwezen naar de artikelen 73, § 2, 114, §§ 2 en 3, en 115 van de betrokken wet van 17 juni 2016, en wordt erin de verwijzing naar artikel 169 van dezelfde wet het best vervangen door een verwijzing naar “artikel 169, derde lid”, van die wet. Het ontwerp bevat ook een aantal bepalingen tot wijziging inzake concessieovereenkomsten waarvoor de rechtsgrond ligt vervat in bepalingen van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’. De verwijzingen die wat dat betreft voorkomen in het vierde lid van de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd, kunnen evenzeer worden gepreciseerd en aangevuld.

Een aantal van de te wijzigen bepalingen van koninklijke besluiten is mede van toepassing op sommige overheidsopdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ en vindt in die mate eveneens

⁴ Die wijziging betreft enkel een bepaling van het koninklijk besluit van 18 april 2017: zie artikel 36 van het ontwerp.

⁵ Zie respectievelijk de artikelen 41 en 51 van het ontwerp voor de wijziging van de desbetreffende bepalingen van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en van het koninklijk besluit van 18 juni 2017.

⁶ Zie artikel 52 van het ontwerp.

⁷ Zie respectievelijk de artikelen 42 en 54 van het ontwerp voor de wijziging van de desbetreffende bepalingen van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en van het koninklijk besluit van 25 juni 2017.

⁸ Artikel 55 van het ontwerp.

rechtsgrond in bepalingen van die wet. In de aanhef van het ontwerp moet dan ook alsnog een verwijzing worden ingevoegd naar de laatstgenoemde wet en de relevante bepalingen ervan.

Sommige bepalingen van het ontwerp vinden 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 voornoemde wetten van 17 juni 2016 of met die wetten in hun geheel. In zoverre *in casu* de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning veeleer moet worden gelezen in samenhang met de betrokken wetten in hun geheel, wordt in dat verband het best niet verwezen naar specifieke wetsbepalingen in de betrokken leden van de aanhef van het ontwerp.

3.2. De rechtsgrond voor één bepaling van het ontwerp lijkt problematisch, namelijk die voor artikel 18, 4°, van het ontwerp. Die bepaling strekt tot het vervangen van artikel 3, § 2, 2°, van het koninklijk besluit van 3 april 2013⁹ als gevolg waarvan voorstellen van concessieovereenkomsten die welbepaalde drempelbedragen bereiken of overschrijden onderworpen worden aan goedkeuring door de Ministerraad al naargelang het om een concessie voor werken of voor diensten gaat.

Blijkens de door de gemachtigde aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, meegedeelde rechtsgrondtabel wordt voor artikel 18, 4°, van het ontwerp, rechtsgrond gezocht in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning gelezen in samenhang met artikel 63 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

Het derde lid van het voornoemde artikel 63 van de wet van 17 juni 2016 houdt een delegatie van bevoegdheid aan de Koning in die als volgt wordt omschreven:

“De bevoegdheden toegekend krachtens het eerste en tweede lid kunnen, voor de bevoegde overheden en organen bedoeld in deze leden, die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, worden overgedragen binnen de grenzen vastgesteld door de Koning, behalve wanneer een bijzondere wettelijke bepaling deze overdracht regelt.”

De aldus omschreven bevoegdheidsoverdracht aan de Koning situeert zich binnen de federale overheid en kan worden geacht rechtsgrond te bieden voor de bepalingen van hoofdstuk 3 van het koninklijk besluit van 3 april 2013, voor zover het om concessieovereenkomsten gaat.¹⁰ Het ontworpen artikel 3, § 2, 2°, van het koninklijk besluit van 3 april 2013 – dat behoort tot hoofdstuk 2 van dat besluit – heeft evenwel geen betrekking op de regeling van een overdracht door een federale instelling, doch wel op de uitoefening van de bevoegdheid van sommige federale aanbestedende overheden inzake bepaalde voorstellen van concessieovereenkomsten die worden afhankelijk gemaakt van goedkeuring door de

⁹ Koninklijk besluit van 3 april 2013 ‘betreffende de tussenkomst van de Ministerraad, de overdracht van bevoegdheid en de machtigingen inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken op federaal niveau’.

¹⁰ Het opschrift van het betrokken hoofdstuk luidt: “Overdracht van bevoegdheid inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, van ontwerpenwedstrijden en van concessies voor openbare werken”. Bij de verschillende vermeldingen in de Nederlandse tekst van het ontwerp (zevende lid van de aanhef, opschrift van hoofdstuk 4 en artikel 14), van het opschrift van het koninklijk besluit van 3 april 2013 moet het woord “et” tussen de woorden “de overdracht van bevoegdheid” en de woorden “de machtigingen” telkens worden vervangen door het woord “en”.

Ministerraad. De algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning kan niet worden ingeroepen om de toepassing van de delegatiebepaling van artikel 63, derde lid, van de laatstgenoemde wet van 17 juni 2016 uit te breiden tot het geval beoogd in de bepaling onder artikel 18, 4°, van het ontwerp. Deze laatste bepaling lijkt bovendien op gespannen voet te staan met artikel 38, eerste lid, van de laatstgenoemde wet, naar luid waarvan de aanbesteder vrij de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt, naar eigen goedgevoelen mag organiseren, mits de bepalingen van de wet worden nageleefd.

Tenzij er alsnog een volwaardige wettelijke grondslag voor zou kunnen worden aangewezen, lijkt artikel 18, 4°, van het ontwerp geen doorgang te kunnen vinden.

VOORAFGAANDE OPMERKING

4. Het ontworpen koninklijk besluit strekt mede tot het uitvoeren van bepalingen van onder meer de voornoemde wet van 13 augustus 2011. Bovendien de Eerste Minister worden dan ook het best alle leden van de federale regering die bevoegd zijn voor de aangelegenheden die worden geregeld in het ontworpen koninklijk besluit betrokken bij de voordracht en de medeondertekening ervan.¹¹ Zij dienen tevens mee te worden belast met de uitvoering ervan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. Rekening houdend met hetgeen *sub* 3.1 is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond voor de ontworpen regeling, dient onmiddellijk na het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar artikel 108 van de Grondwet, het volgende nieuwe lid te worden toegevoegd:

“Gelet op de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, artikelen 8, tweede lid, 22, derde lid, gewijzigd bij de wet van 17 juni 2016, 26, 27, tweede lid, 30, zesde lid, 35, gewijzigd bij de wet van 17 juni 2016, 37, § 2, derde lid, 40/1, § 1, eerste lid, en § 2, ingevoegd bij de wet van 17 juni 2016, en 45, derde lid;”.

6. Aan het einde van het tweede lid van de aanhef van het ontwerp – dat het derde lid moet worden – schrijve men “, artikelen 29, § 2, vervangen bij de wet van 16 februari 2017, en 61, tweede lid;” (niet: “, het artikel 29, § 2;”).

7. In het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar de rechtsgrond biedende bepalingen van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ moet van de volgende bepalingen van die wet melding worden gemaakt: de artikelen 9, eerste lid, 12, tweede lid, 16, eerste lid, 17, tweede lid, 36, § 5, 37, § 6, 38, § 9, 39, § 9, 40, § 7, 41, § 7, 42, § 4, 44, § 5, 45,

¹¹ Zie in dat verband de medeondertekening van de wet van 13 augustus 2011.

§ 5, 46, § 3, 48, vierde lid, 50, eerste lid, 68, § 2, 72, 74, 81, § 5, 86, eerste lid, 118, § 5, 119, § 3, 120, § 3, 121, § 8, tweede lid, 122, § 7, 123, § 3, 124, § 3, 132, eerste lid, 151, § 3, eerste lid, 153, 1°, 156, § 1, 168, § 2, eerste lid, en § 3, 169, derde lid, 171, eerste lid, en 193.¹²

8. Men passe de redactie van het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar de rechtsgrond biedende bepalingen van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ aan als volgt:

“Gelet op de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, artikelen 3, § 1, vijfde lid, 46, § 7, 62, § 2, eerste lid, en § 3, en 63, derde lid;”.

9. In de aanhef van het ontwerp dient nog te worden verwezen naar de regelgevingsimpactanalyse die met betrekking tot de ontworpen regeling is uitgevoerd. Daartoe moet een lid worden ingevoegd¹³ dat het best wordt geredigeerd als volgt:

“Gelet op de impactanalyse van de regelgeving, uitgevoerd op 25 september 2017, overeenkomstig de artikelen 6, § 1, en 7, § 1, van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging;”.

Artikelen 7 en 8

10. Ingeval verscheidene artikelen van eenzelfde regeling worden gewijzigd, dient dit in de numerieke volgorde van de betrokken artikelen te gebeuren.¹⁴ De artikelen 7 en 8 van het ontwerp dienen derhalve te worden omgewisseld.

Eenzelfde opmerking geldt voor de artikelen 51 en 52 van het ontwerp.

Artikel 9

11. Men vervange in de Franse tekst van het ontworpen artikel 30, derde lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 de verwijzing naar “l’article 44, § 2, troisième phrase,” door de verwijzing naar “l’article 44, § 2, alinéa 2, troisième phrase,”.

¹² Bij de verwijzing naar de onderscheiden bepalingen dient in voorkomend geval ook telkens melding te worden gemaakt van de teksten die in het verleden wijzigingen hebben aangebracht aan de betrokken bepalingen en die nog van kracht zijn (zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 27, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be), hierna verkort “*Handleiding wetgevingstechniek*”).

¹³ Onmiddellijk voor of onmiddellijk na het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar het advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten dat van dezelfde dag dateert.

¹⁴ Handleiding wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 122.

Artikel 11

12. Men late artikel 11 van het ontwerp aanvangen als volgt: “Artikel 38/12, § 1, eerste lid, 2°, van hetzelfde besluit, ...”.

Artikel 17

13. Aan het einde van de omschrijving van de wet “concessies”¹⁵ dient, in de Franse tekst van artikel 17, 2°, van het ontwerp, te worden geschreven “aux contrats de concession;”.

14. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 1, 5°/1, van het koninklijk besluit van 3 april 2013 (artikel 17, 5°, van het ontwerp), dient ook in het verkorte opschrift van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 melding te worden gemaakt van de datum ervan.

Artikel 18

15. Onder voorbehoud van hetgeen *sub* 3.2 is opgemerkt, dienen de stellers van het ontwerp na te gaan of niet ook de artikelen 9, 3°, en 10, § 1, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit van 3 april 2013 aanpassing behoeven teneinde die bepalingen af te stemmen op de wijziging die wordt aangebracht in artikel 3, § 2, 2°, van dat besluit door artikel 18, 4°, van het ontwerp.

Artikel 21

16. Mede rekening houdend met het bepaalde in artikel 15 van het ontwerp lijkt artikel 21 van het ontwerp het best niet beperkt te blijven tot een wijziging van artikel 8, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 3 april 2013, doch lijkt ook het eerste lid van artikel 8, § 1, van dat koninklijk besluit te moeten worden gewijzigd door erin de woorden “overheidsopdracht-, wedstrijd- of concessiedocumenten” te vervangen door de woorden “overheidsopdracht-, prijsvraag- of concessiedocumenten”. Aan het einde van de Franse tekst van dezelfde bepaling vervange men de woorden “concours du projet” door het woord “concours”.

Artikelen 23 en 24

17. Gelet op het bepaalde in artikel 16 van het ontwerp rijst de vraag of de wijzigingsbepalingen van de artikelen 23 en 24, 1°, van het ontwerp, niet moeten worden

¹⁵ In de omschrijving in artikel 26, 2°, van het ontwerp, wordt de betrokken wet weergegeven als “wet concessieovereenkomsten”. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of niet een meer eenvormig verkort opschrift mogelijk is in de onderscheiden normatieve teksten.

aangevuld met een verwijzing naar de relevante bepalingen van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.¹⁶

Artikel 26

18. In het ontworpen artikel 2, 7°, a), van het koninklijk besluit van 13 juli 2014¹⁷ (artikel 26, 3°, van het ontwerp), wordt melding gemaakt van een “ontwerpenwedstrijd”. Vraag is of een dergelijke vermelding niet het best wordt weggelaten, ermee rekening houdend dat de ontworpen bepaling uitvoering beoogt te geven aan de reeds genoemde wet van 13 augustus 2011, waarin geen bepalingen met betrekking tot “ontwerpenwedstrijden” voorkomen.

19. De stellers van het ontwerp doen er goed aan om na te gaan of het ontworpen artikel 2, 7°, b), van het koninklijk besluit van 13 juli 2014 (artikel 26, 3°, van het ontwerp), niet moet worden aangevuld om het toepassingsgebied ervan mede af te stemmen op artikel 168, § 1, *in fine*, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. Ook wordt het best nagegaan of de omschrijving van het begrip “concessie”, in het ontworpen artikel 2, 7°/1, van het koninklijk besluit van 13 juli 2014 (artikel 26, 4°, van het ontwerp), niet moet worden verengd om het toepassingsgebied ervan af te stemmen op dat van artikel 62, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

Artikel 31

20. Voor artikel 31 van het ontwerp wordt de volgende redactie ter overweging gegeven:

“In de inleidende zinnen van artikel 32, §§ 2 en 3, van hetzelfde besluit, worden de woorden ‘metingen en prestaties’ telkens vervangen door de woorden ‘maatregelen en lasten’. In de Franse tekst vervange men telkens het woord ‘imposition’ door het woord ‘charges’.”

Een gelijkaardige suggestie kan worden gedaan bij artikel 44 van het ontwerp, wat de wijziging betreft van de inleidende zinnen van artikel 40, §§ 2 en 3, van het betrokken koninklijk besluit van 18 juni 2017.

Artikel 32

21.1. In de commentaar die in het verslag aan de Koning wordt gewijd aan artikel 32 van het ontwerp, wordt de bedoeling die aan die bepaling ten grondslag ligt omschreven als volgt:

“Artikel 32 heeft betrekking op de tijdslimiet voor het indienen van een offerte of een aanvraag tot deelneming. Hoewel het gebruikte woord ‘vóór’ duidelijk aangeeft op

¹⁶ Zie met name de artikelen 26 en 35 van de betrokken wet van 17 juni 2016.

¹⁷ Koninklijk besluit van 13 juli 2014 ‘betreffende de energie-efficiëntie-eisen in het kader van bepaalde overheidsopdrachten betreffende de verwerving van producten, diensten en gebouwen’.

welk moment de offertes of aanvragen tot deelneming ingediend moeten worden, kan het woord ‘uiterste’ toch verwarring scheppen. Inderdaad stelt een arrest van de Raad van State (RvS, nr. 236.072 van 12 oktober 2016) dat het ‘uiterste’ tijdstip het laatste moment aangeeft waarbij een offerte mag worden ingediend en niet het moment waarop niet langer een offerte mag worden ingediend. Om alle twijfel te vermijden, wordt het adjectief ‘uiterste’ weggehaald in de betreffende artikelen van het dispositief.

Hieruit volgt dat de offertes vóór de datum en het uur dat door de aanbesteder wordt bepaald moeten toekomen. De offerte die op het bepaalde uur zou toekomen, of na dit tijdstip, zal beschouwd worden als zijnde laattijdig. Hetzelfde geldt voor de aanvragen tot deelneming. Als de uiterste datum van de indiening van de offertes in de opdrachtdocumenten bijvoorbeeld bepaald is op 26 februari 2018 om 10.00 u, dan zijn de offertes die toekomen om 09.59 u of vroeger nog tijdig ingediend, terwijl de offertes die toekomen om 10.00 u en 0 seconden laattijdig zijn.”

In artikel 32 van het ontwerp wordt beoogd om in artikel 39, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 de woorden “ten laatste op het uiterste tijdstip” (“au plus tard à la date ultime d’introduction”) te vervangen door de woorden “vóór de limietdatum en het limietuur” (“avant la date et l’heure limites d’introduction”). Nog andere bepalingen van het ontwerp strekken ertoe om gelijkaardige wijzigingen door te voeren in artikelen van hetzelfde koninklijk besluit (zie de artikelen 35 en 37 tot 40), van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 (zie de artikelen 45 tot 50) of het koninklijk besluit van 25 juni 2017 (artikel 53). Al die wijzigingen zijn ingegeven door het feit dat het gebruik van het woord “uiterste” (“ultime”) verwarring zou scheppen en tot onduidelijkheid zou leiden.

In dit verband kunnen de hierna volgende opmerkingen worden gemaakt.

21.2. Er moet vooreerst worden vastgesteld dat niet alle bepalingen van de voornoemde koninklijke besluiten waarin op een vergelijkbare wijze als in de *sub* 21.1 opgesomde artikelen gebruik wordt gemaakt van het woord “uiterste”, worden aangepast.¹⁸ Het is niet duidelijk of dit de bedoeling is en welke in dat geval de reden is waarom geen aanpassing van de in die bepalingen voorkomende terminologie nodig is, noch of de betrokken bepalingen op dat punt aan de aandacht van de stellers van het ontwerp zijn ontsnapt. Indien de desbetreffende terminologische aanpassingen effectief zouden worden doorgevoerd, dienen de stellers van het ontwerp erop toe te zien dat deze aanpassingen worden doorgevoerd in alle verordeningbepalingen die daarvoor in aanmerking komen, zo niet dreigt op die wijze rechtsonzekerheid te ontstaan.

21.3. Daarnaast vraagt de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich af of er zomaar in het algemeen kan van worden uitgegaan – zoals in het verslag aan de Koning het geval lijkt te zijn – dat het gebruik van de woorden “uiterste” of “ultime” noodzakelijkerwijze verwarring schept. Het enkele arrest van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, waarin de betrokken term diende te worden geïnterpreteerd en waarnaar in het verslag aan de Koning wordt verwezen, kan bezwaarlijk geacht worden een afdoend motief uit te maken voor een dergelijk

¹⁸ In dat verband valt te denken aan de artikelen 62, § 2, eerste lid, 63, § 2, eerste lid, en 82, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, artikel 80, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, en de artikelen 16, 5°, 25, § 1, eerste lid, 26, 32, § 2, eerste lid, 33, § 2, eerste lid, en bijlage 2, punt 8, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017.

uitgangspunt. De in het arrest gegeven interpretatie lijkt integendeel juist die te zijn welke courant voorkomt in het juridische, maar ook in het algemene taalgebruik.¹⁹ Het alternatief dat in artikel 32 en in sommige andere bepalingen van het ontwerp wordt vooropgesteld, lijkt daarentegen veeleer ongewoon en niet van aard om elke twijfel omtrent de precieze draagwijdte ervan uit te sluiten.

21.4. Uit de bewoordingen van het verslag aan de Koning zou kunnen worden afgeleid dat aan artikel 32 van het ontwerp louter de bedoeling ten grondslag ligt om een einde te maken aan een terminologische onduidelijkheid die voortspruit uit het gebruik van de termen “uiterste” en “ultime” in artikel 39, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 (“[o]m alle twijfel te vermijden”). Ook aan de gelijkaardige wijzigingen die sommige andere bepalingen van het ontwerp beogen aan te brengen in artikelen van hetzelfde of van andere koninklijke besluiten, lijkt in de eerste plaats het streven naar een grotere terminologische duidelijkheid ten grondslag te liggen.

Artikel 32 van het ontwerp heeft evenwel een verder strekkende draagwijdte dan louter een terminologische. Er wordt met artikel 32 van het ontwerp immers ook beoogd om een inhoudelijke wijziging aan te brengen in artikel 39, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, in die zin dat de ontworpen wijziging het referentietijdstip voor het indienen van de betrokken aanvragen tot deelneming of de offertes vervroegt.

Het valt niet voldoende duidelijk uit de betrokken commentaar in het verslag aan de Koning – die toegespitst is op artikel 32 van het ontwerp – af te leiden of de terminologische aanpassing die ook in andere bepalingen van het ontwerp wordt nagestreefd teneinde onduidelijkheid te voorkomen met betrekking tot de termen “uiterste” of “ultime”, al dan niet inhoudelijke repercussies heeft,²⁰ of deze zijn gewild en waarom voor deze of gene inhoudelijke aanpassing is geopteerd. Een dergelijke artikelsgewijze verduidelijking zou nochtans op haar plaats zijn, ermee rekening houdend dat de aanpassingen die in de onderscheiden bepalingen van het ontwerp worden aangebracht op het vlak van het eindpunt van termijnen gediversifieerd zijn: in bepaalde gevallen gaat het immers om een aanpassing van de termijn voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of offertes,²¹ in andere gevallen heeft de aanpassing betrekking op het laatst nuttige tijdstip voor beoordelingen en rectificaties van fiscale of sociale toestanden.²²

Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling dat bij elk van de bepalingen van het ontwerp waarin de betrokken tijdstippen anders worden verwoord, wordt nagegaan en in het verslag aan de Koning wordt aangegeven of de betrokken terminologische

¹⁹ Zo wordt het woord “uiterst” in *Van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, omschreven als “laatst, op het uiterste ogenblik”.

²⁰ Het merendeel van de bepalingen van het ontwerp die strekken tot het schrappen van de termen “uiterste” of “ultime” lijken mede een inhoudelijke, en niet louter een terminologische draagwijdte te hebben. Dit lijkt bijvoorbeeld echter niet het geval te zijn voor artikel 37 van het ontwerp dat de schrapping beoogt van het woord “uiterste” in artikel 83 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

²¹ Zie bijvoorbeeld de ontworpen wijzigingen van artikel 57, § 1, eerste lid, en artikel 83 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 door respectievelijk de artikelen 35 en 37 van het ontwerp.

²² Zie bijvoorbeeld de ontworpen wijziging van artikel 39, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 door artikel 32 van het ontwerp.

aanpassing tevens inhoudelijke gevolgen met zich meebrengt en waarom het in voorkomend geval nodig wordt geacht om tot een vervroeging van eerder vastgelegde tijdstippen over te gaan.

Artikel 41

22. In artikel 41 van het ontwerp dienen bij de wijziging en de aanvulling van artikel 132 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 telkens de vermeldingen van de datum en het opschrift van de desbetreffende wet te worden weggelaten.²³

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 51, 1°, van het ontwerp, wat de wijziging betreft van artikel 130 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017.²⁴

Artikel 42

23. Het verdient aanbeveling dat de stellers van het ontwerp ter gelegenheid van de weglating van de vermelding van de “Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij” in bijlage 1 bij het koninklijk besluit van 18 april 2017 nagaan of ook niet nog andere, vergelijkbare instellingen, zoals de Participatiemaatschappij Vlaanderen, in die bijlage moeten worden weggelaten. Overigens wordt in die bijlage nog melding gemaakt van het (federale) Participatiefonds, hoewel de gewesten inmiddels bevoegd zijn voor de activiteiten van dat fonds en die via andere instanties hebben overgenomen.²⁵

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 54 van het ontwerp dat bijlage 1, A, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 beoogt te wijzigen.

Artikel 43

24. In het ontworpen artikel 37, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 schrijven men “aanbestedende entiteit” (niet: “aanbesteder”).²⁶

Eenzelfde aanpassing dient te gebeuren in het ontworpen artikel 123/1, eerste lid, 3°, van hetzelfde koninklijk besluit (artikel 52 van het ontwerp).

²³ Zie immers artikel 2, 1°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, de verwijzing naar “titel 2 van de wet” in het ontworpen artikel 132, tweede lid, van dat besluit (artikel 41, 2°, van het ontwerp) en vgl. ook artikel 51, 2°, van het ontwerp.

²⁴ Zie artikel 2, 1°, van dat koninklijk besluit.

²⁵ Zie artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 8°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’; zie eveneens A. BETTENS, W. CORLUY, G. DUVILLIER, K. VANHEUSDEN en B. MARTENS, *Subsidieboekje 2015*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 774.

²⁶ Zie in dat verband de definities in artikel 2, 1°, 4° en 5°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en vgl. de vermelding van de woorden “aanbestedende overheid” in het ontworpen artikel 29, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 (artikel 30 van het ontwerp). Het woord “aanbesteder” komt overigens nog niet voor in het koninklijk besluit van 18 juni 2017, in tegenstelling tot de veelvuldig erin gebruikte woorden “aanbestedende entiteit”.

Artikel 54

25. Aangezien in artikel 53 van het ontwerp al melding wordt gemaakt van de datum en het opschrift van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 volstaat het om in artikel 54 van het ontwerp te schrijven “In de bijlage 1, A, bij hetzelfde besluit worden ...” in plaats van “In de bijlage 1.A van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten bij hetzelfde koninklijk besluit worden ...”).²⁷

Artikel 55

26. In artikel 55, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat het ontworpen koninklijk besluit, op enkele artikelen na, in werking zal treden “de dag die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad”.

Tenzij er een bijzondere reden bestaat om af te wijken van de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten die wordt bepaald bij artikel 6, eerste lid, van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en in werking treden van wetten en verordeningen’, dient dat lid uit het ontwerp te worden weggelaten.

27. Artikel 55, tweede lid, van het ontwerp voorziet voor artikel 11 in een retroactieve inwerkingtreding met ingang van 30 juni 2017. Uit het verslag aan de Koning blijkt evenwel dat de stellers van het ontwerp de bedoeling hebben om artikel 13 – en niet artikel 11 – met terugwerkende kracht in werking te laten treden vanaf 30 juni 2017.²⁸

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is slechts onder bepaalde voorwaarden geoorloofd. Dat is het geval indien er voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent, of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van artikel 13 van het ontwerp valt in te passen in een van de opgesomde gevallen, kan ze als toelaatbaar worden beschouwd.

Gevraagd naar een verantwoording voor de beoogde retroactiviteit heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Inderdaad is een vergissing geslopen in de formulering van het ontwerp. De bedoeling was om terugwerkende kracht te verlenen aan artikel 13 van het ontwerp. Het betreft de bepaling die erop gericht is ervoor te zorgen dat de artikelen 38/1, 38/2 en 38/19 eveneens van toepassing worden gemaakt op de opdrachten die werden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt vóór 30 juni 2017, alsook op de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, nog vóór die datum werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte. Een dergelijke retroactieve

²⁷ Handleiding wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 112, in *fine*, en formule F 4-2-2-2; vgl. ook artikel 42 van het ontwerp.

²⁸ Zie de bespreking van artikel 13 en hoofdstuk 9 van het ontwerp in het verslag aan de Koning.

werking is verantwoord omdat het hypothesen betreft die in de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten niet langer worden behandeld als een hypothese waarbij uitzondering gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (zie meer bepaald artikel 26, § 1, 2°, a), 3°, b), en 3°, c), van de wet van 15 juni 2006). Er kunnen verschillende hypothesen onderscheiden worden:

- ofwel hebben de aanbesteders, geconfronteerd met deze lacune, de aankoop uitgesteld (wetende dat een oplossing in de maak was via het onderhavige ontwerp): de situatie in rechte wordt in dat geval niet gewijzigd;
- ofwel hebben de aanbesteders, geconfronteerd met deze lacune, een nieuwe opdracht geplaatst (en gesloten). De bepaling met retroactieve werking waarvan hier sprake heeft geen enkele invloed op deze gesloten overeenkomsten;
- ofwel hebben de aanbesteders, geconfronteerd met deze lacune, gebruik gemaakt van een andere toegelaten wijzigingsmogelijkheid (bvb de minimis-bepaling vervat in artikel 38/4 KB AUR). Ook hier geldt dat de bepaling met retroactieve werking waarvan hier sprake geen invloed heeft op deze rechtsgeldige wijzigingen;
- ofwel hebben de aanbesteders ondertussen de wijziging toch doorgevoerd zonder verwijzing naar een toegelaten wijzigingsmogelijkheid (ze hebben bvb toch verwezen naar artikel 38/1 of 38/2). De retroactieve werking zorgt in dat geval voor een regularisatie voor zowel de aanbesteders als de opdrachtnemer. Gelet op de beschreven hypothesen in de artikelen 38/1 en 38/2 lijkt dit verantwoord. In artikel 38/1 wordt immers verduidelijkt dat het gevallen betreft waarbij een verandering van opdrachtnemer “niet mogelijk is om economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven” (voor de andere voorwaarden, zie art. 38/1 KB AUR). Artikel 38/2 heeft betrekking op gevallen waarbij de beoogde wijziging het “noodzakelijk gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbesteder niet kon voorzien” (voor de andere voorwaarden, zie artikel 38/2 KB AUR). Ook hier lijkt het onbillijk geen regularisatie toe te staan.

De voorziene retroactieve werking ontnemt geen rechten aan de aanbesteders en de opdrachtnemers. De vraag kan echter worden gesteld of geen rechten worden ontnomen aan ondernemers die ook geïnteresseerd waren geweest om deel te nemen. Wat artikel 38/1 betreft gaat het eerder om een theoretische vraag want de plaatsing van de opdracht had in quasi alle gevallen wellicht toch geleid tot de gunning aan de initiële opdrachtnemer (het betreft hypothesen waarbij het niet mogelijk is een andere opdrachtnemer aan te duiden omwille van economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven).”

In aansluiting op de door de gemachtigde gegeven verantwoording rijst bij de Raad van State, afdeling Wetgeving, de vraag of de terugwerkende kracht van artikel 13 van het ontwerp aanvaardbaar kan worden geacht ten aanzien van potentiële kandidaten en deelnemers aan een nieuwe overheidsopdracht die niet is geplaatst als gevolg van een wijziging van een bestaande overheidsopdracht die bij ontstentenis van die terugwerkende kracht als onregelmatig valt te beschouwen. Het verdient aanbeveling om de door de gemachtigde gegeven verantwoording aan te vullen, rekening houdend met de voornoemde hypothese en om de aldus vervulde verantwoording in haar geheel, of minstens wat de essentiële bestanddelen ervan betreft, in het verslag aan de Koning weer te geven.

Slotopmerking

28. Het ontwerp van koninklijk besluit moet worden vervolledigd met een formule voor de (mede)ondertekening.

*

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. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a tout d'abord pour objet d'adapter les seuils mentionnés aux articles 29, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 61, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions', qui règlent l'application de certaines dispositions de cette loi aux marchés concernés.

Ensuite, le projet prévoit d'apporter un certain nombre de modifications techniques et terminologiques dans différents arrêtés royaux qui visent essentiellement à aligner le contenu de ces arrêtés sur celui des lois du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et 'relative aux contrats de concession'.

Quelques modifications plus substantielles sont apportées à l'arrêté royal du 14 janvier 2013¹. Il est ainsi précisé que le prélèvement du cautionnement en faveur de l'adjudicateur ne peut pas être subordonné à l'accord préalable de l'adjudicataire si ce dernier n'a pas fait valoir de moyens de défense en temps utile. Dans l'article 38/12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de ce même arrêté, le projet ajoute aux conditions météorologiques défavorables déjà mentionnées, d'autres circonstances auxquelles l'adjudicateur est resté étranger et qui, à sa discrétion, constituent un obstacle à continuer l'exécution du marché, sans que l'adjudicataire ait le droit d'obtenir des dommages et intérêts pour les suspensions de l'exécution du marché ordonnées par l'adjudicateur².

Diverses modifications sont apportées aux arrêtés royaux du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', du 18 juin 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux' et du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession'. Ces modifications visent notamment à limiter l'évaluation des offres taxe sur la valeur ajoutée comprise aux cas dans lesquels cette taxe engendre un coût pour le pouvoir adjudicateur³, à remplacer le dernier trimestre civil « écoulé » par le dernier trimestre civil « échu » comme point de référence pour l'attestation récente délivrée par l'Office national de sécurité sociale, qui doit être introduite en temps utile par un candidat ou soumissionnaire employant du personnel soumis à la loi du 27 juin 1969 'révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des

¹ Arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics'.

² Voir respectivement les articles 9 et 11 du projet.

³ Voir respectivement les articles 30 et 43 du projet pour le remplacement de la disposition concernée de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

travailleurs' ⁴, à fixer la date de début de l'utilisation obligatoire du Document Unique de Marché Européen (DUME) ⁵, à insérer dans l'arrêté royal du 18 juin 2017 un article 123/1 relatif à la notification à la Commission européenne des marchés visés aux articles 114 et 115 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et au point de contact visé à l'article 163, § 2, de cette loi ⁶, et à supprimer la mention de la Société fédérale de Participations et d'Investissement (SFPI) des listes non limitatives des organismes de droit public et personnes visés à l'article 2, 1°, c), des lois du 17 juin 2016, précitées ⁷.

À l'exception d'un nombre limité d'articles du projet pour lesquels il est prévu un régime d'entrée en vigueur différencié, l'intention est que l'arrêté royal en projet entre en vigueur le premier jour qui suit sa publication ⁸.

3.1. La réglementation en projet peut être réputée trouver un fondement juridique dans différentes dispositions des lois mentionnées dans les deuxième, troisième et quatrième alinéas du préambule du projet soumis pour avis. Les dispositions procurant un fondement juridique sont mentionnées aux points 5 à 8 du présent avis. Cette mention est plus détaillée et diverge sur plusieurs points de celle qui est actuellement indiquée dans le préambule du projet.

Certaines dispositions législatives mentionnées dans le préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis, doivent être omises ou précisées. C'est ainsi que le troisième alinéa du préambule ne doit pas viser les articles 73, § 2, 114, §§ 2 et 3, et 115 de la loi concernée du 17 juin 2016, et qu'il vaut mieux remplacer la référence à l'article 169 de la même loi qui y est faite par une référence à l'« article 169, alinéa 3 », de cette loi. Le projet comporte également un certain nombre de dispositions modificatives concernant les contrats de concession, qui trouvent leur fondement juridique dans des dispositions de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'. Les références y afférentes, qui figurent dans le quatrième alinéa du préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis, peuvent également être précisées et complétées.

Plusieurs dispositions à modifier des arrêtés royaux s'appliquent également à certains marchés publics qui relèvent du champ d'application de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité' et, dans cette mesure, trouvent également un fondement juridique dans des dispositions de cette loi. Le préambule du projet doit dès lors encore être complété par une référence à cette dernière loi et aux dispositions pertinentes de celle-ci.

Certaines 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 des lois du 17 juin 2016, précitées, ou avec ces lois considérées dans leur

⁴ Cette modification concerne uniquement une disposition de l'arrêté royal du 18 avril 2017 : voir l'article 36 du projet.

⁵ Voir respectivement les articles 41 et 51 du projet pour la modification des dispositions concernées de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

⁶ Voir l'article 52 du projet.

⁷ Voir respectivement les articles 42 et 54 du projet pour la modification des dispositions concernées de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de l'arrêté royal du 25 juin 2017.

⁸ Article 55 du projet.

ensemble. Dans la mesure où, en l'occurrence, le pouvoir général d'exécution du Roi doit plutôt être combiné avec les lois précitées considérées dans leur ensemble, il serait préférable à cet égard de ne pas viser des dispositions législatives spécifiques dans les alinéas concernés du préambule du projet.

3.2. Le fondement juridique d'une des dispositions du projet, à savoir celui de son article 18, 4^o, paraît poser problème. Cette disposition vise à remplacer l'article 3, § 2, 2^o, de l'arrêté royal du 3 avril 2013⁹ de telle manière que les propositions de contrats de concession qui atteignent ou dépassent certains seuils, selon qu'il s'agit d'une concession de travaux ou de services, sont soumis à l'approbation du Conseil des ministres.

Selon la table des fondements juridiques communiquée par le délégué au Conseil d'État, section de législation, le fondement juridique de l'article 18, 4^o, du projet est recherché dans le pouvoir général d'exécution du Roi, combiné avec l'article 63 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

L'alinéa 3 de l'article 63, précité, de la loi du 17 juin 2016 accorde une délégation de pouvoir au Roi, qui est définie comme suit :

« Les pouvoirs conférés en vertu des alinéas 1^{er} et 2 peuvent, pour les autorités et organes compétents visés auxdits alinéas et relevant de l'autorité fédérale, être délégués dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation ».

La délégation de pouvoir au Roi ainsi définie se situe dans la sphère de l'autorité fédérale et peut être réputée procurer un fondement juridique aux dispositions du chapitre 3 de l'arrêté royal du 3 avril 2013, pour autant qu'il s'agisse de contrats de concession¹⁰. L'article 3, § 2, 2^o, en projet, de l'arrêté royal du 3 avril 2013 – qui fait partie du chapitre 2 de cet arrêté – ne porte toutefois pas sur la réglementation d'une délégation par un organisme fédéral, mais sur l'exercice de la compétence de certaines autorités adjudicatrices fédérales concernant certaines propositions de contrats de concession qui sont subordonnés à l'approbation du Conseil des ministres. Le pouvoir général d'exécution du Roi ne peut pas être invoqué pour étendre l'application de la délégation inscrite à l'article 63, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 citée en dernier, au cas visé dans la disposition de l'article 18, 4^o, du projet. Cette dernière disposition semble en outre se heurter à l'article 38, alinéa 1^{er}, de la loi précitée, selon lequel l'adjudicateur organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la loi.

Sauf si un fondement légal solide peut encore être identifié, l'article 18, 4^o, du projet ne paraît pas pouvoir se concrétiser.

⁹ Arrêté royal du 3 avril 2013 'relatif à l'intervention du Conseil des ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics au niveau fédéral'.

¹⁰ L'intitulé du chapitre concerné est rédigé comme suit : « Délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics ». Dans les différentes mentions de l'intitulé de l'arrêté royal du 3 avril 2013 figurant dans le texte néerlandais du projet (alinéa 7 du préambule, intitulé du chapitre 4 et article 14), le mot « et » inscrit entre les mots « de overdracht van bevoegdheid » et les mots « de machtigen » sera chaque fois remplacé par le mot « en ».

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

4. L'arrêté royal en projet vise également à exécuter des dispositions, notamment, de la loi du 13 août 2011, précitée. Il est dès lors préférable que non seulement le Premier ministre, mais également tous les membres du gouvernement fédéral qui ont les matières réglées par l'arrêté royal en projet dans leurs attributions soient associés à sa présentation et à son contreseing¹¹. En outre, ils doivent également être chargés de son exécution.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

5. Eu égard à ce qui a été observé au point 3.1 en ce qui concerne le fondement juridique de la réglementation en projet, on ajoutera immédiatement après l'alinéa du préambule qui vise l'article 108 de la Constitution, le nouvel alinéa suivant :

« Vu la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, les articles 8, alinéa 2, 22, alinéa 3, modifié par la loi du 17 juin 2016, 26, 27, alinéa 2, 30, alinéa 6, 35, modifié par la loi du 17 juin 2016, 37, § 2, alinéa 3, 40/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, inséré par la loi du 17 juin 2016, et 45, alinéa 3; ».

6. À la fin du deuxième alinéa du préambule du projet – qui doit devenir le troisième alinéa – on écrira «, les articles 29, § 2, remplacé par la loi du 16 février 2017, et 61, alinéa 2; » (et non: «, l'article 29, § 2; »).

7. Dans l'alinéa du préambule qui vise les dispositions de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' procurant un fondement juridique, il faut mentionner les dispositions suivantes de cette loi : les articles 9, alinéa 1^{er}, 12, alinéa 2, 16, alinéa 1^{er}, 17, alinéa 2, 36, § 5, 37, § 6, 38, § 9, 39, § 9, 40, § 7, 41, § 7, 42, § 4, 44, § 5, 45, § 5, 46, § 3, 48, alinéa 4, 50, alinéa 1^{er}, 68, § 2, 72, 74, 81, § 5, 86, alinéa 1^{er}, 118, § 5, 119, § 3, 120, § 3, 121, § 8, alinéa 2, 122, § 7, 123, § 3, 124, § 3, 132, alinéa 1^{er}, 151, § 3, alinéa 1^{er}, 153, 1^o, 156, § 1^{er}, 168, § 2, alinéa 1^{er}, et § 3, 169, alinéa 3, 171, alinéa 1^{er}, et 193¹².

¹¹ Voir à cet égard le contreseing de la loi du 13 août 2011.

¹² Lorsqu'on fait référence aux différentes dispositions, il faut, le cas échéant, également faire chaque fois mention des textes qui ont apporté dans le passé des modifications aux dispositions concernées et qui sont encore en vigueur (Voir : *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 27, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be), (ci-après en abrégé : « *Guide de légistique* »).

8. On adaptera la rédaction de l'alinéa du préambule du projet qui fait référence aux dispositions de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' procurant un fondement juridique comme suit:

« Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, les articles 3, § 1^{er}, alinéa 5, 46, § 7, 62, § 2, alinéa 1^{er}, et § 3, et 63, alinéa 3; ».

9. Le préambule du projet doit encore viser l'analyse d'impact de la réglementation qui a été réalisée en ce qui concerne la réglementation en projet. À cet effet, on insérera un alinéa¹³ qui sera de préférence rédigé comme suit :

« Vu l'analyse d'impact de la réglementation réalisée le 25 septembre 2017, conformément aux articles 6, § 1^{er}, et 7, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative; ».

Articles 7 et 8

10. Si plusieurs articles d'un même acte sont modifiés, il y a lieu de les modifier en suivant leur ordre numérique¹⁴. On permutera dès lors les articles 7 et 8 du projet.

Une observation identique vaut pour les articles 51 et 52 du projet.

Article 9

11. Dans le texte français de l'article 30, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, on remplacera la référence à « l'article 44, § 2, troisième phrase » par une référence à « l'article 44, § 2, alinéa 2, troisième phrase ».

Article 11

12. On rédigera le début de l'article 11 du projet comme suit : « L'article 38/12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du même arrêté, ... ».

Article 17

13. À la fin de la définition de la loi « concessions »¹⁵, il convient d'écrire, dans le texte français de l'article 17, 2°, du projet, « aux contrats de concession; ».

¹³ Immédiatement avant ou immédiatement après l'alinéa du préambule qui vise l'avis de la Commission des marchés publics, qui date du même jour.

¹⁴ *Guide de légistique*, recommandation n° 122.

¹⁵ Dans la définition inscrite à l'article 26, 2°, du projet, la loi concernée est désignée comme « loi relative aux contrats de concession ». Les auteurs du projet doivent vérifier s'il n'est pas possible d'utiliser un intitulé abrégé plus uniforme dans les différents textes normatifs.

14. Dans le texte français de l'article 1^{er}, 5^o/1, en projet, de l'arrêté royal du 3 avril 2013 (article 17, 5^o, du projet), l'intitulé abrégé de l'arrêté royal du 25 juin 2017 doit également mentionner sa date.

Article 18

15. Sous réserve des observations formulées au point 3.2, les auteurs du projet doivent vérifier si les articles 9, 3^o, et 10, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o, de l'arrêté royal du 3 avril 2013 ne doivent pas également être adaptés afin d'aligner ces dispositions sur la modification que l'article 18, 4^o, du projet apporte à l'article 3, § 2, 2^o, de cet arrêté.

Article 21

16. Compte tenu notamment de l'article 15 du projet, il vaudrait mieux, semble-t-il, que l'article 21 du projet ne se limite pas à modifier l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 3 avril 2013, mais que l'alinéa 1^{er} de l'article 8, § 1^{er}, de cet arrêté royal soit également modifié en y remplaçant, dans le texte néerlandais, les mots « overheidsopdracht-, wedstrijd- of concessiedocumenten » par les mots « overheidsopdracht -, prijsvraag- of concessiedocumenten » et, dans le texte français de la même disposition, *in fine*, en y remplaçant les mots « concours du projet » par le mot « concours ».

Articles 23 et 24

17. Eu égard à l'article 16 du projet, la question se pose de savoir si les dispositions modificatives des articles 23 et 24, 1^o, du projet ne doivent pas être complétés par une référence aux dispositions pertinentes de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' ¹⁶.

Article 26

18. L'article 2, 7^o, a), en projet, de l'arrêté royal du 13 juillet 2014 ¹⁷ (article 26, 3^o, du projet) fait mention d'un « concours de projet ». La question se pose de savoir s'il ne vaudrait pas mieux omettre pareille mention, compte tenu du fait que la disposition en projet vise à donner exécution à la loi du 13 août 2011, précitée, qui ne comporte pas de dispositions relatives à des « concours de projet ».

19. Les auteurs du projet seraient bien avisés de vérifier si l'article 2, 7^o, b), en projet, de l'arrêté royal du 13 juillet 2014 (article 26, 3^o, du projet) ne doit pas être complété afin d'aligner également son champ d'application sur l'article 168, § 1^{er}, *in fine*, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'. En outre, il vaudrait mieux vérifier si la définition de

¹⁶ Voir notamment les articles 26 et 35 de la loi concernée du 17 juin 2016.

¹⁷ Arrêté royal du 13 juillet 2014 'relatif aux exigences d'efficacité énergétique dans le cadre de certains marchés publics portant sur l'acquisition de produits, de services et de bâtiments'.

la notion de « concession », inscrite à l'article 2, 7°/1, en projet, de l'arrêté royal du 13 juillet 2014 (article 26, 4°, du projet) ne doit pas être limitée afin d'aligner son champ d'application sur celui de l'article 62, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

Article 31

20. Il est suggéré de rédiger l'article 31 du projet comme suit :

« Dans les phrases introductives de l'article 32, §§ 2 et 3, du même arrêté, le mot 'impositions' est chaque fois remplacé par le mot 'charges'. Dans le texte néerlandais, on remplacera chaque fois les mots 'metingen en prestaties' par les mots 'maatregelen en lasten' ».

Une suggestion analogue peut être formulée pour l'article 44 du projet en ce qui concerne la modification des phrases introductives de l'article 40, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal concerné du 18 juin 2017.

Article 32

21.1. Le commentaire que le rapport au Roi consacre à l'article 32 du projet définit l'intention qui préside à cette disposition comme suit :

« L'article 32 concerne le moment limite pour soumissionner ou pour introduire une demande de participation. Bien que le mot utilisé 'avant' soit clair[e] sur le moment où les offres ou les demandes de participation doivent être déposées, l'utilisation de l'adjectif 'ultime' peut malgré tout semer le doute. En effet, selon un arrêt du conseil d'Etat (C.E., n° 236.072, 12 octobre 2016), le moment 'ultime' désigne le dernier moment où une offre peut être déposée et pas le premier moment où une offre ne peut plus être déposée. Afin d'éviter tout doute, l'adjectif 'ultime' est retiré de différents articles du dispositif.

Par conséquent, les offres doivent donc parvenir avant la date et l'heure fixée par l'adjudicateur. L'offre qui parviendrait à l'heure fixée ou après celle-ci serait considérée comme tardive. Il en va de même pour les demandes de participation. Par exemple, si la limite d'introduction des offres est fixée dans le cahier spécial des charges le 26 février 2018 à 10h00, les offres qui parviennent à 9h59 ou avant sont à l'heure, tandis que celles qui parviennent à 10h00 et 0 seconde ou plus tard sont tardives ».

L'article 32 du projet vise à remplacer dans l'article 39, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 les mots « au plus tard à la date ultime d'introduction » (« ten laatste op het uiterste tijdstip ») par les mots « avant la date et l'heure limites d'introduction » (« vóór de limietdatum en het limietuur »). D'autres dispositions du projet visent également à apporter des modifications similaires à des articles du même arrêté royal (voir les articles 35 et 37 à 40), de l'arrêté royal du 18 juin 2017 (voir les articles 45 à 50) ou de l'arrêté royal du 25 juin 2017 (article 53). Toutes ces modifications sont dictées par le fait que l'utilisation du mot « ultime » (« uiterste ») engendrerait la confusion et serait source d'imprécision.

Les observations suivantes peuvent être formulées à cet égard.

21.2. Force est de constater en premier lieu que toutes les dispositions des arrêtés royaux précités qui utilisent le mot « ultime » d'une manière comparable à celle des articles énumérés au point 21.1. ne sont pas adoptées¹⁸. On n'aperçoit pas clairement si telle est l'intention et quelle est dans ce cas la raison pour laquelle aucune adaptation de la terminologie utilisée dans ces dispositions n'est nécessaire, ni si les dispositions concernées ont échappé sur ce point à l'attention des auteurs du projet. Si les adaptations terminologiques concernées devaient effectivement être apportées, les auteurs du projet devront veiller à ce qu'elles soient opérées dans toutes les dispositions réglementaires entrant en ligne de compte à cet effet, sinon, dans le cas contraire, une insécurité juridique risque d'être ainsi créée.

21.3. Par ailleurs, le Conseil d'État, section de législation, se demande si l'on peut simplement considérer, d'une manière générale – comme semble le faire le rapport au Roi – que l'utilisation des mots « ultime » ou « uiterste » prête nécessairement à confusion. Le seul arrêt du Conseil d'État, section du contentieux administratif, dans lequel le mot concerné devait être interprété et auquel le rapport au Roi fait référence, peut difficilement être considéré comme une justification adéquate d'un tel postulat. Au contraire, l'interprétation donnée dans l'arrêt paraît précisément être celle qui est habituellement utilisée dans le langage non seulement juridique, mais également courant¹⁹. Par contre, la solution que l'article 32 et certaines autres dispositions du projet prévoient, semble plutôt inhabituelle et n'est pas de nature à dissiper tout doute concernant sa portée exacte.

21.4. Il pourrait se déduire des termes du rapport au Roi que la seule intention qui sous-tend l'article 32 du projet est de mettre fin à une imprécision terminologique résultant de l'utilisation des mots « ultime » et « uiterste » à l'article 39, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 [« [a]fin d'éviter tout doute »]. Le souci d'une plus grande clarté terminologique semble également être en premier lieu à la base des modifications similaires que certaines autres dispositions du projet visent également à apporter aux articles du même arrêté royal ou d'autres arrêtés royaux.

Toutefois, l'article 32 du projet a une portée plus étendue que la simple portée terminologique. En effet, cet article 32 vise également à apporter une modification de fond à l'article 39, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, en ce sens que la modification en projet avance le moment de référence pour l'introduction des demandes de participation ou des offres concernées.

Il ne se déduit pas avec suffisamment de clarté du commentaire concerné dans le rapport au Roi – consacré plus spécifiquement à l'article 32 du projet – si l'adaptation terminologique qui est également visée dans d'autres dispositions du projet afin d'éviter des imprécisions relatives à l'emploi des mots « ultime » ou « uiterste », a ou non des répercussions sur le fond²⁰, si celles-ci sont voulues et pourquoi il a été opté pour l'une ou l'autre adaptation de

¹⁸ À cet égard, citons les articles 62, § 2, alinéa 1^{er}, 63, § 2, alinéa 1^{er}, et 82, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, l'article 80, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, et les articles 16, 5°, 25, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 26, 32, § 2, alinéa 1^{er}, 33, § 2, alinéa 1^{er}, et l'annexe 2, point 8, de l'arrêté royal du 25 juin 2017.

¹⁹ Ainsi, le *Grand Robert de la langue française* définit le mot « ultime » comme « dernier, final (dans le temps) ».

²⁰ La majorité des dispositions du projet qui visent à supprimer les mots « ultime » ou « uiterste » semblent avoir également une portée sur le fond, et pas uniquement terminologique. Or, tel ne semble par exemple pas être le cas de l'article 37 du projet qui vise la suppression du mot « ultime » à l'article 83 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

fond. Il serait toutefois opportun de fournir de telles précisions dans les articles concernés, compte tenu du fait que les adaptations apportées dans les différentes dispositions du projet sont diversifiées concernant le point d'expiration des délais : dans certains cas, il s'agit en effet d'une adaptation du délai d'introduction des demandes de participation ou des offres ²¹, dans d'autres cas, l'adaptation concerne la dernière date utile des appréciations et rectifications de situations fiscales ou sociales ²².

Dans un souci de sécurité juridique, il est recommandé de vérifier dans chacune des dispositions du projet où les dates concernées sont formulées différemment – et d'indiquer dans le rapport au Roi – si l'adaptation terminologique concernée a également des effets quant au fond et pourquoi, le cas échéant, il est jugé nécessaire d'avancer des dates fixées antérieurement.

Article 41

22. À l'article 41 du projet, il convient, lors de la modification de l'article 132 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de l'ajout à celui-ci, d'omettre chaque fois les mentions de la date et de l'intitulé de la loi concernée ²³.

La même observation vaut pour l'article 51, 1^o, du projet, en ce qui concerne la modification de l'article 130 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 ²⁴.

Article 42

23. Il est recommandé que les auteurs du projet, à l'occasion de la suppression de la mention de la « Société fédérale de Participations et d'Investissement » dans l'annexe 1 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, vérifient si d'autres organismes similaires, comme la « Participatiemaatschappij Vlaanderen », ne doivent pas également être supprimés dans cette annexe. Au demeurant, cette annexe mentionne encore le Fonds de participation (fédéral), bien que les régions soient entre-temps compétentes pour les activités de ce fonds et qu'elles les ont reprises par le biais d'autres instances ²⁵.

La même observation s'applique à l'égard de l'article 54 du projet qui vise à modifier l'annexe 1, A, de l'arrêté royal du 25 juin 2017.

²¹ Voir par exemple les modifications en projet de l'article 57, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et de l'article 83 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, respectivement, par les articles 35 et 37 du projet.

²² Voir par exemple la modification en projet de l'article 39, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 par l'article 32 du projet.

²³ Voir en effet l'article 2, 1^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la référence au « titre 2 de la loi » figurant dans l'article 132, alinéa 2, en projet, de cet arrêté (article 41, 2^o, du projet) et comparer également avec l'article 51, 2^o, du projet.

²⁴ Voir l'article 2, 1^o, de cet arrêté royal.

²⁵ Voir l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 1^{er}, 8^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'; voir également A. BETTENS, W. CORLUIY, G. DUVILLIER, K. VANHEUSDEN et B. MARTENS, *Subsidieboekje 2015*, Malines, Wolters Kluwer, 2018, p. 774.

Article 43

24. À l'article 37, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, on écrira « entité adjudicatrice » (et non : « adjudicateur ») ²⁶.

Il y a lieu d'adapter de la même manière l'article 123/1, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, du même arrêté royal (article 52 du projet).

Article 54

25. Dès lors que l'article 53 du projet mentionne déjà la date et l'intitulé de l'arrêté royal du 25 juin 2017, il suffit d'écrire à l'article 54 du projet « À l'annexe 1, A, du même arrêté, les mots ... » au lieu de « À l'annexe 1.A de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concessions, les mots ... ») ²⁷.

Article 55

26. L'article 55, alinéa 1^{er}, du projet dispose que l'arrêté royal en projet, à l'exception de quelques articles, entrera en vigueur « le premier jour qui suit sa publication au *Moniteur belge* ».

À moins d'une raison particulière justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur des arrêtés, fixé par l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, il y a lieu d'omettre cet alinéa du projet.

27. L'article 55, alinéa 2, du projet prévoit pour l'article 11 une entrée en vigueur rétroactive avec effet au 30 juin 2017. Il ressort toutefois du rapport au Roi que les auteurs du projet ont l'intention de faire rétroagir au 30 juin 2017 ²⁸ l'article 13 – et non l'article 11.

Il ne peut être conféré d'effet rétroactif aux arrêtés que sous certaines conditions. Tel est le cas lorsque la rétroactivité a une base légale, lorsqu'elle concerne une règle qui accorde des avantages dans le respect du principe de l'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement de l'administration, et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises. La rétroactivité de l'article 13 du projet ne peut se justifier que si elle s'inscrit dans une des hypothèses énumérées ci-dessus.

²⁶ Voir à cet égard les définitions inscrites à l'article 2, 1°, 4° et 5°, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et comparer avec la mention des mots « pouvoir adjudicateur » figurant à l'article 29, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (article 30 du projet). Le mot « adjudicateur » ne figure d'ailleurs pas encore dans l'arrêté royal du 18 juin 2017, à la différence des mots « entité adjudicatrice » et « pouvoir adjudicateur » qui y sont fréquemment utilisés.

²⁷ *Guide de légistique*, recommandation n° 112, à la fin, et formule F 4-2-2-2; comparer également avec l'article 42 du projet.

²⁸ Voir le commentaire de l'article 13 et du chapitre 9 du projet dans le rapport au Roi.

Interrogé sur la justification de la rétroactivité envisagée, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Inderdaad is een vergissing geslopen in de formulering van het ontwerp. De bedoeling was om terugwerkende kracht te verlenen aan artikel 13 van het ontwerp. Het betreft de bepaling die erop gericht is ervoor te zorgen dat de artikelen 38/1, 38/2 en 38/19 eveneens van toepassing worden gemaakt op de opdrachten die werden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt vóór 30 juni 2017, alsook op de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, nog vóór die datum werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte. Een dergelijke retroactieve werking is verantwoord omdat het hypothesen betreft die in de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten niet langer worden behandeld als een hypothese waarbij uitzondering gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (zie meer bepaald artikel 26, § 1, 2°, a), 3°, b), en 3°, c), van de wet van 15 juni 2006). Er kunnen verschillende hypothesen onderscheiden worden:

- ofwel hebben de aanbesteders, geconfronteerd met deze lacune, de aankoop uitgesteld (wetende dat een oplossing in de maak was via het onderhavige ontwerp): de situatie in rechte wordt in dat geval niet gewijzigd;

- ofwel hebben de aanbesteders, geconfronteerd met deze lacune, een nieuwe opdracht geplaatst (en gesloten). De bepaling met retroactieve werking waarvan hier sprake heeft geen enkele invloed op deze gesloten overeenkomsten;

- ofwel hebben de aanbesteders, geconfronteerd met deze lacune, gebruik gemaakt van een andere toegelaten wijzigingsmogelijkheid (bvb de minimis-bepaling vervat in artikel 38/4 KB AUR). Ook hier geldt dat de bepaling met retroactieve werking waarvan hier sprake geen invloed heeft op deze rechtsgeldige wijzigingen;

- ofwel hebben de aanbesteders ondertussen de wijziging toch doorgevoerd zonder verwijzing naar een toegelaten wijzigingsmogelijkheid (ze hebben bvb toch verwezen naar artikel 38/1 of 38/2). De retroactieve werking zorgt in dat geval voor een regularisatie voor zowel de aanbesteders als de opdrachtnemer. Gelet op de beschreven hypothesen in de artikelen 38/1 en 38/2 lijkt dit verantwoord. In artikel 38/1 wordt immers verduidelijkt dat het gevallen betreft waarbij een verandering van opdrachtnemer “niet mogelijk is om economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven” (voor de andere voorwaarden, zie art. 38/1 KB AUR). Artikel 38/2 heeft betrekking op gevallen waarbij de beoogde wijziging het “noodzakelijk gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbesteder niet kon voorzien” (voor de andere voorwaarden, zie artikel 38/2 KB AUR). Ook hier lijkt het onbillijk geen regularisatie toe te staan.

De voorziene retroactieve werking ontnemt geen rechten aan de aanbesteders en de opdrachtnemers. De vraag kan echter worden gesteld of geen rechten worden ontnomen aan ondernemers die ook geïnteresseerd waren geweest om deel te nemen. Wat artikel 38/1 betreft gaat het eerder om een theoretische vraag want de plaatsing van de opdracht had in quasi alle gevallen wellicht toch geleid tot de gunning aan de initiële opdrachtnemer (het betreft hypothesen waarbij het niet mogelijk is een andere opdrachtnemer aan te duiden omwille van economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven) ».

Eu égard à la justification donnée par le délégué, le Conseil d'État, section de législation, se demande si la rétroactivité de l'article 13 du projet peut être réputée admissible à l'égard de candidats et participants potentiels à un nouveau marché public qui n'a pas été passé à la suite d'une modification d'un marché public existant qui, sans cette rétroactivité, doit être considéré comme irrégulier. Il est recommandé de compléter la justification donnée par le délégué, compte tenu de l'hypothèse précitée et de reproduire la justification ainsi complétée, dans sa totalité ou du moins en ce qui concerne ses composantes essentielles, dans le rapport au Roi.

Observation finale

28. On complétera le projet d'arrêté royal par une formule de signature (du contreseing).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME