

SERVICE PUBLIC FEDERAL ECONOMIE,
P.M.E., CLASSES MOYENNES ET ENERGIE

[C – 2017/12789]

19 JUIN 2017. — Arrêté ministériel transférant une concession pour l'exploration et l'exploitation des ressources minérales et autres ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental de la Belgique de la firme SA Van Oord Belgium à la firme SPRL Van Oord België

Le Ministre de l'Economie,

Vu la loi du 13 juin 1969 sur l'exploration et l'exploitation des ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental, l'article 3, § 1^{er}, modifié par les lois des 20 janvier 1999 et 22 avril 1999 ;

Vu l'arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 relatif aux conditions et à la procédure d'octroi des concessions d'exploration et d'exploitation des ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental, l'article 19, modifié par l'arrêté royal du 19 avril 2014 ;

Vu l'arrêté ministériel de concession n° E6/2002/112/CP12/896 du 18 juillet 2002 pour la recherche et l'exploitation des ressources minérales et autres ressources non vivantes sur le plateau continental de la Belgique, modifié par les arrêtés ministériels des 12 septembre 2002, 21 janvier 2005, 14 juillet 2006 et 16 septembre 2009 ;

Vu le changement du 1^{er} janvier 2010 du l'Association momentanée N.H.M. – CEI CONSTRUCT vers SA CEI – De Meyer ;

Considérant l'arrêté royal du 20 mars 2014 relatif à l'établissement du plan d'aménagement des espaces marins ;

Considérant que le transfert de la concession de la firme SA Van Oord Belgium à la firme SPRL Van Oord België a été notifié au directeur général de la Direction générale Qualité et Sécurité du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes Moyennes et Energie par une lettre du 8 mai 2017 accompagnée des renseignements nécessaires,

Arrête :

Article 1^{er}. La concession qui a été octroyée par l'arrêté ministériel n° E6/2002/112/CP12/896 du 18 juillet 2002 à l'Association momentanée N.H.M. – CEI CONSTRUCT, établie à 8620 Nieuwpoort – Noorderhavenoever 12, pour exploiter, pour une période venant à expiration le 31 décembre 2019, du sable et du gravier du fond du plateau continental de la Belgique dans les zones de contrôle 1, 2 et 3 définies dans l'article 11, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 20 mars 2014 relatif à l'établissement du plan d'aménagement des espaces marins, est transférée à SPRL Van Oord België, établie à 9240 Zele – Spinnerijstraat 14F.

Art. 2. L'arrêté de concession est notifié au nouveau concessionnaire, SPRL Van Oord België. Une copie de l'arrêté ministériel est remise aux membres de la commission consultative visés à l'article 2 de l'arrêté royal du 12 août 2000 instituant la commission consultative chargée d'assurer la coordination entre les administrations concernées par la gestion de l'exploration et de l'exploitation du plateau continental et de la mer territoriale et en fixant les modalités et les frais de fonctionnement.

Bruxelles, le 19 juin 2017.

K. PEETERS

FEDERALE OVERHEIDSDIENST ECONOMIE,
K.M.O., MIDDENSTAND EN ENERGIE

[C – 2017/12789]

19 JUNI 2017. — Ministerieel besluit tot overdracht van de concessie voor de exploratie en de exploitatie van de minerale en andere niet-levende rijkdommen in de territoriale zee en op het continentaal plat van België van de firma Van Oord Belgium NV aan de firma Van Oord België BVBA

De Minister van Economie,

Gelet op de wet van 13 juni 1969 inzake de exploratie en exploitatie van niet-levende rijkdommen van de territoriale zee en het continentaal plat, artikel 3, § 1, gewijzigd bij de wetten van 20 januari 1999 en 22 april 1999;

Gelet op het koninklijk besluit van 1 september 2004 betreffende de voorwaarden en de toekenningsprocedure van concessies voor de exploratie en de exploitatie van de minerale en andere niet-levende rijkdommen in de territoriale zee en op het continentaal plat, artikel 19, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 19 april 2014;

Gelet op het ministerieel besluit nr. E6/2002/112/CP12/896 van 18 juli 2002 houdende concessie voor de exploratie en de exploitatie van de minerale en andere niet-levende rijkdommen van het continentaal plat van België, gewijzigd bij de ministeriële besluiten van 12 september 2002, 21 januari 2005, 14 juli 2006 en 16 september 2009;

Gelet op de wijziging op 1 januari 2010 van T.V. N.H.M. – CEI CONSTRUCT naar CEI – De Meyer N.V.;

Overwegende het koninklijk besluit van 20 maart 2014 tot vaststelling van het marien ruimtelijk plan;

Overwegende dat de overdracht van de concessie van Van Oord Belgium N.V. aan Van Oord België BVBA aan de directeur-generaal van de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie is betekend door middel van een schrijven d.d. 8 mei 2017 vergezeld van de nodige inlichtingen,

Besluit :

Artikel 1. De concessie bij het ministerieel besluit nr. E6/2002/112/CP12/896 van 18 juli 2002 die werd verleend aan T.V. N.H.M. – CEI CONSTRUCT, gevestigd te 8620 Nieuwpoort – Noorderhavenoever 12, om, voor een periode die eindigt op 31 december 2019, zand en grind te ontginnen van de bodem van het continentaal plat van België in de controlezones 1, 2 en 3 bepaald in artikel 11, § 1, van het koninklijk besluit van 20 maart 2014 tot vaststelling van het marien ruimtelijk plan, wordt overgedragen aan Van Oord België BVBA, gevestigd te 9240 Zele – Spinnerijstraat 14F.

Art. 2. Het concessiebesluit wordt betekend aan de nieuwe concessiehouder, Van Oord België BVBA. Een afschrift van het ministerieel besluit wordt overgemaakt aan de leden van de raadgevende commissie vermeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 12 augustus 2000 tot instelling van de raadgevende commissie belast met de coördinatie tussen de administraties die betrokken zijn bij het beheer van de exploratie en de exploitatie van het continentaal plat en van de territoriale zee en tot vaststelling van de werkingsmodaliteiten en -kosten ervan.

Brussel, 19 juni 2017.

K. PEETERS

SERVICE PUBLIC FEDERAL
CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE

[C – 2017/12261]

22 JUIN 2017. — Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services

RAPPORT AU ROI,

Sire,

La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dénommée ci-après « la loi », a pour objet de transposer en droit belge les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE en matière de marchés publics respectivement dans les secteurs classiques et dans les secteurs spéciaux.

Le présent projet vise transposer partiellement le chapitre relatif à l'exécution du marché dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Outre une série d'adaptations techniques et d'adaptations en matière de lutte contre le dumping social, le présent projet d'arrêté royal réforme en profondeur les règles relatives aux modifications du marché. Cette réforme est dictée par l'article 72 de la directive 2014/24/UE et l'article 89 de la directive 2014/25/UE. Le champ d'application est, par ailleurs, également adapté. Un certain nombre de dispositions clés concernant les modifications du marché sont déclarées applicables dans les secteurs spéciaux, même lorsqu'il s'agit de personnes (généralement de droit privé) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. Pour rappel, les règles générales d'exécution ne sont aujourd'hui pas applicables dans les secteurs dits « secteurs spéciaux privés ».

En outre, une série d'adaptations purement techniques sont insérées dans le texte, et l'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, est réglée. Les adaptations purement techniques précitées concernent les articles suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 : les articles 11 (désignation du fonctionnaire dirigeant), 16 (personnel), 25 (clarification concernant le calcul du cautionnement), 30 (clarification concernant le prélèvement sur le cautionnement), 35 (copie sur demande du cahier spécial des charges), 41 (renonciation à la vérification), 47 (gestion propre), 67 (modalités pour les avances), 69 (base de calcul des intérêts pour retard de paiement), 76 (temps de préparation pour les autres phases que la première phase) et 82 (modalités contre-essai). Le projet prévoit également l'insertion d'un nouvel article relatif à la base de calcul des pénalités générales ou spéciales ou des amendes pour retard (le nouvel article 46/1).

Enfin, le projet prévoit une série de dispositions nouvelles afin de lutter contre le dumping social. Les dispositions ont principalement trait à l'interdiction à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été attribué, à la limitation de la chaîne de sous-traitance, à la transparence accrue dans cette chaîne de sous-traitance, au respect obligatoire par les sous-traitants de la réglementation relative à l'agrément des entrepreneurs et à la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Comme indiqué dans la résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne et malgré l'absence d'une définition réglementaire ou universellement partagée du terme dumping social, la notion recouvre un large éventail de pratiques abusives intentionnelles et le contournement de la législation européenne et nationale en vigueur (y compris les dispositions législatives et les conventions collectives d'application générale), qui permettent le développement d'une concurrence déloyale en minimisant de façon illégale la charge salariale et les frais de fonctionnement et aboutit à des violations des droits des travailleurs et à l'exploitation des travailleurs.

Sauf indication contraire, les modifications qui sont introduites par le présent projet sont également d'application pour les marchés qui tombent dans le champ d'application de la loi défense et sécurité. Dès lors, ces marchés sont également soumis, à une exception près (voir le nouvel article 38/19, alinéa 2), aux nouvelles règles concernant les modifications au marché. La directive 2009/81/EC 'défense et sécurité' ne contient aucune règle relative aux modifications du marché. Par conséquent, les Etats membres disposent dans les limites des traités européens, d'une marge d'appréciation en la matière. Il n'existe aucune raison objective d'insérer d'autres règles pour les marchés concernés que les règles générales qui sont d'application aux modifications du marché.

FEDERALE OVERHEIDSDIENST
KANSELARIJ VAN DE EERSTE MINISTER

[C – 2017/12261]

22 JUNI 2017. — Koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten

VERSLAG AAN DE KONING,

Sire,

De wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, hierna « de wet » genoemd, heeft tot doel de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU om te zetten in Belgisch recht, respectievelijk in de klassieke en in de speciale sectoren.

Dit ontwerp zorgt voor de gedeeltelijke omzetting van het hoofdstuk omtrent de uitvoering van de opdracht in de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU. Naast een aantal technische aanpassingen en aanpassingen in verband met de strijd tegen de sociale dumping, wordt aldus voor een ingrijpende hervorming van de regels omtrent de wijzigingen aan de opdracht gezorgd. Deze hervorming is ingegeven door artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 89 van richtlijn 2014/25/EU. Daarnaast wordt ook het toepassingsgebied aangepast. Een aantal kernbepalingen omtrent wijzigingen aan de opdracht worden van toepassing verklaard in de speciale sectoren, zelfs wanneer het personen (meestal van privaatrecht) betreft die genieten van bijzondere of exclusieve rechten. Ter herinnering, op heden zijn de algemene uitvoeringsregels niet van toepassing in de zogenaamde private speciale sectoren.

Daarnaast worden een aantal louter technische aanpassingen doorgevoerd in de tekst, en wordt de inwerkingtreding geregeld van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten. De voormelde louter technische aanpassingen hebben betrekking op onderstaande artikelen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 : de artikelen 11 (aanduiding leidend ambtenaar), 16 (personeel), 25 (verduidelijking berekeningswijze borgtocht), 30 (verduidelijking modaliteiten bij afhouding van borgtocht), 35 (kopie op aanvraag van het bestek), 41 (afzien van keuring), 47 (uitvoering in eigen beheer), 67 (modaliteiten omtrent voorschotten), 69 (berekeningsbasis intrest voor laattijdige betaling), 76 (voorbereidingstijd voor de andere fases dan de eerste fase) en 82 (modaliteiten tegenproef). Het ontwerp voorziet eveneens in de invoeging van een nieuw artikel omtrent de berekeningsbasis van de bijzondere of algemene straffen of vertragsboetes (nieuw in te voegen artikel 46/1).

Tot slot voorziet het ontwerp in een aantal nieuwe bepalingen die kaderen in de strijd tegen de sociale dumping. De voornaamste bepalingen in dit verband hebben betrekking op het verbod voor de onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven, de beperking van de onderaannemingsketen, de verhoogde transparantie in deze onderaannemingsketen, de verplichte naleving van de erkenningswetgeving voor de onderaannemers en op het nazicht op de afwezigheid van uitsluitingsgronden in hoofde van de onderaannemers. Zoals erop is gewezen in de Resolutie van het Europees Parlement van 14 september 2016 over sociale dumping in de Europese Unie, kan er afschoon de afwezigheid van een reglementaire of universeel gebruikte definitie van het begrip sociale dumping, vanuit gegaan worden dat dit begrip betrekking heeft op een brede waaier aan opzettelijke misbruikpraktijken en de omzeiling van bestaande Europese en nationale wetgeving (met inbegrip van wetten en algemeen toepasselijke collectieve overeenkomsten), die oneerlijke concurrentie mogelijk maken door de arbeids- en werkingskosten op illegale wijze te minimaliseren, en resulteren in de schending van de rechten en de uitbuiting van werknemers.

Behoudens indien anders is aangegeven zijn de wijzigingen die door het onderhavig ontwerp worden ingevoerd ook van toepassing op de opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet defensie en veiligheid. Zodoende zijn deze opdrachten op één enkele uitzondering na (zie het nieuwe artikel 38/19, tweede lid), ook onderworpen aan van de nieuwe regels omtrent de wijzigingen aan de opdracht. In de richtlijn 2009/81/EG 'defensie en veiligheid' zijn geen regels vervat inzake wijzigingen aan de opdracht, zodat de lidstaten, binnen de perken van de Europese Verdragen, in dat verband over een beleidsmarge beschikken. Er zijn echter geen objectieve redenen om voor de betreffende opdrachten andere regels in te voeren dan de algemeen geldende regels inzake wijzigingen aan de opdracht.

Enfin, sauf disposition contraire dans le commentaire, il a été tenu compte des remarques formulées dans l'avis 61.030/1 du Conseil d'Etat donné le 23 mars 2017.

Article 1^{er}. Cette disposition modifie l'intitulé de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Tant la passation que l'exécution des contrats de concession seront régies par une loi distincte (la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) et un arrêté royal distinct. L'intitulé de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne doit, dès lors, plus faire référence aux concessions de travaux publics. Les dispositions spécifiques relatives aux concessions de travaux publics (articles 104 à 114) sont donc abrogées (voir commentaire de l'article 46).

Art. 2. Cette disposition vise à apporter deux adaptations terminologiques à divers endroits de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Chaque fois qu'il est question de « pouvoir adjudicateur », cette notion est tout d'abord remplacée par la notion d'adjudicateur. Cette dernière notion comprend non seulement les pouvoirs adjudicateurs (dans les secteurs classiques et les secteurs spéciaux), mais également les entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, à savoir les entreprises publiques et les personnes (essentiellement de droit privé) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs spéciaux. Cette notion faitière a été introduite à l'article 2, 5°, de la loi et est utilisée ici aussi, tous les acteurs précités pouvant ainsi être appréhendés de manière concise.

Pour les formalités nécessitant actuellement un envoi recommandé, la deuxième modification terminologique vise à permettre l'utilisation non seulement dudit envoi recommandé, mais également des envois électroniques assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi. Cela représente une simplification administrative considérable pour les adjudicateurs.

Art. 3. Cette disposition vise à remplacer l'article premier, indiquant de quelles directives l'arrêté royal du 14 janvier 2013 assure la transposition. En effet, il convient de renvoyer aux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Les références concernées ont, dès lors, été adaptées.

Art. 4. Cette disposition apporte certaines adaptations terminologiques dans les définitions. Tout d'abord, dans les dispositions sous a) à f), une série de définitions sont actualisées à la lumière de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de ses arrêtés d'exécution. Ces adaptations ne nécessitent pas de commentaire particulier.

Ensuite, dans la disposition sous g), deux définitions sont insérées. Pour la notion de « modification du marché », il s'agit, au sens le plus général du terme, de toute adaptation des conditions contractuelles du marché ou de l'accord-cadre. S'agissant de la modification du marché, nombre d'articles sont modifiés et ajoutés (voir les articles 37 et 38 qui sont remplacés et les articles 38/1 à 38/19 qui sont ajoutés). Ces dispositions ont pour but de transposer l'article 72 de la directive 2014/24/UE et l'article 89 de la directive 2014/25/UE.

Dans cette même disposition sous g) figure une définition de la notion « marché dans un secteur sensible à la fraude ». Sont considérés comme des marchés dans un secteur sensible à la fraude, les marchés de travaux ainsi que marchés de services tombant dans le champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales. En ce qui concerne ce dernier aspect, il s'agit plus particulièrement des marchés passés dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection des salaires des travailleurs. Pour ces marchés dans un secteur sensible à la fraude, des mesures spécifiques sont prévues, qui contribuent à la lutte contre le dumping social, plus particulièrement l'obligation pour l'adjudicataire de transmettre certaines informations relatives à la chaîne de sous-traitance à l'adjudicateur et la vérification de l'absence d'un motif d'exclusion par le pouvoir adjudicateur.

L'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE et l'article 88, paragraphe 8, de la directive 2014/25/UE autorisent les États membres à limiter l'application de telles mesures « notamment à l'égard de certains types de marchés, certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou d'opérateurs économiques ou à partir de certains montants ». Cette possibilité de limitation n'empêche pas que les critères utilisés doivent pouvoir se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. Le présent projet respecte d'ailleurs ces principes. Le projet prévoit des mesures spécifiques aux marchés passés dans des secteurs sensibles à la fraude, ce qui n'est pas contradictoire avec les principes précités puisqu'il a déjà été établi que des mesures spécifiques étaient nécessaires pour ces secteurs qui sont, comme leur nom l'indique, beaucoup plus touchés par la fraude.

Ten slotte is rekening gehouden met de opmerkingen in het advies 61.030/1 van de Raad van State, gegeven op 23 maart 2017, tenzij anders is bepaald in de commentaar.

Artikel 1. Deze bepaling wijzigd het opschrift van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Zowel de plaatsing als de uitvoering van de concessieovereenkomsten zullen geregeld worden door een afzonderlijke wet (de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten) en een afzonderlijk koninklijk besluit. Dienvolgens hoeft in het opschrift van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 niet langer verwezen te worden naar de concessies voor openbare werken. De specifieke bepalingen omtrent concessies voor openbare werken (de artikelen 104 tot 114) worden dan ook opgeheven (zie de commentaar bij artikel 46).

Art. 2. Deze bepaling is gericht op het doorvoeren van twee terminologische aanpassingen op diverse plaatsen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Telkens wanneer sprake is van de "aanbestedende overheid" wordt dit begrip vooreerst vervangen door het begrip "aanbesteder". Dit laatste begrip omvat niet alleen de aanbestedende overheden (in de klassieke en speciale sectoren), maar ook de aanbestedende entiteiten die geen aanbestedende overheid zijn, te weten de overheidsbedrijven en de (hoofdzakelijke privaatrechtelijke) personen met bijzondere of exclusieve rechten in de speciale sectoren. Dit overkoepelend begrip werd ingevoerd in artikel 2, 5°, van de wet en wordt ook hier aangewend, aangezien alle voormelde actoren hierdoor in bondige bewoordingen kunnen worden gevat.

De tweede terminologische wijziging is erop gericht, voor de formaliteiten waarvoor nu een aangetekende zending vereist, naast deze aangetekende zending ook toe te laten dat gebruik wordt gemaakt van elektronische zendingen die op vergelijkbare wijze de exacte datum van de verzending waarborgen. Dit betekent een aanzienlijke administratieve vereenvoudiging voor de aanbesteders.

Art. 3. Deze bepaling is gericht op de vervanging van het eerste artikel, waarin aangegeven wordt welke richtlijnen worden omgezet door middel van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Vanzelfsprekend moet verwezen worden naar de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU. De betreffende referenties zijn dan ook aangepast.

Art. 4. Deze bepaling is gericht op het doorvoeren van een aantal terminologische aanpassingen in de definities. Vooreerst worden, in de bepalingen onder a) tot f), een aantal definities geactualiseerd in het licht van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en haar uitvoeringsbesluiten. Deze aanpassingen behoeven geen nadere toelichting.

Daarnaast worden in de bepaling onder g) twee definities ingevoerd. Voor het begrip "wijziging van de opdracht" betreft het, in de meest algemene zin, elke aanpassing van de contractuele voorwaarden van de opdracht of de raamovereenkomst. Omtrent de wijziging van de opdracht worden heel wat artikelen gewijzigd en toegevoegd (zie de artikelen 37 en 38 die vervangen worden en de artikelen 38/1 tot 38/19 die worden toegevoegd). Deze bepalingen zijn gericht op de omzetting van artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 89 van richtlijn 2014/25/EU.

In dezelfde bepaling onder g) wordt een definitie ingevoerd voor het begrip "opdracht in een fraudegevoelige sector". Daarbij worden opdrachten voor werken aanzien als opdrachten in een fraudegevoelige sector, alsook de opdrachten voor diensten die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden. Wat dit laatste aspect betreft gaat het meer bepaald om de opdrachten die worden geplaatst in het kader van de in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten. Voor deze opdrachten in een fraudegevoelige sector worden specifieke maatregelen uitgewerkt die bijdragen aan de strijd tegen de sociale dumping, meer bepaald de verplichting voor de ondernemer om bepaalde informatie omtrent de onderaannemingsketen door te geven aan de aanbesteder en de verplichting tot nazicht op de afwezigheid van uitsluitingsgronden door de aanbestedende overheid.

Artikel 71, paragraaf 8, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 88, paragraaf 8, van richtlijn 2014/25/EU laten de lidstaten toe om de toepassing van dergelijke maatregelen te beperken "bijvoorbeeld tot bepaalde soorten opdrachten, bepaalde categorieën aanbestedende diensten of ondernemers of bepaalde bedragen". De beperkingsmogelijkheid doet geen afbreuk aan het feit dat de gebruikte criteria verzoenbaar moeten zijn met de grondwettelijk gewaarborgde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Het onderhavige ontwerp respecteert dan ook de voormelde beginselen. Het ontwerp voorziet in specifieke maatregelen voor de opdrachten die geplaatst worden in fraudegevoelige sectoren. Dit is niet in tegenspraak met de voormelde beginselen aangezien reeds werd aangetoond dat specifieke maatregelen nodig zijn voor deze sectoren die, zoals hun naam het aangeeft, veel meer geraakt zijn door fraude.

Les secteurs sensibles à la fraude n'ont pas été déterminés par la législation 'marchés publics' mais par le biais d'un renvoi aux activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection des salaires des travailleurs. Pour ne pas compliquer inutilement le projet, il a été décidé, en ce qui concerne les marchés de travaux, de ne pas renvoyer à cet article 35/1 et de les considérer comme étant sensibles à la fraude.

Art. 5. Cette disposition vise à actualiser la référence à la disposition de la loi qui concerne la fixation des délais et ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 6. Cette disposition remplace les articles 5 et 6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Le champ d'application fait l'objet d'une série d'adaptations.

L'actuel article 5, § 3, énumère les dispositions applicables aux marchés dont le montant estimé est supérieur à 8.500 euros mais inférieur ou égal à 30.000 euros. Ce n'est plus le cas dans le projet : les règles générales d'exécution ne sont plus rendues applicables aux marchés dont le montant estimé n'atteint pas 30.000 euros. Cette approche fait écho au régime assoupli prévu aux articles 92 et 162 de la loi pour les marchés publics de faible montant (pareils marchés peuvent être conclus par facture acceptée jusqu'à un montant qui n'atteint pas 30.000 euros au lieu de 8.500 euros actuellement, voir article 105, § 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011). Il est toutefois prévu que les documents du marché peuvent rendre certains articles applicables à un marché déterminé. Vu que les articles 92, alinéa 1^{er}, 1^o, et 162, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi prévoient déjà que l'article 12 de cette même loi relatif au principe du paiement pour un service fait et accepté n'est nullement applicable aux marchés de faible montant, il n'y a plus lieu de renvoyer à l'article 67, § 1^{er}, 5^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (comme c'est le cas aujourd'hui à l'article 5, § 4). Cette dernière disposition est d'ailleurs abrogée pour la même raison (voir aussi le commentaire de l'article 32).

Ce qui précède implique également qu'il ne subsiste plus qu'un seul seuil applicable tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux.

Diverses adaptations ont, en outre, été apportées à l'article 6. Dans les premier et deuxième paragraphes, tout d'abord, quelques références ont été actualisées et certains termes, adaptés. Il n'y a pas lieu de fournir de plus amples commentaires à cet égard, sauf en ce qui concerne les aspects ci-dessous.

En premier lieu, il y a la précision de la liste des articles-clé qui restent applicables aux catégories de marchés exclus concernés (voir paragraphes 2 et 3). Pour rappel : suite à la référence dans l'article 6, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 à l'article 9, §§ 2 et 3 du même arrêté, il découle implicitement (voir à ce sujet le commentaire de l'article 5 du rapport au Roi de l'arrêté royal du 22 mai 2014 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics), que les articles relatifs aux règles de paiement mentionnés dans ces dispositions sont également d'application sur ces catégories de marchés. Il s'agit en premier lieu des articles 95, 120, 127, 156 et 160 et plus particulièrement des dispositions relatives aux délais de vérification et de paiement. Il s'agit en deuxième lieu de l'article 69, relatif à l'intérêt pour retard de paiement et à l'indemnisation pour les frais de recouvrement. L'applicabilité de l'article 69 s'appuie également, par le biais d'une référence, sur les dispositions mentionnées à l'article 9, § 2, alinéas 2 et 3, qui font valoir une interdiction de principe de prolonger la vérification et le délai de paiement « sans préjudice des paragraphes 1^{er} et 4 » (de l'article 9). L'applicabilité (implicite) de l'article 9, § 1^{er}, implique qu'outre l'article 69 les articles du chapitre 1^{er} et les articles 37 (actuel), 38 (actuel) et 67 sont d'application sur les catégories de marchés mentionnés à l'article 6, § 1^{er}. L'applicabilité (implicite) de l'article 9, § 4, signifie de son côté que lorsque, pour les catégories de marchés concernés, il est prévu une prolongation du délai de vérification et de paiement, il convient de respecter les obligations de motivation de l'article 9, § 4 (outre les conditions de l'article 9, § 2). Il a donc été jugé plus utile d'indiquer explicitement les articles-clé qui restent d'application, au lieu de maintenir ces références implicites multiples et nombreuses, à savoir : les articles 1 à 9, 67, 69, 95, 120, 127, 156 et 160, ainsi que la « deuxième série » d'articles-clé, commentée ci-après.

Lors de l'actualisation de la liste (jusqu'à ce jour encore implicite, voir supra), la référence aux articles 37 et 38 a été remplacée par une référence aux articles 12, § 4, 12/1, 37 à 38/6, 38/19, 62, alinéa 1^{er}, 1^o, et alinéa 2, ainsi qu'à l'article 62/1 (voir paragraphe 2, alinéa 2). Cette

De fraudegevoelige sectoren werden niet bepaald door de wetgeving 'overheidsopdrachten' maar door middel van een verwijzing naar de in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten. Om de tekst van het ontwerp niet nodeloos ingewikkeld te maken werd beslist, wat de opdrachten voor werken betreft, om niet te verwijzen naar dit artikel 35/1 en om deze te beschouwen als fraudegevoelig.

Art. 5. Deze bepaling is gericht op het actualiseren van de verwijzing naar de bepaling van de wet die betrekking heeft op de vaststelling van de termijnen, en behoeft geen verdere toelichting.

Art. 6. Deze bepaling vervangt de artikelen 5 en 6 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Er worden een aantal aanpassingen doorgevoerd op het vlak van het toepassingsgebied.

In het huidige artikel 5, § 3, is voorzien in een oplijsting van bepalingen die van toepassing zijn op de opdrachten waarvan de geraamde waarde hoger is dan 8.500 euro maar lager dan of gelijk is dan 30.000 euro. In het ontwerp is dat niet langer het geval: de algemene uitvoeringsregels worden niet langer van toepassing verklaard op de opdrachten waarvan de geraamde waarde het bedrag van 30.000 euro niet bereikt. Deze aanpak sluit aan bij de versoepelde regeling voor de overheidsopdrachten van beperkte waarde zoals die blijkt uit de artikelen 92 en 162 van de wet (waarbij opdrachten van geringe waarde mogen tot stand komen via een aanvaarde factuur tot een bedrag lager dan 30.000 euro i.p.v. 8.500 euro zoals op heden, zie artikel 105, § 1, 4^o, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011). Wel is voorzien dat de opdrachtdocumenten alsnog bepaalde artikelen van toepassing kunnen maken op een bepaalde opdracht. Aangezien in de artikelen 92, eerste lid, 1^o en 162, eerste lid, 1^o, van de wet reeds is bepaald dat artikel 12 van diezelfde wet omtrent het beginsel van betaling voor verstrekte en aanvaarde prestaties, geenszins van toepassing is op de opdrachten van beperkte waarde, hoeft niet langer in een verwijzing te worden voorzien (zoals nu het geval is in artikel 5, § 4), naar artikel 67, § 1, 5^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Deze laatste bepaling wordt overigens opgeheven om dezelfde reden (zie ook de commentaar bij artikel 32).

Het voorgaande betekent eveneens dat nog slechts één drempelbedrag van toepassing is voor zowel de klassieke sectoren als de speciale sectoren.

Ook in artikel 6 zijn diverse aanpassingen doorgevoerd. In de eerste en tweede paragraaf worden vooreerst enkele actualisering in de verwijzingen en terminologische aanpassingen aangebracht. Deze behoeven, met uitzondering van de onderstaande aspecten, geen verdere commentaar.

Vooreerst werd de lijst van kernartikelen waaraan de betrokken categorieën van uitgesloten opdrachten toch onderworpen blijven verduidelijkt (zie paragrafen 2 en 3). Ter herinnering, ingevolge de verwijzing in artikel 6, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 naar artikel 9, §§ 2 en 3 van datzelfde besluit vloeit op heden reeds impliciet voort (zie de commentaar hieromtrent bij artikel 5 in het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 mei 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken), dat de in die bepalingen vermelde artikelen inzake de betalingsregels eveneens op de bedoelde opdracht-categorieën toepasselijk zijn. In de eerste plaats betreft het de artikelen 95, 120, 127, 156 en 160, meer bepaald wat betreft de daarin vervatte bepalingen omtrent de verificatie- en betalingstermijnen. In de tweede plaats betreft het artikel 69 inzake de interest voor laattijdige betaling en de vergoeding voor invorderingskosten. De toepasselijkheid van artikel 69 steunt eveneens, bij verwijzing, op de in artikel 9, § 2, tweede en derde lid, vermelde bepalingen dat het principieel verbod tot verlenging van de verificatie en betalingstermijn geldt "onverminderd de paragrafen 1 en 4" (van artikel 9). De (impliciete) toepasselijkheid van artikel 9, § 1, houdt in dat naast artikel 69 ook de artikelen van hoofdstuk 1 en de artikelen 37 (huidig), 38 (huidig) en 67 toepasselijk zijn op de in artikel 6, § 1, vermelde opdracht-categorieën. De (impliciete) toepasselijkheid van artikel 9, § 4, houdt langs zijn kant in dat wanneer voor de in betreffende opdracht-categorieën wordt voorzien in een verlenging van de verificatie-en/of betalingstermijn, daarbij (naast de voorwaarden van artikel 9, § 2 zelf) de motiveringsverplichtingen van artikel 9, § 4, moeten worden gerespecteerd. Welnu, in plaats van deze enigszins ingewikkelde en veelvuldige impliciete verwijzingen werd het nuttiger geacht om expliciet aan te geven welke kernartikelen toch van toepassing blijven, te weten de artikelen 1 tot 9, 67, 69, 95, 120, 127, 156 en 160, alsook de hierna besproken "tweede reeks" van kernartikelen.

Bij de actualisatie van de lijst werd de (op heden nog impliciete, zie supra) verwijzing naar de artikelen 37 en 38 vervangen door een verwijzing naar de artikelen 12, § 4, 12/1, 37 tot 38/6, 38/19, 62, eerste lid, 1^o en tweede lid, alsook artikel 62/1 (zie paragraaf 2, tweede lid).

« deuxième série » d'articles-clé a trait à la transposition des articles 71.3, 71.5, 72 et 73 de la directive 2014/24/UE et les dispositions correspondantes de la directive 2014/25/UE (essentiellement la problématique de la modification des marchés). Il s'agit de dispositions qui font désormais partie des règles européennes et qui doivent donc rester d'application.

Les services sociaux et autres services spécifiques (voir annexe III de la loi) sont pour la plupart exceptés. Ils ne sont soumis qu'aux articles-clé précités (première et deuxième série).

La situation est différente pour ce qui a trait aux services repris sous la définition « Services d'hôtellerie et de restauration » et « Services juridiques ».

Les « Services d'hôtellerie et de restauration » sont entièrement soumis au présent projet.

En ce qui concerne les services juridiques, le champ d'application est réglé dans un paragraphe 4 distinct. Certains services juridiques demeurent assujettis à l'ensemble des dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. S'agissant des services juridiques, il convient cependant de rappeler que de nombreux services juridiques sont désormais exclus du champ d'application de la loi. Il va sans dire que le présent projet ne s'applique pas non plus à ces services juridiques exclus du champ d'application de la loi. Il en va de même pour les marchés de désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, visés à l'article 28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, a) et b), de la loi. Même si le Roi a fait usage de la délégation facultative pour fixer certaines règles de passation pour ces marchés, ils ne sont pas assujettis au présent projet.

S'agissant des marchés tombant sous le champ d'application du titre 3 de la loi et qui sont passés soit par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soit par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, une modification importante est à souligner. Pour la première fois, ils seront soumis à une série d'articles-clé, plus particulièrement de la deuxième série. Il faut, en effet, également veiller à ce que les dispositions des directives relatives aux modifications du marché et à la fin du marché soient aussi transposées par rapport aux services concernés qui, à ce jour, sont exclus du champ d'application sur la base de l'article 6, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Les marchés concernés ne sont pas soumis à la première série d'articles-clé.

Une nouvelle exemption est prévue pour la désignation d'un réviseur d'entreprises. Il doit en effet être constaté que certaines dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 entrent en contradiction avec le code des sociétés.

La notion de « marchés de promotion » n'est désormais plus définie dans la loi. Ces marchés sont en principe soumis aux règles du régime ordinaire. Néanmoins, les possibilités de dérogations aux règles générales d'exécution ont été assouplies (voir ci-après, le commentaire de l'article 9).

Il est rappelé que beaucoup de marchés qualifiés auparavant de marchés de promotion de travaux pourront toutefois être qualifiés de contrats de concession et être ainsi soumis à des règles d'exécution particulières. La réglementation antérieure qui prévoyait la non-applicabilité des articles énumérés à l'article 96 pour les marchés précités ne répondant pas à toutes les conditions pour pouvoir bénéficier de l'exception, n'a pas été reprise. La section 2 du chapitre 3 qui reprend l'article 96 sera en effet abrogée (voir le commentaire relatif à l'article 46 pour de plus amples informations).

Il n'est plus question non plus, pour des raisons évidentes, des concessions de travaux publics.

Le quatrième paragraphe de l'article 6 remplacé est pour ainsi dire identique à l'article 6, § 2, 3^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Le cinquième paragraphe ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 7. Cette disposition remplace l'article 7 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. L'alinéa 1^{er}, qui correspond en grande partie à l'actuel alinéa 1^{er} de l'article 7, précise que l'accord-cadre n'est soumis qu'à un nombre limité de règles. En effet, l'accord-cadre en tant que tel est exécuté par la conclusion des marchés subséquents basés sur l'accord-cadre, et par l'exécution de ces derniers marchés. Ainsi, l'accord-cadre même ne doit être assujéti qu'à certaines dispositions clés. Par rapport à l'actuelle liste contenue à l'article 7, alinéa 1^{er}, seuls l'article 12, § 4, concernant l'action directe du sous-traitant et les articles 37 à 38/19 concernant les modifications du marché ont été ajoutés, outre l'article 62/1 nouvellement inséré.

Deze "tweede reeks" van kernartikelen heeft betrekking op de omzetting van de artikelen 71.3, 71.5, 72 en 73 van richtlijn 2014/24/EU en de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 2014/25/EU (hoofdzakelijk het leerstuk van de wijziging van de opdrachten). Het betreft bepalingen die nu ook het voorwerp uitmaken van Europese regels en die dus van toepassing dienen te blijven.

De sociale diensten en andere specifieke diensten (zie bijlage III van de wet) zijn voor het grootste deel uitgezonderd. Zij worden slechts aan de voormelde kernartikelen onderworpen (eerste en tweede reeks).

De situatie is verschillend wat de diensten betreft die vallen onder de omschrijving "Hotels en restaurants" en "Juridische dienstverlening".

De diensten inzake "Hotels en restaurants" zijn volledig onderworpen aan het onderhavige ontwerp.

Wat de juridische diensten betreft wordt het toepassingsgebied geregeld in een afzonderlijke paragraaf 4. Sommige juridische diensten blijven onderworpen aan alle bepalingen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Wat de juridische diensten betreft moet evenwel in herinnering worden gebracht dat heel wat juridische diensten voortaan al zijn uitgezonderd van het toepassingsgebied van de wet. Op deze van het toepassingsgebied van de wet uitgesloten juridische diensten is het onderhavige ontwerp evenmin van toepassing. Dit geldt eveneens voor de in artikel 28, § 1, eerste lid, 4^o, a) en b), van de wet bedoelde opdrachten tot aanstelling van een advocaat in het kader van een vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een procedure in rechte. Zelfs al heeft de Koning gebruik gemaakt van de facultatieve machtigingsbepaling om sommige plaatsingsregels voor deze opdrachten in te stellen, zij worden niet onderworpen aan het onderhavige ontwerp.

Wat de opdrachten betreft die onder het toepassingsgebied van titel 3 van de wet vallen en worden geplaatst ofwel door personen die genieten van bijzondere of alleenrechten, ofwel door overheidsbedrijven voor opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie, is er een belangrijke wijziging. Voor het eerst worden die aan een aantal kernartikelen onderworpen, meer bepaald aan de tweede reeks. Inderdaad moet er ook voor gezorgd worden dat de richtlijnbevestigingen omtrent wijzigingen aan de opdracht en het beëindigen van de opdracht ook omgezet worden ten aanzien van de betreffende diensten die op heden, op grond van artikel 6, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, uitgesloten worden van het toepassingsgebied. De betreffende opdrachten worden niet onderworpen aan de eerste reeks van kernartikelen.

Er wordt in een nieuwe uitzondering voorzien wat de opdrachten betreft tot aanstelling van een bedrijfsrevisor. Immers moet worden vastgesteld dat sommige bepalingen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 in tegenspraak zijn met het vennootschapswetboek.

Het begrip "promotieopdracht" wordt niet langer gedefinieerd in de wet. Deze opdrachten worden in dit ontwerp in principe aan het gewone stelsel aan regels onderworpen. Echter wordt het wel makkelijk gemaakt om in afwijkingen te voorzien ten aanzien van de algemene uitvoeringsregels (zie hiervoor de commentaar bij artikel 9).

Er weze aan herinnerd dat vele opdrachten die voorheen gekwalificeerd werden als promotieopdrachten van werken, evenwel zullen kunnen gekwalificeerd worden als concessieovereenkomst en aldus aan afzonderlijke uitvoeringsregels onderworpen. De voorheen bestaande regeling waarbij voor de hiervoor bedoelde opdrachten, die niet alle voorwaarden voor de uitzondering voldeden, de in artikel 96 opgelijste artikelen niet van toepassing zijn, werd niet overgenomen. Afdeling 2 van hoofdstuk 3 waarin artikel 96 vervat is, zal immers worden opgeheven (zie commentaar bij artikel 46 voor verdere toelichting).

Er is evenmin nog sprake, om evidente redenen, van de concessies voor openbare werken.

De vierde paragraaf van het vervangen artikel 6 is quasi identiek aan artikel 6, § 2, 3^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. De vijfde paragraaf behoeft geen nadere toelichting.

Art. 7. Deze bepaling is gericht op de vervanging van artikel 7 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. In het eerste lid, dat grotendeels overeenkomt met het huidige eerste lid van artikel 7, wordt verduidelijkt dat de raamovereenkomst slechts aan een beperkt aantal regels onderworpen is. De raamovereenkomst als dusdanig wordt immers uitgevoerd door het sluiten van de latere opdrachten op basis van de raamovereenkomst, en de uitvoering van deze laatste opdrachten. Zodoende moet de raamovereenkomst zelf slechts aan een aantal kernbepalingen onderworpen worden. Ten opzichte van de huidige lijst vervat in artikel 7, eerste lid, zijn, naast het nieuw ingevoegde artikel 62/1, alleen artikel 12, § 4, omtrent de rechtstreekse vordering van de onderaannemer, en de artikelen 37 tot 38/19 omtrent de wijzigingen aan de opdracht, toegevoegd.

L'alinéa 2 précise que les marchés conclus sur la base d'un accord-cadre sont soumis à toutes les dispositions, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Cette approche permet de continuer à assurer la souplesse nécessaire. La liste des articles clés dont il ne peut néanmoins jamais être dérogé a toutefois été étendue. Plus précisément, on y a ajouté les articles 12/1, 37 à 38/6, 38/8, 38/9, § 4, 38/10, § 4, 38/11 à 38/19, 62, alinéa 1^{er}, 1^o, et alinéa 2, ainsi que l'article 62/1. Il s'agit des dispositions portant sur la modification du marché et sur certaines règles relatives à la fin du marché d'une part et concernant la sous-traitance d'autre part.

Art. 8. La présente disposition vise la suppression des références devenues obsolètes suite à l'article 56, § 3, de la loi. Cette disposition n'appelle pas d'autre commentaire.

Art. 9. La présente disposition vise l'adaptation de la liste d'articles auxquels il ne peut jamais être dérogé et vise à assouplir les possibilités de dérogation en ce qui concerne les marchés publics portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci.

Etant donné que le présent projet transpose également les articles 72 et 73 de la directive 2014/24/UE et les articles 89 et 90 de la directive 2014/25/UE, il y a lieu de préciser qu'il ne peut pas non plus être dérogé aux dispositions ayant trait à cette transposition, d'où l'ajout à cette liste d'une série d'articles concernant les modifications du marché. Les articles 12/1, 12/3 et 78/1 sont également ajoutés à la liste. Ils concernent tous la lutte contre le dumping social.

Pour ce qui concerne les marchés portant à la fois sur le financement, la conception et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci, c'est-à-dire une catégorie spécifique de « marchés de promotion », des modifications sont apportées, en ce qui concerne les dispositions relatives aux modifications du marché, pour que seuls les dispositions qui transposent directement les articles 72 et 73 de la directive 2014/24/UE et les articles 89 et 90 de la directive 2014/25/UE, fassent partie de la liste d'articles auxquels il ne peut jamais être dérogé. Pour ce qui concerne ces marchés, un assouplissement est prévu pour déroger des règles générales d'exécution. Les modalités normales pour de telles dérogations, notamment une dérogation dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché considéré, ainsi que (dans certains cas) une motivation formelle dans le cahier spécial des charges, ne s'appliquent pas aux marchés concernés. Néanmoins, la liste des dispositions auxquelles il est dérogé doit figurer au début du cahier spécial des charges. Cet assouplissement provient du fait que l'exception partielle actuelle concernant les marchés dits « marchés de promotion » n'est plus reprise et que le régime assoupli pour les marchés de promotion est abrogé. Pour de plus amples informations, il est renvoyé au commentaire de l'article 6 du projet. L'assouplissement susmentionné vaut uniquement si le marché a trait aussi bien au financement et à l'exécution du marché, qu'à la conception.

Afin de permettre l'assouplissement précité et de pouvoir insérer un certain nombre de possibilités de dérogations spécifiques pour certaines dispositions relatives aux modifications du marché, un remplacement du paragraphe 4 a été prévu.

Il est toujours prévu qu'il peut être dérogé à d'autres dispositions obligatoires que celles mentionnées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 9, que dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché. Néanmoins, un certain nombre d'exceptions à ce principe sont ajoutées.

Premièrement, il est rendu possible de déroger à l'article 38/7 nouvellement inséré, sans pour autant que le caractère indispensable lié aux exigences particulières du marché, ne doive être démontré. L'article 38/7 susmentionné concerne les clauses de révision des prix (pour de plus amples informations sur cette disposition, il est renvoyé au commentaire de l'article 21). Il serait démesuré d'imposer un tel contrôle du caractère indispensable pour les dérogations à cet article.

Lorsque dérogation est faite aux articles 38/9, §§ 1^{er} à 3 et 38/10, §§ 1^{er} à 3, nouvellement insérés, le caractère indispensable ne doit pas non plus pouvoir être démontré. Ces dispositions concernent les circonstances imprévisibles qui mènent à un bouleversement de l'équilibre contractuel. Lorsqu'il est dérogé à ces dispositions, une motivation expresse dans le cahier spécial des charges est requise. Cette approche est dans la droite ligne de l'actuel article 9, § 4, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et ce, même si le non-respect de cette obligation n'est pas sanctionné par une dérogation réputée non-écrite. Pour de plus amples informations en la matière, il est renvoyé au commentaire de l'article 21. Il suffit de mentionner ici que dans la disposition ici commentée, les articles 38/9, § 4 et 38/10, § 4, ne sont

Het tweede lid verduidelijkt dat de opdrachten die op basis van een raamovereenkomst worden gesloten, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, onderworpen zijn aan alle bepalingen. Via deze werkwijze wordt nog steeds voor de nodige soepelheid gezorgd. De lijst van kernartikelen waarvan evenwel nooit kan worden afgeweken is wel uitgebreid. Meer bepaald werden de artikelen 12/1, 37 tot 38/6, 38/8, 38/9, § 4, 38/10, § 4, 38/11 tot 38/19, 62, eerste lid, 1^o en tweede lid en artikel 62/1 aan deze lijst toegevoegd. Het betreft de bepalingen die betrekking hebben op de wijziging van de opdracht en op sommige regels omtrent het beëindigen van de opdracht enerzijds en omtrent onderaanneming anderzijds.

Art. 8. Deze bepaling is gericht op het wegwerken van achterhaalde verwijzingen ingevolge artikel 56, § 3, van de wet, en behoeft geen nadere toelichting.

Art. 9. Deze bepaling is erop gericht op de lijst van artikelen waarvan nooit afgeweken kan worden aan te passen en op het vlak van de afwijkmogelijkheden een versoepeling aan te brengen wat de overheidsopdrachten betreft die zowel betrekking hebben op de financiering als op de uitvoering van werken en, in voorkomend geval, op elke dienstverlening in dat verband.

Aangezien dit ontwerp ook zorgt voor de omzetting van de artikelen 72 en 73 van richtlijn 2014/24/EU en de artikelen 89 en 90 van richtlijn 2014/25/EU, moet ervoor gezorgd worden dat niet kan afgeweken worden van de bepalingen die op die omzetting betrekking hebben. Vandaar dat een aantal artikelen die verband houden met het wijzigingen van de opdracht aan de lijst werden toegevoegd. Ook de artikelen 12/1, 12/3 en 78/1 werden aan de lijst toegevoegd. Het betreft telkens artikelen die kaderen in de strijd tegen de sociale dumping.

Wat de opdrachten betreft die zowel betrekking hebben op de financiering, het ontwerp en de uitvoering van werken en, in voorkomend geval, op elke dienstverlening in dat verband, met andere woorden een specifieke categorie van "promotieopdrachten", wordt ervoor gezorgd, wat de bepalingen betreft omtrent wijziging van de opdracht, dat alleen deze bepalingen die rechtstreeks omzetting verlenen aan de artikelen 72 en 73 van richtlijn 2014/24/EU en de artikelen 89 en 90 van richtlijn 2014/25/EU, deel uitmaken van de lijst van artikelen waarvan nooit afgeweken mag worden. Wat deze opdrachten betreft wordt de mogelijkheid versoepeld om in afwijkingen te voorzien ten opzichte van de algemene uitvoeringsregels. De normale modaliteiten voor dergelijke afwijkingen, met name dat een afwijking slechts mogelijk is voor zover de bijzondere eisen van de opdracht dit noodzakelijk maken, alsook de vereiste (in sommige gevallen) van een uitdrukkelijke motivering in het bestek, gelden niet voor de betreffende opdrachten. Echter zal de lijst van de bepalingen waarvan wordt afgeweken voor de betreffende opdrachten vooraan in het bestek moeten worden vermeld. Deze versoepeling is een gevolg van het feit dat een einde werd gesteld aan de huidige gedeeltelijke uitzondering omtrent de zogenaamde promotieopdrachten enerzijds, en het soepeler stelsel aan regels omtrent de promotieopdrachten anderzijds. Voor nadere toelichting hieromtrent wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 6 van dit ontwerp. De voormelde versoepeling geldt enkel indien de opdracht, naast de financiering en de uitvoering, ook betrekking heeft op het ontwerp.

Om de hierboven aangehaalde versoepeling mogelijk te maken, alsook om een aantal bijzondere afwijkmogelijkheden in te lassen wat sommige bepalingen omtrent wijzigingen aan de opdracht betreft, werd voorzien in een vervanging van de vierde paragraaf.

Nog steeds geldt dat slechts afgeweken mag worden van de andere verplichte bepalingen dan die bedoeld in de paragrafen 2 en 3 van artikel 9 in behoorlijk verantwoorde gevallen, voor zover de bijzondere eisen van de opdracht dit noodzakelijk maken. Echter zijn een aantal uitzonderingen op dit principe toegevoegd.

Vooreerst wordt het mogelijk gemaakt om te voorzien in afwijkingen op het nieuw ingevoegde artikel 38/7, zonder dat de noodzakelijkheid ingevolge de bijzondere eisen van de opdracht moet kunnen worden aangetoond. Het voormelde artikel 38/7 heeft betrekking op prijsherzieningsclausules (voor nadere toelichting omtrent deze bepaling, zie de commentaar bij artikel 21). Het zou te ver gaan om voor afwijkingen op dit artikel een dergelijke noodzakelijkheidstoets op te leggen.

Daarnaast moet evenmin de noodzakelijkheid kunnen worden aangetoond, wanneer afgeweken wordt van de nieuw ingevoegde artikelen 38/9, §§ 1 tot 3 en 38/10, §§ 1 tot 3. Deze bepalingen hebben betrekking op onvoorzienbare omstandigheden tot een ontwijking van het contractueel evenwicht leiden. Indien afgeweken wordt van deze bepalingen, dan moet dit uitdrukkelijk gemotiveerd worden in het bestek. Deze aanpak sluit aan bij die van het huidige artikel 9, § 4, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, weze het dat aan de niet-inachtneming van deze laatste verplichting niet de sanctie wordt verbonden dat de afwijking voor niet-geschreven gehouden moet worden. Voor nadere toelichting hieromtrent wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 21. Hier wordt volstaan met de melding

repris, étant donné que ces dispositions sont reprises dans la liste de dispositions auxquelles il ne peut jamais être dérogé.

Dans l'énumération des articles pour lesquels il peut uniquement être dérogé moyennant une motivation expresse dans les documents du marché, il n'est désormais plus fait mention des articles 62 et 96. L'article 62 est en effet déjà repris dans la liste d'articles auxquels il ne peut jamais être dérogé (ce qui peut s'expliquer à son tour par le fait qu'il existe dorénavant également des règles dans les directives européennes en matière de résiliation). L'article 96 est abrogé (voir article 46 du présent projet).

A titre d'exemple d'une disposition dont il ne peut être dérogé que moyennant une motivation expresse dans les documents du marché, il peut être renvoyé à une dérogation au délai de défense visé à l'article 44, § 2, pour raison de sécurité ou de santé publique. Pour rappel, conformément à la disposition précitée, l'adjudicateur doit constater les manquements aux dispositions du marché dans un procès-verbal, dont une copie est envoyée à l'adjudicataire. Ce dernier dispose ensuite d'un délai de quinze jours pour faire valoir sa défense. Dans certains cas, le délai précité est trop long, par exemple dans un marché organisant la signalisation du trafic sur une autoroute. Dans ce cas, il est indispensable d'agir plus rapidement en raison des exigences particulières du marché.

Comme expliqué ci-dessus, plusieurs hypothèses doivent être différenciées. Néanmoins, pour toutes les dérogations, et ce pour tous les marchés, la liste des dispositions auxquelles il est dérogé, doit figurer au début du cahier spécial des charges.

Art. 10. Cette disposition apporte quelques modifications à l'alinéa 3 de l'article 10 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Ainsi, l'adjudicateur pourra désormais non seulement autoriser, mais aussi imposer, l'utilisation de moyens électroniques pour l'échange de pièces écrites. Cette possibilité d'imposer l'utilisation de tels moyens s'inscrit dans le droit fil du principe de l'usage des moyens de communication électroniques dans le cadre de la passation des marchés.

Art. 11. Cette disposition vise à apporter des clarifications à l'article 11 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant le fonctionnaire dirigeant. Il convient de rappeler de manière expresse que l'adjudicateur est obligé de désigner un fonctionnaire dirigeant pour chaque marché. La nouvelle formulation de l'alinéa 1^{er} clarifie que cette désignation doit se faire par écrit et au plus tard au moment de la conclusion du marché. La désignation peut déjà figurer dans les documents du marché. En outre, un alinéa est ajouté dans lequel il est clarifié que le fonctionnaire dirigeant peut être remplacé en cours d'exécution.

Art. 12. Cette disposition remplace l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif à la sous-traitance.

L'alinéa 1^{er}, de la présente disposition, qui a trait au fait que l'adjudicataire reste responsable à l'égard de l'adjudicateur lorsqu'il confie la totalité ou une partie de ses engagements à un tiers durant l'exécution, reste inchangé. Les alinéas deux et trois se présentent sous une forme modifiée dans les nouveaux articles 12/4 et 12/5 (voir infra).

A toutes fins utiles, il est rappelé que la réglementation relative aux marchés publics ne peut pas déroger aux règles plus spécifiques et plus contraignantes relatives au bien-être au travail, qui imposent des obligations particulières entre autres à charge de l'adjudicataire pour ou en relation avec l'exécution de certains marchés. Cette réglementation interdit parfois la possibilité de confier des tâches à des sous-traitants.

L'alinéa 4 de la disposition actuelle relative aux cas où l'adjudicataire a l'obligation de faire appel à certains sous-traitants, est largement repris dans les paragraphes 2 et 3. Les modifications suivantes doivent plus particulièrement être signalées. L'obligation pour l'adjudicataire qui, dans le cadre de la procédure de passation, a utilisé la capacité de certains sous-traitants pour sa sélection qualitative, de recourir également de manière effective à ces sous-traitants dans le cadre de l'exécution, se limite dorénavant aux critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente. Cette limitation est dictée par les articles 63.1 de la directive 2014/24/UE et 79.1 de la directive 2014/25/UE. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 72, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit aussi que les opérateurs économiques ne peuvent avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront effectivement les

dat in de hier besproken bepaling geen melding wordt gemaakt van de artikelen 38/9, § 4 en 38/10, § 4, aangezien deze bepalingen opgenomen zijn in de lijst van bepalingen waarvan nooit afgeweken mag worden.

In de oplijsting van de artikelen waarvan slechts mits uitdrukkelijke motivering in de opdrachtdocumenten mag worden afgeweken, wordt niet langer melding gemaakt van de artikelen 62 en 96. Artikel 62 is immers reeds opgenomen in de lijst van artikelen waarvan nooit afgeweken mag worden (hetgeen op zijn beurt te verklaren valt door het feit dat inzake verbreking er voortaan ook regels zijn opgenomen in de Europese richtlijnen). Artikel 96 wordt opgegeven (zie artikel 46 van dit ontwerp).

Als voorbeeld van een bepaling waarvan slechts mits uitdrukkelijke motivering in de opdrachtdocumenten mag afgeweken worden, kan verwezen worden naar een afwijking, om redenen van veiligheid of omwille van de volksgezondheid, van de in artikel 44, § 2, bedoelde verweermiddeltermijn. Ter herinnering, overeenkomstig de voormelde bepaling moet de aanbesteder de tekortkomingen op de bepalingen van de opdracht vaststellen in een proces-verbaal waarvan een afschrift wordt verzonden naar de opdrachtnemer. Deze laatste beschikt vervolgens over een termijn van vijftien dagen om zijn verweer te doen gelden. In sommige gevallen is de voormelde termijn te lang, bijvoorbeeld bij een opdracht ter inrichting van verkeerssignalisatie op een autosnelweg. In dit geval maken de bijzondere eisen van de opdracht het noodzakelijk om sneller te ingrijpen.

Zoals hierboven toegelicht moeten verschillende hypothesen onderscheid worden. Echter geldt voor alle afwijkingen, bij alle opdrachten, dat de lijst van bepalingen waarvan wordt afgeweken, vooraan in het bestek moet worden vermeld.

Art. 10. Deze bepaling is gericht op het aanbrengen van enkele wijzigingen in het derde lid van artikel 10 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Ingevolge deze wijzigingen zal het voor de aanbesteder voortaan niet alleen mogelijk zijn om het gebruik van elektronische middelen toe te staan van het uitwisselen van schriftelijke stukken. De aanbesteder zal dit ook kunnen opleggen. Deze mogelijkheid tot het verplichten van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen ligt in het verlengende van het principiële gebruik van elektronische communicatiemiddelen in het kader van de plaatsing van de opdrachten.

Art. 11. Deze bepaling is gericht op het aanbrengen van een aantal verduidelijkingen in artikel 11 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 omtrent de leidend ambtenaar. Er wordt uitdrukkelijk aan herinnerd dat de aanbesteder verplicht is om voor elke opdracht een leidend ambtenaar aan te stellen. In de aangepaste bewoordingen van het eerste lid wordt verduidelijkt dat de aanstelling schriftelijk moet gebeuren en uiterlijk bij de sluiting van de opdracht. Deze aanduiding mag reeds geschieden in de opdrachtdocumenten. Er wordt eveneens een lid toegevoegd waarin wordt verduidelijkt dat de leidend ambtenaar mag worden vervangen in de loop van de uitvoering.

Art. 12. Deze bepaling is gericht op het vervangen van artikel 12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 omtrent de onderaanneming.

Het eerste lid van de huidige bepaling, dat betrekking heeft op het feit dat de opdrachtnemer aansprakelijk blijft ten opzichte van de aanbesteder wanneer hij de uitvoering van zijn verbintenissen geheel of gedeeltelijk aan derden toevertrouwt, blijft ongewijzigd behouden. Het tweede en derde lid komt voortaan in een gewijzigde versie aan bod in de nieuw ingevoegde artikelen 12/4 en 12/5 (zie infra).

Voor zover nuttig wordt eraan herinnerd dat de wetgeving overheidsopdrachten niet mag afwijken van meer specifieke en dwingende regels in verband met het welzijn op het werk, die bijzondere verplichtingen opleggen onder meer ten laste van de opdrachtnemer voor of in verband met de uitvoering van bepaalde opdrachten. Deze reglementering verbiedt soms de mogelijkheid om taken toe te vertrouwen aan onderaannemers.

Het vierde lid van de huidige bepaling, omtrent de gevallen waarbij een opdrachtnemer verplicht een beroep moet doen op bepaalde onderaannemers, wordt grotendeels hernomen in de paragrafen 2 en 3. Daarbij vallen de volgende wijzigingen te signaleren. De verplichting voor de opdrachtnemer om, wanneer hij in het kader van de plaatsingsprocedure gebruik heeft gemaakt van de draagkracht van bepaalde onderaannemers in het kader van de kwalitatieve selectie, in het kader van de uitvoering ook effectief beroep te doen op deze onderaannemers, is voortaan beperkt tot de criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties of inzake de relevante beroepservaring. Deze beperking is ingegeven door de artikelen 63.1 van richtlijn 2014/24/EU en 79.1 van richtlijn 2014/25/EU. Om die reden is overigens ook in artikel 72, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 bepaald dat de ondernemers zich slechts mogen beroepen op de draagkracht van andere entiteiten

travaux ou fourniront effectivement les services pour lesquels ces capacités sont requises, en ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente (l'arrêté royal relatif aux secteurs spéciaux prévoit une disposition similaire). La disposition dont question ici en constitue le pendant, dans le cadre de l'exécution. Il a été décidé d'étendre également cette approche aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Il va de soi dans le cadre de la procédure de passation que le recours obligatoire à un sous-traitant, à la capacité duquel il a été fait appel au niveau de la sélection qualitative concernant les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente, ne vaut pas lorsque l'adjudicateur a demandé le remplacement du sous-traitant concerné étant donné qu'il se trouve dans une situation d'exclusion, conformément à l'article 12/2. Dans ce cas, il y a tout simplement lieu d'appliquer l'article 12/2 commenté ci-dessous. Ce raisonnement vaut aussi dans l'hypothèse où l'intervention d'un sous-traitant est imposée par l'adjudicateur : dans ce cas également, la possibilité d'une telle imposition (exceptionnelle) du sous-traitant ne déroge par définition en rien à la possibilité/obligation pour l'adjudicateur de demander le remplacement de ce sous-traitant imposé en cours d'exécution du marché, conformément à l'article 12/2. Dans les deux cas précités l'adjudicateur devra vérifier, dans le cadre de la vérification du nouveau sous-traitant proposé, si ce dernier répond bien aux critères de sélection qualitatifs et ce afin de garantir le respect du principe de l'égalité.

L'obligation de recourir à certains sous-traitants, si ceux-ci ont déjà été proposés dans l'offre, fait l'objet d'un troisième paragraphe distinct. Du fait de cette approche séparée, il peut en effet être précisé dans le dispositif qu'il est, dans ce cas, encore loisible à l'adjudicataire d'exécuter lui-même le marché concerné. C'est seulement dans le cas où il souhaite recourir à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution qu'il pourra en principe uniquement faire appel aux sous-traitants proposés, sauf s'il obtient l'autorisation de l'adjudicateur de recourir à un autre sous-traitant.

Les deuxième et troisième paragraphes mentionnent tous deux que le recours obligatoire à certains sous-traitants ne s'applique pas dans le cas où le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 12/2 ci-après, a demandé le remplacement du ou des sous-traitant(s) concerné(s) parce qu'il(s) se trouvai(en)t dans une situation d'exclusion. L'article 12/2 nouvellement inséré prévoit, en effet, expressément que le pouvoir adjudicateur peut ou dans certains cas doit vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Cette disposition est examinée ci-après. Il est logique qu'il ne faille plus recourir obligatoirement à un sous-traitant déterminé si son remplacement est demandé en raison de la présence d'un motif d'exclusion. Cette disposition est commentée ci-après.

Le paragraphe 4 est nouveau. Il prévoit une obligation d'insérer dans les documents du marché un renvoi à l'article 1798 du code civil, en transposition de l'article 71.3 de la directive 2014/24/UE et de l'article 88.3 de la directive 2014/25/UE.

Art. 13. Cette disposition insère les articles 12/1 à 12/4 qui concernent respectivement la transparence de la chaîne de sous-traitance, la vérification de l'existence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants, la limitation de la chaîne de sous-traitance et l'obligation pour le sous-traitant de satisfaire aux exigences en matière de sélection qualitative. Ces dispositions ont ceci en commun qu'elles contribuent à lutter contre le dumping social dans la chaîne de sous-traitance. Notons également qu'à l'article 39, un article 78/1 est inséré. Celui-ci concerne le respect obligatoire de la réglementation sur l'agrégation des entrepreneurs dans la chaîne de sous-traitance. Pour de plus amples informations à ce sujet, veuillez vous référer au commentaire de l'article 39.

Le nouvel article 12/1 transpose l'article 71.5 de la directive 2014/24/UE et l'article 88.5 de la directive 2014/25/UE concernant la communication obligatoire, par l'adjudicataire à l'adjudicateur, d'informations relatives aux sous-traitants. Chaque fois qu'a été prévue une obligation de vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef du sous-traitant (direct), plus particulièrement pour chaque marché dans un secteur sensible à la fraude (voir la nouvelle définition reprise à l'article 4, g), cette obligation de vérification a été assortie d'une obligation, pour l'adjudicataire, de transmettre les informations relatives à ces sous-traitants à l'adjudicateur (voir infra article 12/2). Cette obligation a également été rendue applicable aux marchés concernés, même si leur valeur estimée est inférieure au seuil fixé pour la publicité européenne. Il en va de même d'ailleurs dans le cas de marchés de services qui doivent être fournis sur un site placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur. Enfin, l'obligation de fournir de l'information vaut également lorsqu'il s'agit d'un marché

wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, effectief zullen uitvoeren, ten aanzien van de criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring (in het koninklijk besluit speciale sectoren is een soortgelijke bepaling voorzien). De hier besproken bepaling vormt hier het spiegelbeeld van, in het kader van de uitvoering. Er werd voor gekozen om deze aanpak ook door te trekken naar de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied.

Het spreekt voor zich dat het verplicht beroep op een onderaannemer op wiens draagkracht in het kader van de plaatsingsprocedure beroep werd gedaan voor de kwalitatieve selectie in verband met de criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring, niet geldt wanneer de aanbesteder, overeenkomstig artikel 12/2, heeft verzocht om vervanging van de betreffende onderaannemer omdat deze zich in een uitsluitingssituatie bevindt. In dat geval moet gewoon toepassing worden gemaakt van artikel 12/2 dat hieronder wordt besproken. Dit is eveneens het geval in de hypothese waarbij de tussenkomst van een onderaannemer wordt opgelegd door de aanbesteder : ook hier doet de mogelijkheid van het verplicht opleggen (uitzonderlijk) van een onderaannemer uit de aard der zaak geen afbreuk aan de mogelijkheid/verplichting voor de aanbesteder om in de loop van de uitvoering nog om de vervanging van deze aangewezen onderaannemer te verzoeken overeenkomstig artikel 12/2. In beide voormelde gevallen zal de aanbesteder moeten nagaan, in het kader van het nazicht van de voorgestelde nieuwe onderaannemer, of deze laatste wel aan de betreffende kwalitatieve selectiecriteria voldoet en dit om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te garanderen.

De verplichting tot beroep op bepaalde onderaannemers, indien deze in de offerte reeds werden voorgedragen, komt aan bod in een afzonderlijke derde paragraaf. Door die gescheiden aanpak kan immers in het dispositief worden verduidelijkt dat het de opdrachtnemer in dat geval natuurlijk nog vrijstaat om de betreffende opdracht zelf uit te voeren. Slechts in het geval hij in de uitvoering gebruik wenst te maken van onderaanneming, zal hij in principe alleen beroep kunnen doen op de betreffende voorgedragen onderaannemers, tenzij wanneer hij de toestemming van de aanbesteder verkrijgt tot het inzetten van een andere onderaannemer.

In de tweede en derde paragraaf wordt telkens verduidelijkt dat het verplicht beroep op bepaalde onderaannemers niet van toepassing is in het geval waarbij de aanbestedende overheid, overeenkomstig hierna besproken artikel 12/2, zou hebben verzocht om vervanging van de betreffende onderaannemer/s omdat deze zich in een uitsluitingsgrond bevindt. In het nieuw ingevoegd artikel 12/2 wordt inderdaad uitdrukkelijk voorzien dat de aanbestedende overheid kan of in bepaalde gevallen moet controleren of er in hoofde van de onderaannemers uitsluitingsgronden voorhanden zijn. Deze bepaling wordt hierna besproken. Het is logisch dat het verplicht beroep op een bepaalde onderaannemer vervalt indien om de vervanging van deze onderaannemer wordt verzocht in het licht van de aanwezigheid van een uitsluitingsgrond. Deze bepaling wordt hierna toegelicht.

De vierde paragraaf is nieuw en voorziet in een verplichting om in de opdrachtdocumenten, in omzetting van artikel 71.3 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 88.3 van richtlijn 2014/25/EU, in een verwijzing te voorzien naar artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek.

Art. 13. Deze bepaling is gericht op het invoegen van de artikelen 12/1 tot 12/4 die respectievelijk betrekking hebben op de transparantie omtrent de onderaannemingsketen, de verificatie in hoofde van onderaannemers of er uitsluitingsgronden voorhanden zijn, de beperking van de onderaannemingsketen en het opleggen dat ook de onderaannemer voldoet aan de eisen inzake kwalitatieve selectie. Deze bepalingen hebben met elkaar gemeen dat ze bijdragen aan de strijd tegen de sociale dumping in de onderaannemingsketen. Bij deze wordt ook verwezen naar artikel 39, waarbij een artikel 78/1 werd ingevoerd omtrent de naleving van de regeling inzake de erkenning van aannemers in de onderaannemingsketen. Voor meer informatie hieromtrent wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 39.

Het nieuwe artikel 12/1 is gericht op de omzetting van de artikelen 71.5 van richtlijn 2014/24/EU enerzijds en 88.5 van richtlijn 2014/25/EU anderzijds, omtrent de verplichte informatieverstrekking omtrent de onderaannemers door de opdrachtnemer naar de aanbesteder toe. Telkens wanneer in een verplicht nazicht van de afwezigheid van uitsluitingsgronden is voorzien in hoofde van de (rechtstreekse) onderaannemer (zie infra artikel 12/2), meer bepaald voor elke opdracht in een fraudegevoelige sector (zie nieuw ingevoegde definitie in artikel 4, g), is ook in een verplichting voorzien voor de opdrachtnemer om informatie omtrent deze onderaannemers over te maken aan de aanbesteder. Deze verplichting is ook van toepassing gemaakt, op de betreffende opdrachten, zelfs al betreft het een opdracht waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking. Hetzelfde geldt overigens bij opdrachten voor diensten die ter plaatse onder rechtstreeks toezicht van de aanbesteder moeten worden uitgevoerd. Tot slot geldt de verplichting tot informatieverstrekking

passé par une entreprise publique (même si l'article 12/2 n'est pas d'application à ces marchés).

De surcroît, l'obligation de communication des informations qui incombe directement à l'adjudicataire (l'adjudicateur ne doit donc pas en faire la demande) ne se limite pas au sous-traitant direct : l'adjudicataire devra, dans les cas (sensibles à la fraude) indiqués, transmettre les informations relatives à l'ensemble des sous-traitants, quelle que soit la place qu'ils occupent dans la chaîne de sous-traitance. De cette manière, le pouvoir adjudicateur pourra vérifier si les articles examinés ci-après relatifs à la limitation de la chaîne de sous-traitance (voir article 12/2) et au respect de la réglementation sur l'agrégation (article 78/1) ont été correctement respectés.

En ce qui concerne les services de gardiennage, les obligations en matière de devoir d'information décrites au présent passage, ne portent en rien préjudice aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, § 3bis, de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, les services de gardiennage ne peuvent être donnés en sous-traitance par « l'entrepreneur principal » (l'adjudicataire dans ce cas), que moyennant le respect d'une série de conditions strictes. Tant « l'entrepreneur principal » que le sous-traitant doivent en premier lieu disposer d'un permis pour l'exercice des activités concernées. En outre, le « donneur d'ordre » (dans ce cas, l'adjudicateur) doit non seulement être tenu au courant, mais il doit aussi donner son accord préalable avant de pouvoir confier (une partie de) le marché à un (des) sous-traitant(s), sans quoi aucune sous-traitance n'est autorisée. Dans ce cadre une série de données seront reprises dans une convention écrite entre « l'adjudicateur » et « l'entrepreneur principal ». Cela concerne non seulement le nom de du sous-traitant concerné et ses coordonnées, mais également la période, les dates et les lieux où ces activités seront exécutées par le biais d'une sous-traitance. La communication de ces dernières données n'est cependant pas imposée par le présent article 12/1 mais bien par la loi du 10 avril 1990. Comme déjà dit, ces données doivent non seulement être communiquées, mais elles seront aussi reprises dans une convention écrite entre « le donneur d'ordre » (dans ce cas l'adjudicateur) et « l'entrepreneur principal » (dans ce cas l'adjudicataire) ».

L'alinéa 3 prévoit que dans tous les autres cas, l'adjudicateur peut également demander ces informations à l'adjudicataire (donc même s'il s'agit d'un marché non catalogué comme étant sensible à la fraude et qu'il ne s'agit pas d'un service exécuté sur un site placé sous surveillance directe). Il devra toutefois adresser une demande en ce sens à l'adjudicataire.

Enfin, l'alinéa 4 précise que les documents du marché peuvent imposer que les informations doivent être fournies sous la forme d'un Document Unique de Marché Européen (ci-après DUME). Ceci n'est possible que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne. L'alinéa 4 précise également que, si les informations concernant les sous-traitants doivent être fournies sous la forme du DUME, qu'alors ce DUME doit être complété entièrement.

Actuellement, l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ne fait pas obligatoirement l'objet d'une vérification formelle obligatoire. Sur la base des articles 71.6.b) de la directive 2014/24/UE et 88.6.b) de la directive 2014/25/UE, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les Etats membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants. Il s'agit d'une mesure qui contribue au respect, en ce compris dans la chaîne de sous-traitance, du droit environnemental, social et du travail. Ce sont des dispositions dont la transposition est facultative. Cette option reprise dans les directives sera ainsi levée. La loi a déjà indiqué qu'il sera fait usage de cette possibilité, a fortiori pour ce qui est des secteurs classiques (voir l'article 86, alinéa 1^{er}, de la loi, prévoyant une délégation obligatoire au Roi).

L'alinéa 1^{er} du paragraphe premier de l'article 12/2 concerne la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, de vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef du ou des sous-traitants directs de l'adjudicataire. Il s'agit donc des motifs d'exclusion également applicables dans le cadre de la procédure de passation. Si la vérification fait apparaître l'existence des motifs d'exclusion visés aux articles 67 et 68 de la loi ou à l'article 63, § 1^{er}, de l'arrêté royal défense et sécurité dans le chef du sous-traitant concerné, le pouvoir adjudicateur devra exiger que l'adjudicataire procède à son remplacement. Si un motif d'exclusion facultatif est constaté, le pouvoir adjudicateur pourra formuler la même exigence. Lorsque cela concerne des motifs d'exclusion facultatifs, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un sous-traitant que dans des

eveneens wanneer het een opdracht betreft die wordt geplaatst door een overheidsbedrijf (zelfs al is artikel 12/2 op deze opdrachten niet van toepassing).

De verplichting tot het overmaken van informatie die rechtstreeks op de opdrachtnemer rust (de aanbesteder moet hier dus niet om verzoeken), is daarenboven niet beperkt tot de rechtstreekse onderaannemer: de opdrachtnemer zal in de aangegeven (fraudegevoelige) gevallen informatie moeten doorgeven omtrent alle onderaannemers, op welke plaats in de onderaannemingsketen zij zich ook bevinden. Op die manier zal de aanbestedende overheid kunnen nagaan of de hierna besproken artikelen omtrent de beperking van de onderaannemingsketen (zie artikel 12/2) en de naleving van de erkenningsreglementering (zie artikel 78/1) wel correct worden nageleefd.

De hier beschreven verplichtingen inzake informatieverstrekking doen geen afbreuk, wat de bewakingsdiensten betreft, aan de bijzondere verplichtingen vervat in de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid. Overeenkomstig artikel 2, § 3bis, van de voormelde wet, ingevoegd door de wet van 13 januari 2014, kunnen bewakingsopdrachten door de "hoofdaannemer" (in dit geval opdrachtnemer) slechts in de onderaanneming worden gegeven mits de naleving van een aantal strikte voorwaarden. Vooreerst dienen zowel de "hoofdaannemer" als de onderaannemer te beschikken over een vergunning voor het uitoefenen van de betrokken activiteiten. Daarnaast moet de "opdrachtgever" (in dit geval de aanbesteder) niet alleen op de hoogte worden gebracht, maar moet hij ook zijn voorafgaand akkoord verlenen met (het gedeelte van) de opdracht dat in onderaanneming zal worden gegeven, zo niet dan is geen onderaanneming toegelaten. In dit kader moeten een aantal gegevens in een schriftelijke overeenkomst tussen de "opdrachtgever" en de "hoofdaannemer" worden opgenomen. Het betreft niet alleen de naam van de betreffende onderaannemer en zijn contactgegevens, maar ook de periode, de tijdstippen en de plaatsen waar de betreffende activiteiten in onderaanneming zullen worden uitgevoerd. De communicatie van deze laatste gegevens is niet vereist door het hier besproken artikel 12/1 maar wel door de voormelde wet van 10 april 1990. Zoals reeds vermeld moeten de betreffende gegevens niet alleen gecommuniceerd worden, maar moeten deze in een schriftelijke overeenkomst worden opgenomen tussen "opdrachtgever" (in dit geval aanbesteder) en "hoofdaannemer" (in dit geval opdrachtnemer).

In het derde lid is voorzien dat de aanbesteder ook in alle andere gevallen de betreffende gegevens kan opvragen bij de opdrachtnemer (zelfs al betreft het dus een opdracht die niet gecatalogeerd wordt als zijnde fraudegevoelig en zelfs al betreft het geen dienst die ter plaatse onder rechtstreeks toezicht wordt uitgevoerd). Alleen zal hij hiertoe dus een verzoek moeten richten tot de opdrachtnemer.

Tot slot wordt in het vierde lid verduidelijkt dat de opdrachtdocumenten kunnen opleggen dat de betreffende informatie wordt verstrekt onder de vorm van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna UEA genoemd). Dit kan slechts voor opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger dan de drempels voor de Europese bekendmaking. In het vierde lid wordt eveneens verduidelijkt dat, als de informatie omtrent de onderaannemers moet worden verstrekt onder vorm van een UEA, dan het volledig UEA moet worden ingevuld.

Op heden is omtrent het ontbreken van uitsluitingsgronden in hoofde van onderaannemers geen verplicht formeel nazicht van toepassing. Op grond van de artikelen 71.6.b) van richtlijn 2014/24/EU en 88.6.b) van richtlijn 2014/25/EU, kunnen de aanbestedende overheden controleren, of door de lidstaten verplicht worden te controleren, of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers voorhanden zijn. Het betreft een maatregel die bijdraagt tot de naleving, ook in de onderaannemingsketen, van het arbeids-, sociaal en milieurecht. Het betreft facultatief om te zetten bepalingen van de richtlijnen. Deze optie uit de richtlijnen zal aldus worden gelicht. Reeds in de wet werd aangegeven dat van deze mogelijkheid gebruik zou worden gemaakt, zeker wat de klassieke sectoren betreft (zie artikel 86, eerste lid, van de wet, waarin in een verplichte machtigingsbepaling aan de Koning is voorzien).

Het eerste lid van de eerste paragraaf van artikel 12/2 heeft betrekking op de mogelijkheid voor een aanbestedende overheid om te controleren of er in hoofde van de rechtstreekse onderaannemer/s van de opdrachtnemer gronden tot uitsluiting voorhanden zijn. Het betreft de uitsluitingsgronden die ook in het kader van de plaatsingsprocedure van toepassing zijn. Als omtrent de betreffende onderaannemer in het kader van het nazicht uitsluitingsgronden aan het licht komen als bedoeld in de artikelen 67 en 68 van de wet of in artikel 63, § 1, van het koninklijk besluit defensie en veiligheid, zal de aanbestedende overheid moeten verzoeken dat de opdrachtnemer overgaat tot de vervanging van de betreffende onderaannemer. Als het daarentegen een facultatieve uitsluitingsgrond betreft, dan kan de aanbestedende overheid hetzelfde verzoeken. Bij het hanteren van de facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende overheden net zoals dit het

circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un sous-traitant, ce qui pourrait justifier son exclusion. L'alinéa 3 contient un certain nombre de formalités qui sont édictées afin de garantir que les droits de la défense soient respectés. Il s'agit plus précisément de l'exigence de dresser un procès-verbal constatant la présence d'un motif d'exclusion et de la demande de remplacement. Ce procès-verbal doit être envoyé à l'adjudicataire conformément à l'article 44, § 2, alinéa 1^{er}. De cette manière, les droits de la défense sont garantis.

Soulignons d'emblée qu'en vertu du prescrit du troisième paragraphe, le sous-traitant concerné aura également la possibilité de prendre des mesures correctrices, cette possibilité existant aussi dans le cadre de la passation pour les candidats et les soumissionnaires. Néanmoins, quelques différences doivent être signalées. Contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de la passation, les mesures correctrices pourront encore être invoquées pendant la période de quinze jours qui est laissée à l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense. Ce délai de quinze jours peut cependant être réduit conformément à l'article 44, § 2, alinéa 3 (voir infra, commentaire pour l'article 23). S'agissant de la possibilité de se mettre en règle quant aux dettes sociales et fiscales, un régime similaire a été prévu. Comme dans le cadre de la passation, chaque sous-traitant dispose à nouveau, dans le cadre de l'exécution, d'une possibilité de régularisation unique sur le plan des dettes sociales et fiscales. Prenons le cas (plutôt exceptionnel) d'un sous-traitant qui a déjà bénéficié dans le cadre de la passation de la régularisation unique (par exemple parce qu'un candidat ou soumissionnaire a fait appel à sa capacité), il peut, lors de l'exécution, à nouveau bénéficier de cette possibilité de régularisation unique. Le délai à prendre en compte pour la régularisation est différent dans le cadre de la passation et de l'exécution.

L'alinéa 2 énumère deux hypothèses dans lesquelles la vérification ne sera pas une possibilité mais bien une obligation, plus particulièrement pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude (voir la nouvelle définition à l'article 2, g). Ce sera le cas pour un marché de travaux passé par un pouvoir adjudicateur. L'obligation vaut cependant uniquement pour les marchés dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne. Les marchés de services passés par un pouvoir adjudicateur dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales sont, eux aussi, soumis à cette obligation (une fois encore, lorsque leur valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne). Etant donné qu'il s'agit dans ces cas de marchés sensibles à la fraude d'une certaine importance, une obligation a été prévue. L'obligation est uniquement applicable à l'égard des pouvoirs adjudicateurs (tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux).

L'alinéa 2 précise aussi quand cette vérification doit précisément avoir lieu, à savoir le plus rapidement possible dès que l'adjudicataire a reçu de l'adjudicataire les informations relatives aux sous-traitants visées à l'article 12/1.

Le deuxième paragraphe comporte ensuite la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'également vérifier, plus loin dans la chaîne de sous-traitance, l'absence de motifs d'exclusion. Dans ce cadre, il convient de déjà mettre en lumière le nouvel article 12/3. Celui-ci prévoit une limitation de la chaîne de sous-traitance à deux, trois ou quatre niveaux maximum pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude. L'obligation pour les marchés concernés n'a été rendue applicable qu'aux sous-traitants directs afin de ne pas accroître excessivement les charges administratives des pouvoirs adjudicateurs. Ces derniers ont néanmoins la possibilité de procéder à cette vérification plus loin dans la chaîne en tout état de cause limitée (dans les secteurs sensibles à la fraude).

Le paragraphe 4 a trait à la sanction applicable lorsque l'adjudicataire ne donne pas suite à l'obligation de remplacement. Dans ce cas, une pénalité est appliquée, laquelle s'élève à 0,2 pour cent du montant initial du marché, en sachant que les plafonds de 5.000 euros ou 10.000 euros selon le cas, s'appliquent également. Il est en outre précisé que cette pénalité est appliquée à compter du quinzième jour suivant la date de l'envoi recommandé ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi, jusqu'au jour où il est pourvu au remplacement, ou jusqu'au jour où la partie correspondante du marché a été exécutée.

geval is in het kader van de plaatsingsprocedure bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een onderaannemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de onderaannemer en reden tot uitsluiting zijn. Het derde lid bevat een aantal formaliteiten die erop gericht zijn te garanderen dat de rechten van verdediging worden nageleefd. Het betreft meer bepaald de vereiste dat vaststelling van de aanwezigheid van een uitsluitingsgrond en van het verzoek tot vervanging in een proces-verbaal wordt vastgesteld dat moet worden verzonden aan de opdrachtnemer overeenkomstig artikel 44, § 2, eerste lid. Op die manier worden de rechten van verdediging gewaarborgd.

Meteen wordt er al op gewezen dat, ingevolge hetgeen bepaald is in de derde paragraaf, de betreffende onderaannemer ook de mogelijkheid zal hebben om corrigerende maatregelen te nemen, zoals deze mogelijkheid bestaat in het kader van de plaatsing voor kandidaten en inschrijvers. Niettemin vallen een aantal verschillpunten te signaleren. Anders dan het geval is in het kader van de plaatsing mogen de corrigerende maatregelen nog in de loop van de verveermiddelentermijn van de opdrachtnemer van vijftien dagen worden aangebracht. Deze termijn van vijftien dagen kan evenwel worden ingekort overeenkomstig artikel 44, § 2, derde lid (zie infra, commentaar bij artikel 23). Wat de mogelijkheid betreft om zich op het vlak van de sociale en fiscale schulden in regel te stellen werd in een soortgelijke regeling voorzien. Net zoals het geval is in het kader van de plaatsing beschikt elke onderaannemer in de loop van de uitvoering opnieuw over één regularisatiemogelijkheid op het vlak van de sociale en fiscale schulden. In het (eerder uitzonderlijke) geval dat een onderaannemer reeds in het kader van de plaatsing gebruik maakte van de éénmalige regularisatiemogelijkheid (bijvoorbeeld omdat op diens draagkracht werd beroep gedaan door een kandidaat of inschrijver), mag deze in de loop van de uitvoering opnieuw gebruik maken van deze éénmalige regularisatiemogelijkheid. De in aanmerking te nemen termijn is verschillend in het kader van de plaatsing en de uitvoering.

In het tweede lid worden twee gevallen opgesomd waarbij het geen mogelijkheid tot nazicht betreft maar een verplichting tot nazicht, meer bepaald in de gevallen waarbij het een opdracht betreft in een fraudegevoelige sector (zie nieuwe definitie in artikel 2, g). Dit zal het geval zijn wanneer het een door een aanbestedende overheid geplaatste opdracht voor werken betreft. De verplichting geldt evenwel slechts voor opdrachten waarvan de geraamde waarde de drempel voor de Europese bekendmaking bereikt. Ook de opdrachten voor diensten die worden geplaatst door een aanbestedende overheid in het kader van de in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden, vallen onder de verplichting (wederom wanneer de geraamde waarde van de opdracht de drempel voor de Europese bekendmaking bereikt). Aangezien het in deze gevallen fraudegevoelige opdrachten betreft van een zekere omvang, werd in een verplichting voorzien. De verplichting is alleen van toepassing ten aanzien van aanbestedende overheden (zowel in de klassieke sectoren als in de speciale sectoren).

In het tweede lid wordt ook verduidelijkt wanneer dit nazicht precies moet worden verricht, namelijk zo spoedig mogelijk nadat de aanbestedende van de opdrachtnemer de in artikel 12/1 bedoelde gegevens omtrent de onderaannemers ontvangt.

De tweede paragraaf bevat vervolgens de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om ook verderop in de onderaannemingsketen de afwezigheid van uitsluitingsgronden na te gaan. In dit kader past het reeds te wijzen op het nieuwe artikel 12/3, waarbij voorzien is in een beperking van de onderaannemingsketen tot maximaal twee, drie of vier niveaus voor de opdrachten in een fraudegevoelige sector. De verplichting voor de betreffende opdrachten is alleen van toepassing gemaakt op de rechtstreekse onderaannemers om de administratieve lasten niet te gevoelig uit te breiden voor de aanbestedende overheden. Niettemin beschikken zij over de mogelijkheid om verderop in de sowieso (in de fraudegevoelige sectoren) beperkte keten het nazicht te verrichten.

De vierde paragraaf bevat de sanctie die van toepassing is wanneer geen gevolg wordt gegeven door de opdrachtnemer aan de vervangingsplicht. In dat geval wordt een straf toegepast van 0,2 procent van de oorspronkelijke aannemingsom, waarbij evenwel ook de plafondbedragen van toepassing zijn van ofwel 5.000, ofwel 10.000 euro, afhankelijk van het geval. Er wordt verduidelijkt dat de straf wordt toegepast vanaf de vijftiende dag na de datum van verzending van de aangetekende zending of de elektronische zending die op vergelijkbare wijze de exacte datum van de verzending waarborgt, tot en met de dag waarop in de vervanging wordt voorzien of de uitvoering van het overeenkomstige deel van de opdracht werd gerealiseerd.

Le nouvel article 12/3 insère, dans le paragraphe 1^{er}, l'interdiction pour le sous-traitant de sous-traiter la totalité du marché qui lui a été confié. Cette mesure est uniquement d'application aux sous-traitants et non à l'adjudicataire. Il n'en résulte dès lors, pour les candidats ou les soumissionnaires, aucune limitation de l'accès au marché. Il s'agit d'une mesure qui contribue à la lutte contre le dumping social et qui permet de garantir, en exécution de l'article 18.2 de la directive 2014/24/UE, que dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. L'article 71.6 de la directive 2014/24/UE précise que les Etats Membres peuvent prendre des mesures notamment dans la chaîne de sous-traitance, afin de respecter leurs obligations. Cette mesure contribue également à un meilleur respect de la limitation de la chaîne de sous-traitance, dont il est question ci-dessous. Il convient de préciser qu'il ne suffit pas pour satisfaire au présent article pour le sous-traitant de « conserver » uniquement la gestion du volet coordination et de sous-traiter la totalité des tâches effectives à plusieurs sous-traitants inférieurs dans la chaîne.

Le paragraphe 2 limite à deux, trois ou exceptionnellement quatre niveaux la chaîne de sous-traitance pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude, passés par des pouvoirs adjudicateurs, quel que soit le montant estimé du marché. En effet, dans la pratique, c'est surtout loin dans la chaîne de sous-traitance que sont constatées des pratiques de dumping social. On s'attend, dès lors, à ce que la limitation de la chaîne de sous-traitance puisse largement contribuer à la lutte contre le dumping social, notamment (mais pas seulement) dans le secteur de la construction. Il est à nouveau renvoyé à la nouvelle définition de « marché dans un secteur sensible à la fraude », prévue à l'article 2, g). Ici aussi, l'attention est attirée sur le fait que la limitation de la chaîne de sous-traitance ne porte pas préjudice, en ce qui concerne les services de gardiennage, aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, § 3bis, de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, la sous-traitance de ce type de services de gardiennage n'est en principe pas autorisée, sauf sous une série de conditions strictes. Ainsi, une série de données seront reprises dans une convention écrite entre « le donneur d'ordre » (dans le cas l'adjudicateur) et « l'entrepreneur principal (dans le cas l'adjudicataire), mentionnant certaines données relatives au sous-traitant concerné. Cet état des choses empêche de facto la mise en sous-traitance par un sous-traitant du premier échelon. La limitation de la chaîne de sous-traitance à deux, trois ou quatre niveaux, visée au présent paragraphe 2, est donc dans les faits déjà réduite à un seul niveau de manière plus drastique suite à la loi du 10 avril 1990.

Au plus la chaîne de sous-traitance verticale est longue, au plus l'adjudicataire risque de perdre le contrôle de sa chaîne et au plus cela semble difficile d'organiser sa chaîne, de la surveiller, d'y faire respecter les législations sociales, environnementales et du travail et d'avoir des moyens d'action efficaces entre le haut et le bas de la chaîne. Cette situation de risque de perte de contrôle de la chaîne de sous-traitance n'est pas non plus favorable au pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, le sous-traitant qui se trouve au bout d'une longue chaîne risque d'avoir un prix insuffisant qui ne lui permet pas de respecter les législations précitées tous les autres multiples sous-traitants précédents dans la chaîne voulant être payés pour leur intervention dans la chaîne. L'interdiction de longues chaînes verticales de sous-traitance est un des moyens d'éviter une telle situation.

Les alinéas deux et trois traitent de la possibilité d'ajouter un niveau supplémentaire. Cette dernière exige en principe l'accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, sauf circonstances imprévisibles portées à la connaissance du pouvoir adjudicateur endéans les trente jours après leur survenance. Il s'agit de circonstances qui ne pouvaient raisonnablement être prévues au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et aux conséquences desquelles il ne pouvait être remédié par les opérateurs économiques, malgré que tout ait été mis en œuvre à cet effet.

L'alinéa 4 énumère ce qui pour l'application de cet article, n'est pas considéré comme de la sous-traitance. Il en résulte que, tous les autres contrats à titre onéreux visant la réalisation du marché ou d'une partie de celui-ci, directement ou indirectement, à quelque stade que ce soit, peuvent être considérés comme de la sous-traitance.

Il est prévu que la fourniture de biens sur le chantier (fourniture de matériaux de construction, de béton prêt à l'emploi, de chassis, ...), sans travaux accessoires de placement ou d'installation, n'est pas considérée comme une sous-traitance pour l'application du présent article.

In het nieuw artikel 12/3 wordt in de eerste paragraaf het verbod ingevoerd voor de onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen in onderaanneming te geven. Deze maatregel is alleen van toepassing op de onderaannemers en niet op de opdrachtnemer en beperkt dan ook de toegang van kandidaten of inschrijvers tot de opdracht niet. Het betreft een maatregel die bijdraagt aan de strijd tegen de sociale dumping waarmee, in uitvoering van artikel 18.2 van richtlijn 2014/24/EU gewaarborgd wordt dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdracht moeten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. In artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU wordt erop gewezen dat de lidstaten met name in de onderaannemingsketen maatregelen kunnen nemen om hun verplichtingen na te komen. Deze maatregel draagt ook bij tot een betere naleving van de hieronder besproken beperking van de onderaannemingsketen. Er moet op worden gewezen dat het voor de naleving van dit artikel niet volstaat voor een onderaannemer om alleen het beheer van het luik coördinatie te behouden en de totaliteit van de effectieve taken in onderaanneming te geven aan meerdere onderaannemers die lager tussenkomen in de keten.

In de tweede paragraaf wordt de onderaannemingsketen beperkt tot twee, drie of uitzonderlijk vier niveaus voor de betreffende opdrachten in een fraudegevoelige sector die worden geplaatst door aanbestedende overheden, ongeacht het geraamde opdrachtbedrag. In de praktijk worden immers vooral praktijken inzake sociale dumping vastgesteld diep in de onderaannemingsketen. Er wordt dan ook verwacht dat het beperken van de onderaannemingsketen ruim zal bijdragen aan de strijd tegen de sociale dumping, met name (maar niet alleen) in de bouwsector. Opnieuw wordt verwezen naar de nieuwe definitie van het begrip "opdracht in een fraudegevoelige sector" vervat in artikel 2, g). Ook hier wordt erop gewezen dat de beperking van de onderaannemingsketen geen afbreuk doet, wat de bewakingsdiensten betreft, aan de bijzondere verplichtingen vervat in de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid. Overeenkomstig artikel 2, § 3bis, van de voormelde wet ..., ingevoegd door de wet van 13 januari 2014, is onderaanneming van de betreffende bewakingsdiensten in principe namelijk niet toegelaten, tenzij een aantal zeer strikte voorwaarden worden nageleefd. Zo moet er tussen de "opdrachtgever" (in dit geval aanbestedende overheid) en de "hoofdaannemer" (in dit geval de opdrachtnemer) een schriftelijke overeenkomst bestaan waarin een aantal gegevens omtrent de betreffende onderaannemer staan vermeld. De facto verhindert dit het verder in onderaanneming geven door de onderaannemer van het eerste niveau. De in de hier besproken tweede paragraaf bedoelde beperking van de onderaannemingsketen tot twee, drie of vier niveaus is de facto dus reeds in meer ingrijpende wijze beperkt tot één niveau ingevolge de voormelde wet van 10 april 1990.

Hoe langer de verticale onderaannemingsketen, hoe groter het risico voor de opdrachtnemer de controle over zijn keten te verliezen en hoe moeilijker de organisatie en het nazicht van zijn onderaannemingsketen zal zijn, alsook het feit ervoor te zorgen dat de sociale, arbeids- en milieuwetgeving daar worden nageleefd en het feit over efficiënte actiemiddelen te beschikken tussen de hoogste en de laagste in de keten. Deze situatie van risico op controleverlies van de onderaannemingsketen is evenmin gunstig voor de aanbestedende overheid.

Overigens riskeert de onderaannemer die zich op het einde van een lange keten bevindt, een onvoldoende prijs te ontvangen die hem niet toelaat de voormelde wetgevingen na te leven, gezien de talrijke voorgaande onderaannemers in de keten allen betaald willen worden voor hun interventie. Het verbod op lange verticale onderaannemingsketens is een van de middelen om een dergelijke situatie te vermijden.

In het tweede en derde lid worden de mogelijkheden behandeld om nog één bijkomend niveau toe te voegen. Daartoe is in principe het voorafgaandelijk schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid vereist, tenzij er onvoorzienbare omstandigheden zijn die schriftelijk kenbaar worden gemaakt aan de aanbestedende overheid binnen de dertig dagen nadat ze zich hebben voorgedaan. Het betreft omstandigheden die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van de offerte, die niet konden worden ontweken en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen door de ondernemers, niettegenstaande al het nodige daartoe werd gedaan.

In het vierde lid wordt opgesomd hetgeen, voor de toepassing van dit artikel, niet beschouwd wordt als onderaanneming. Alle andere overeenkomsten onder bezwarende titel die gericht zijn op de uitvoering van de opdracht of een onderdeel ervan, rechtstreeks of onrechtstreeks, in welk stadium ook, kunnen worden beschouwd als onderaanneming.

Er is voorzien dat de levering van goederen op de bouwplaats (levering van bouwmaterialen, van stortklaar beton, van ramen, ...), zonder bijkomende plaatsing- of installatiewerken, niet beschouwd wordt als onderaanneming voor de toepassing van dit artikel.

Un mécanisme de sanction est prévu au paragraphe 3. Ce mécanisme est identique à celui de l'article 12/2. Pour de plus amples informations, il est renvoyé au commentaire pour l'article concerné. A noter néanmoins que l'adjudicataire peut disposer, conformément au paragraphe 2, alinéa 2, d'un niveau supplémentaire de sous-traitance dans deux cas (moyennant l'accord préalable du pouvoir adjudicateur et même sans un tel accord de ce dernier, lors de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre, si les conditions sont remplies).

Il y a lieu de constater que la Cour de Justice n'a pas encore pu se prononcer sur les limitations de la chaîne de sous-traitance en exécution de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE (ou de l'article 88.6 de la directive 2014/25/UE). Il s'agit en effet d'une disposition entièrement nouvelle selon laquelle les Etats membres, afin d'éviter que les sous-traitants violent les dispositions applicables en matière de droit environnemental, social et du travail, peuvent prendre des mesures appropriées dont l'introduction de mécanismes de responsabilité solidaire et de vérification de l'absence de motifs d'exclusion. Cette constatation du législateur européen rejoint les constatations faites sur le terrain selon lesquelles le dumping social intervient notamment dans le cadre de la chaîne de sous-traitance.

La portée exacte des mesures préventives visées à l'article 71.6 n'est pas bien définie dans la directive. A cet égard, il importe de rappeler l'article 18.2 de la directive 2014/24/UE érigeant le respect du droit environnemental, social et du travail en principe général lors de la passation de marchés publics. En effet, il y a lieu de constater que le non-respect de ces dispositions aura souvent pour effet de fausser la concurrence. Le nouveau principe est une conséquence logique de l'obligation de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire. Les Etats membres doivent, notamment pour cette raison, disposer d'une certaine marge pour élaborer des mesures en exécution de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE.

Les mesures visées à l'article 12/3 poursuivent un but légitime. Il a également été satisfait à l'exigence de proportionnalité. Ainsi, l'interdiction, dans le chef du sous-traitant, de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié n'est pas du tout rigide et ne constitue donc pas une réelle entrave. Il suffit en effet que le sous-traitant se charge lui-même de l'exécution d'une petite partie du marché qui lui a été confié pour ensuite sous-traiter le reste à un autre sous-traitant. On a estimé qu'une telle interdiction aura tout de même une conséquence importante : le sous-traitant doit être conscient qu'il devra exécuter lui-même une partie du marché. Ainsi, la création de cascades interminables est contrée, en ce compris dans les secteurs qui ne sont pas considérés comme sensibles à la fraude (pour les marchés de travaux et de services dans les secteurs sensibles à la fraude, la chaîne de sous-traitance a été limitée de manière plus stricte). Lorsque la mesure est moins prohibitive, il faut juger plus vite qu'il a été satisfait à l'exigence de proportionnalité. La limitation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

L'introduction de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants (obligatoire ou non) et les mesures en matière de responsabilité solidaire ne suffisent pas en soi comme mesures préventives pour avoir l'effet escompté. En effet, une telle vérification augmente significativement les charges administratives du pouvoir adjudicateur. Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance resteront parfaitement possibles, ce qui risque de rendre les charges administratives ingérables et de compromettre au final l'effectivité de la mesure. En cas de trop longue chaîne de sous-traitance, le pouvoir adjudicateur ne pourra intervenir de facto que lorsque des irrégularités sont déjà constatées. Il ressort toutefois clairement de l'article 71.6 qu'il doit être possible de prendre des mesures préventives. D'où la nécessité de mesures supplémentaires.

L'arrêt Wroclaw du 14 juillet 2016 de la Cour de Justice (affaire C-406/14) permet de conclure que la directive 2004/18/CE s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur oblige l'adjudicataire dans les documents du marché à exécuter par ses propres moyens une partie du marché déterminée in abstracto, et l'arrêt C-406/14 (par nature, l'arrêt C-406/14 ne renvoie pas encore au nouvel article 71.6 de la directive 2014/24/UE; l'article 12/3, § 1^{er}, du projet ne contient pas d'obligation d'exécuter soi-même une partie déterminée in abstracto, par exemple 20 %, mais bien une interdiction de sous-traiter la totalité), il paraît néanmoins opportun de ne pas généraliser l'interdiction à l'adjudicataire.

In de derde paragraaf is in een sanctiëringsmechanisme voorzien. Dit mechanisme is identiek aan dat van artikel 12/2. Voor nadere toelichting wordt verwezen naar de commentaar bij het betreffende artikel. Wel wordt er hier nogmaals aan herinnerd dat de opdrachtnemer overeenkomstig paragraaf 2, lid 2, in twee gevallen over een bijkomend niveau van onderaanneming mag beschikken (mits voorafgaand akkoord van de aanbestedende overheid en zelfs zonder een dergelijk akkoord van deze laatste, wanneer zich omstandigheden voordoen die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van de offerte en de betreffende voorwaarden zijn vervuld).

Er moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft kunnen uitspreken over beperkingen van de onderaannemingsketen in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU (of artikel 88.6 van richtlijn 2014/25/EU). Het betreft immers een volledig nieuwe bepaling die stelt dat de lidstaten, ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, passende maatregelen kunnen treffen waaronder het invoeren van hoofdelijke aansprakelijkheidsmechanismen en het nazicht of de afwezigheid van uitsluitingsgronden. Deze bevinding van de Europese regelgever sluit aan op bevindingen in de praktijk, waarbij inderdaad werd vastgesteld dat praktijken inzake sociale dumping zich met name in de onderaannemingsketen voordoen.

De precieze draagwijdte van de in artikel 71.6 bedoelde preventieve maatregelen is in de richtlijn niet precies omlijnd. In dit verband is het niet onbelangrijk artikel 18.2 van richtlijn 2014/24/EU opnieuw onder de aandacht te brengen, waarin de naleving van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht tot algemeen beginsel bij het plaatsen van overheidsopdrachten wordt verheven. Inderdaad moet worden vastgesteld dat van de niet-naleving van deze verplichtingen vaak een mededingingsvertekend effect zal uitgaan. Het nieuwe beginsel is een logisch voortvloeisel van verplichting om de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen. Mede om die reden moeten de lidstaten over enige ruimte beschikken om maatregelen uit te werken in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU.

Met de in artikel 12/3 beoogde maatregelen wordt een legitiem doel nagestreefd. Er is eveneens voldaan aan de evenredigheidsis. Zo is het verbod voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven allesbehalve streng en dus ook niet zo belemmerend. Het volstaat immers dat de onderaannemer zelf zorgt voor de uitvoering van een klein deel van de hem toegewezen opdracht, waarna hij de rest verder in onderaanneming kan geven. Er werd geoordeeld dat van een dergelijk verbod toch een belangrijk gevolg zal hebben : de onderaannemer moet er zich van bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf zal moeten uitvoeren. Het opzetten van ellenlange cascades wordt aldus tegengegaan, ook in de sectoren die niet als fraudegevoelig zijn aangemerkt (voor de opdrachten voor werken en diensten in de fraudegevoelige sectoren werd de onderaannemingsketen op meer strikte wijze beperkt). In de mate dat de maatregel minder belemmerend is, moet vlugger worden geoordeeld dat aan de proportionaliteitsvereiste is voldaan. De beperking gaat niet verder dan nodig.

De invoering van het nazicht op afwezigheid van uitsluitingsgronden van onderaannemers (al dan niet verplicht) en de maatregelen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid volstaan op zich namelijk niet als preventieve maatregelen, willen zij hun beoogde effect ressembleren. Een dergelijk nazicht doet immers de administratieve lasten voor de aanbestedende overheid in belangrijke mate toenemen. Als geen enkele bijkomende beperking op de onderaannemingsketen wordt ingevoerd blijven zeer lange onderaannemingsketens perfect mogelijk, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken, hetgeen finaal dan ook de effectiviteit van de maatregel zou ondergraven. Als de onderaannemingsketen te lang wordt, dan zal de aanbestedende overheid de facto pas kunnen tussenkomen wanneer reeds onregelmatigheden worden vastgesteld. Echter blijkt duidelijk uit artikel 71.6 dat het mogelijk moet zijn preventieve maatregelen te nemen. Vandaar de nood aan bijkomende maatregelen.

Uit het zogenaamde Wroclaw-arrest van 14 juli 2016 van het Hof van Justitie (zaak C-406/14) volgt dat de richtlijn 2004/18/EG eraan in de weg staat dat een aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten de opdrachtnemer ertoe verplicht een in abstracto bepaald deel van de opdracht met eigen middelen uit te voeren. Hoewel er aantal belangrijke verschilpunten vallen te signaleren tussen het in artikel 12/3, § 1, bedoelde verbod en het arrest C-406/14 (in arrest C-406/14 wordt uit de aard der zaak nog niet verwezen naar het nieuwe artikel 71.6 richtlijn 2014/24/EU; in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp betreft het geen verplichting om een in abstracto bepaald deel, bijvoorbeeld 20 %, zelf uit te voeren, maar een verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven), werd het toch raadzaam geacht het verbod niet te veralgemenen naar de opdrachtnemer toe.

L'adjudicataire (qui, au moment de la passation, est encore soumissionnaire) se trouve, en effet, dans une position tout autre qu'un sous-traitant. Par définition, un soumissionnaire ignore s'il se verra attribuer le marché. Ce ne sera souvent pas le cas. Si l'interdiction était étendue à l'adjudicataire, un soumissionnaire pourrait être tenté de participer à moins de marchés publics en même temps. En effet, dans l'hypothèse où il se verrait malgré tout attribuer l'ensemble des marchés auxquels il a participé, il pourrait éprouver des difficultés à les exécuter simultanément, sachant qu'il ne pourra pas, en tant qu'adjudicataire, en sous-traiter la totalité. Une extension de l'interdiction à l'adjudicataire pourrait donc entraver la concurrence. La situation est différente pour le sous-traitant. Généralement, la chaîne de sous-traitance, lorsqu'il n'est pas fait appel à la capacité d'un sous-traitant, ne se concrétisera qu'une fois la notification de la décision d'attribution envoyée. Le considérant 32 de la directive 2004/18/CE indique que la possibilité de sous-traiter est susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics. La sous-traitance permet à de telles entreprises de participer à des procédures de passation et de se voir, le cas échéant, attribuer des marchés quelle qu'en soit l'importance. La sous-traitance contribue, dès lors, à la réalisation des objectifs poursuivis par les directives relatives aux marchés publics en accroissant le nombre de candidats potentiels à l'adjudication des marchés publics (conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire C-406/14, point 30). Autrement dit : le fait que les soumissionnaires-PME sachent qu'ils pourront désigner un ou plusieurs sous-traitants au cas où ils se voient attribuer le marché les encourage à introduire une demande de participation ou une offre même si le marché est assez important. Etant donné que l'interdiction prévue à l'article 12/3, § 1^{er}, n'est pas applicable à l'adjudicataire et qu'elle ne peut donc pas non plus décourager la participation de candidats ou soumissionnaires à la procédure de passation, elle ne pose pas problème, ni à la lumière de l'arrêt C-406/14 ni à celle des articles 71.6 et 71.8 de la directive 2014/24/UE.

Les précisions susmentionnées relatives à la proportionnalité des dispositions s'appliquent également à la limitation de la chaîne de sous-traitance visée au deuxième paragraphe. A cet égard, soulignons que la limitation ainsi prévue vaut uniquement pour les marchés de travaux et les marchés de services dans les secteurs sensibles à la fraude. Même sous sa forme la plus stricte, la limitation (indépendamment de la possibilité d'y déroger comme exposé ci-après) ne va pas au-delà du deuxième niveau. L'adjudicataire peut sous-traiter la totalité du marché et le sous-traitant du premier niveau peut, à son tour, recourir à la sous-traitance mais il doit aussi exécuter lui-même une partie du marché qui lui a été confié (voir article 12/3, § 1^{er}). Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui, selon sa nature, est classé dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, la possibilité d'un troisième niveau vient s'ajouter. Il convient également de souligner que l'on peut passer outre à la limitation à deux ou trois niveaux. Plus précisément, un niveau supplémentaire de sous-traitance est rendu possible moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, ou même sans l'accord de ce dernier, en raison de circonstances imprévisibles. Le dernier alinéa prévoit aussi une série d'exceptions.

L'article 12/4 a trait à la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les sous-traitants, dans une mesure proportionnelle à leur part dans le marché, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées dans les documents du marché. Cette disposition ne correspond que partiellement à l'actuel article 12, alinéa 2, 1^o et alinéa 3. Il n'est plus particulièrement plus question de la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les sous-traitants satisfassent proportionnellement aux exigences minimales en matière de capacité financière et économique. De cette manière, il est partiellement donné suite à la remarque du Conseil d'Etat relative à la présente disposition. Selon le Conseil d'Etat, le législateur européen semble vouloir répercuter les critères d'exclusion et non pas les critères de sélection à travers la chaîne.

Il a par contre été décidé de conserver la possibilité pour l'adjudicateur d'imposer (de manière proportionnée) des exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle afin d'assurer la bonne exécution du marché. Il ne serait en effet par exemple ni logique ni opportun de permettre qu'il soit fait appel pour les services de comptabilité à un sous-traitant qui ne bénéficierait pas de la capacité technique et professionnelle requise. Ainsi un objectif est poursuivi (assurer la bonne exécution du marché) qui dépasse la portée de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE. Cette dernière disposition vise uniquement à autoriser que les mesures adaptées soient prises par les Etats membres pour prévenir les violations des obligations applicables

De l'opdrachtnemer (op het moment van de plaatsing nog inschrijver) bevindt zich immers in een heel andere positie dan een onderaannemer. Een inschrijver weet uit de aard der zaak niet of hij een opdracht zal toegewezen krijgen. Vaak zal dit niet het geval zijn. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat een inschrijver geneigd zou kunnen zijn om deel te nemen aan minder overheidsopdrachten tegelijkertijd. In de hypothese dat hij toch alle opdrachten waaraan hij deelnam krijgt toegewezen, kan hij immers moeilijkheden ondervinden om deze gelijktijdig uit te voeren, wetende dat hij als opdrachtnemer niet de totaliteit in onderaanneming zal mogen geven. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, kan hiervan dus een mededingsbelemmerende werking uitgaan. De situatie is anders voor de onderaannemer. Doorgaans zal de onderaannemingsketen, in het geval geen beroep wordt gedaan op de draagkracht van een onderaannemer, pas concreet vorm krijgen zodra de kennisgeving van de gunningsbeslissing is verstuurd. In overweging 32 van de richtlijn 2004/18/EG werd verklaard dat de mogelijkheid van onderaanneming kleine en middelgrote ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dankzij onderaanneming kunnen dergelijke ondernemingen deelnemen aan plaatsingsprocedures en maken zij kans op de gunning ongeacht de omvang van opdracht. Onderaanneming draagt er aldus inderdaad toe bij dat de doelstellingen van de richtlijnen overheidsopdrachten worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten voor overheidsopdrachten te vergroten (conclusies van de advocaat-generaal Sharpston in de Zaak C-406/14, punt 30). Anders gesteld : het feit dat inschrijvers-KMO's weten dat zij, in geval zij de opdracht krijgen toegewezen, één of meerdere onderaannemers kunnen aanstellen, moedigt hen aan om ondanks de omvang van de opdracht die voor hen eerder groot kan zijn, toch een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen. Aangezien het verbod van artikel 12/3, § 1, niet van toepassing is op de opdrachtnemer, en dus ook de deelname van inschrijvers of kandidaten aan de plaatsingsprocedure niet kan ontmoedigen, is het verbod niet problematisch, noch het licht van het arrest C-406/14, noch in het licht van artikel 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU.

De hierboven opgegeven verduidelijkingen wat de proportionaliteit betreft van de bepalingen zijn eveneens van toepassing wat de in de tweede paragraaf bedoelde beperking van de onderaannemingsketen betreft. In dit verband moet erop worden gewezen dat de aldus uitgewerkte beperking alleen geldt voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren. Zelfs in zijn meest strenge vorm gaat de beperking (nog onafgezien van onderstaande doorbrekingsmogelijkheid) niet verder dan het tweede niveau. De opdrachtnemer kan de totaliteit van de opdracht in onderaanneming geven en de onderaannemer van het eerste niveau kan nogmaals in onderaanneming geven maar moet ook een deel van de hem toegewezen opdracht zelf uitvoeren (zie artikel 12/3, § 1). Als het een opdracht voor werken betreft die volgens zijn aard in een categorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991, dan komt daar nog de mogelijkheid tot een derde niveau bij. Er moet ook op worden gewezen dat de beperking tot twee dan wel drie niveaus kan worden doorbroken. Meer bepaald dat een bijkomend niveau van onderaanneming mogelijk werd gemaakt mits voorafgaand schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid, of zelfs zonder akkoord van deze laatste, wegens onvoorziene omstandigheden. In het laatste lid worden ook in een aantal uitzonderingen voorzien.

Artikel 12/4 heeft betrekking op de mogelijkheid voor de aanbestedder om te eisen dat de onderaannemers, in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren, voldoen aan de minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd. De bepaling komt slechts gedeeltelijk overeen met het huidige artikel 12, tweede lid, 1^o en derde lid. Meer bepaald is niet langer sprake van de mogelijkheid voor de aanbestedder om te vereisen dat de onderaannemers verhoudingsgewijs voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht. Op die manier wordt gedeeltelijk gevolg gegeven aan de opmerking van de Raad van State omtrent de onderhavige bepaling. Volgens de Raad van State lijkt het de wil van de Europese regelgever te zijn om de uitsluitingscriteria wél en de selectiecriteria niet te laten doorwerken doorheen de keten.

Echter werd beslist om de mogelijkheid te behouden voor de aanbestedder om te vereisen dat voldaan is (verhoudingsgewijs) aan de minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid en dit om de goede uitvoering van de opdracht te verzekeren. Het zou inderdaad niet logisch zijn, noch opportuun, om voor boekhoudkundige diensten toe te laten dat beroep zou worden gedaan op een onderaannemer die niet over de daarvoor noodzakelijke technische en beroepsbekwaamheid beschikt. Aldus wordt een oogmerk nagestreefd (de goede uitvoering van de opdracht verzekeren) die de draagwijdte van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU te buiten gaat. Deze laatste bepaling is er alleen op gericht toe te laten dat passende maatregelen

en matière de de droit environnemental, social et du travail. Néanmoins, afin de garantir la compatibilité avec les traités européens, il semble prudent de conserver la possibilité de vouloir répercuter certains critères de sélection qualitative uniquement pour ce qui concerne les exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle.

Art. 14. Cette disposition remplace l'alinéa 1^{er} de l'article 13 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. La disposition sous 1° de la nouvelle énumération correspond à la disposition sous 2° de l'actuelle énumération. Cette disposition conserve notamment son utilité pour les marchés passés par des entreprises publiques. En effet, l'article 12/3 nouvellement inséré dont il vient d'être question ne s'applique pas à ces marchés.

Les dispositions sous 2° de la nouvelle énumération renvoient encore toujours aux hypothèses de l'article 62 (mise sous conseil judiciaire pour cause de prodigalité, interdiction, internement,...). Pour des raisons de clarté, il n'est plus renvoyé deux fois aux motifs d'exclusion. En effet, ce point fait désormais l'objet d'une approche davantage différenciée (voir infra). Il est encore mentionné que la disposition actuellement contenue à l'article 62, 5°, est abrogée. Pour de plus amples explications concernant cette abrogation, il est renvoyé au commentaire de l'article 29.

Dans les dispositions sous 3° et 4° de la nouvelle énumération, l'approche relative aux motifs d'exclusion est différenciée selon qu'il s'agit d'un marché relevant du titre 2 ou 3 de la loi, ou d'un marché relevant de la loi défense et sécurité. S'agissant de ces derniers marchés, quasiment rien ne change (hormis les points déjà cités plus haut). Il est toujours interdit à l'adjudicataire de confier tout ou partie du marché à une entreprise se trouvant dans une situation d'exclusion quelle qu'elle soit. Cette interdiction continue donc de porter aussi sur les motifs d'exclusion facultatifs.

La situation est différente pour les marchés tombant sous le champ d'application du titre 2 de la loi. Comme déjà examiné ci-dessus, dans le commentaire de l'article 13, il est dorénavant prévu que le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans un certain nombre de secteurs sensibles à la fraude non seulement dans le chef des candidats et des soumissionnaires, mais aussi, dans le cadre de l'exécution, dans le chef du sous-traitant direct. S'agissant des motifs d'exclusion facultatifs, cette vérification dans le chef du sous-traitant est similaire à celle dans le chef du candidat ou du soumissionnaire. Il n'y a pas d'obligation d'exclusion. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui doit toutefois être nuancé à la lumière, notamment, du principe de bonne gouvernance. Ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur a pour effet qu'il n'est pas absolument interdit à l'adjudicataire de confier son marché à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative. Autrement dit : la suppression de l'interdiction absolue de recourir à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative est contrebalancée par la vérification et, dans les secteurs sensibles à la fraude, par la vérification obligatoire par le pouvoir adjudicateur. Il va de soi que l'adjudicataire aura tout intérêt à travailler uniquement avec des sous-traitants ne se trouvant pas dans une situation d'exclusion facultative. En effet, s'il se trouve confronté à l'obligation de remplacement au cours de l'exécution, cela aura aussi une incidence sur ses frais, sans qu'il puisse les récupérer auprès du pouvoir adjudicateur.

La situation est une fois encore différente pour les marchés des secteurs spéciaux (les marchés relevant du titre 3 de la loi). Pour rappel, pour ces marchés, seuls les pouvoirs adjudicateurs sont désormais encore formellement contraints de tenir compte de l'approche relative aux motifs d'exclusion contenus aux articles 67 à 69 de la loi (voir article 151, § 1^{er}, de la loi). Les entreprises publiques et personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent, bien entendu, faire de même, et on peut s'attendre à ce que beaucoup continuent à se baser sur les motifs d'exclusion tels qu'ils existent dans les secteurs classiques mais, formellement, elles pourront élaborer leurs propres règles objectives en matière d'exclusion et de sélection. Dans le même ordre d'idées, l'interdiction absolue pour l'adjudicataire de confier la totalité ou une partie du marché à un sous-traitant qui se trouve dans une situation d'exclusion obligatoire, ne peut, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, être maintenue que lorsqu'il s'agit d'un marché passé par un pouvoir adjudicateur (ce qui ne sera le cas qu'exceptionnellement).

Enfin, soulignons, pour ce qui concerne les marchés relevant de la loi, la possibilité de prendre des mesures correctrices est également prévue. Ce n'est pas le cas en ce qui concerne les marchés relevant de la loi défense et sécurité.

worden getroffen door de lidstaten ter voorkoming van inbreuken op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeid. Niettemin werd het wijselijk geacht om de verenigbaarheid met de Europese verdragen te garanderen, om de mogelijkheid om bepaalde kwalitatieve selectiecriteria te laten "doorwerken" alleen te behouden voor de minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid.

Art. 14. Deze bepaling vervangt het eerste lid van artikel 13 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. De bepaling onder 1° van de nieuwe oplijsting komt overeen met de bepaling onder 2° van de huidige oplijsting. Deze bepaling behoudt met name zijn nut voor opdrachten geplaatst door overheidsbedrijven. Voor deze opdrachten is het nieuw ingevoegde en zonet besproken artikel 12/3 immers niet van toepassing.

In de bepalingen onder 2° van de nieuwe oplijsting wordt nog steeds verwezen naar de gevallen van artikel 62 (onder bijstandstelling wegens verkwisting, onbekwaamverklaring, internering, ...). Om redenen van duidelijkheid wordt niet langer dubbel verwezen naar de uitsluitingsgronden. De aanpak op dit punt wordt immers voortaan meer gedifferentieerd benaderd (zie infra). Er wordt nog vermeld dat de bepaling die op heden is vervat in artikel 62, 5°, wordt opgeheven. Voor nadere toelichting omtrent deze opheffing wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 29.

In de bepalingen onder 3° en 4° van de nieuwe oplijsting, wordt de aanpak op het vlak van de uitsluitingsgronden gedifferentieerd al naar gelang het een opdracht betreft die valt onder titel 2 of 3 van de wet, dan wel een opdracht die onder de toepassing valt van de wet defensie en veiligheid. Wat deze laatste opdrachten betreft wijzigt er quasi niets (tenzij de supra reeds aangehaalde punten). Nog steeds is het de opdrachtnemer verboden het geheel of een gedeelte van de opdracht toe te vertrouwen aan een onderneming die zich in om het even welke uitsluitingsstoestand bevindt. Dit verbod blijft aldaar dus ook slaan op de facultatieve uitsluitingsgronden.

De situatie is verschillend voor de opdrachten die onder de toepassing van titel 2 van de wet vallen. Zoals hierboven reeds besproken, in de commentaar bij artikel 12, is voortaan voorzien dat de aanbestedende overheid de afwezigheid van uitsluitingsgronden in een aantal fraudegevoelige sectoren niet alleen moet nazien in hoofde van de kandidaten en inschrijvers maar ook, in het kader van de uitvoering, in hoofde van de rechtstreekse onderaannemer. Wat de facultatieve uitsluitingsgronden betreft, is dit nazicht in hoofde van de onderaannemer gelijkaardig als in hoofde van de kandidaat of inschrijver. Er geldt geen verplichting tot uitsluiting. De aanbestedende overheid beschikt over een discretionaire beoordelingsruimte, hetgeen wel moet genuanceerd worden in het licht van onder meer het beginsel van behoorlijk bestuur. Deze discretionaire beoordelingsruimte van de aanbestedende overheid brengt met zich mee dat er ook geen absoluut verbod in hoofde van de opdrachtnemer betreft om zijn opdracht toe te vertrouwen aan een onderaannemer die zich in een facultatieve uitsluitingsgrond bevindt. Anders gesteld : het wegvallen van het absoluut verbod op het inschakelen van een onderaannemer die zich in een facultatieve uitsluitingsgrond bevindt, wordt opgevangen door het nazicht en in de fraudegevoelige sectoren zelf het verplichte nazicht door de aanbestedende overheid. Het spreekt voor zich dat de opdrachtnemer er alle belang bij heeft om alleen te werken met onderaannemers die zich niet in een facultatieve uitsluitingsgrond bevinden: als hij in de loop van de uitvoering geconfronteerd wordt met de vervangingsplicht, zal dit ook op zijn kosten een invloed hebben, zonder dat dit aspect zal kunnen verhaald worden op de aanbestedende overheid.

De situatie is opnieuw verschillend voor de opdrachten in de speciale sectoren (de opdrachten die vallen onder titel 3 van de wet). Ter herinnering, voor deze opdrachten zijn voortaan alleen nog de aanbestedende overheden formeel verplicht om rekening te houden met de aanpak op vlak van de uitsluitingsgronden vervat in de artikelen 67 tot 69 van de wet (zie artikel 151, § 1, van de wet). De overheidsbedrijven en personen met bijzondere of alleenrechten kunnen dit natuurlijk ook doen, en het ligt in de lijn van de verwachtingen dat velen zich zullen blijven baseren op de uitsluitingsgronden zoals ze bestaan in de klassieke sectoren, maar formeel kunnen ze eigen objectieve regels voor uitsluiting en selectie uitwerken. In het verlengde hiervan kan het absoluut verbod voor de opdrachtnemer om het geheel of een deel van de opdracht toe te vertrouwen aan een onderaannemer die zich bevindt in een verplichte uitsluitingsgrond, wat de speciale sectoren betreft alleen behouden blijven wanneer het een opdracht betreft die wordt geplaatst door een aanbestedende overheid (hetgeen slechts uitzonderlijk het geval zal zijn).

Tot slot wordt er nog op gewezen dat, wat de opdrachten betreft die onder de wet vallen, hier opnieuw de mogelijkheid is ingebouwd om corrigerende maatregelen te nemen. Dit is niet het geval wat de opdrachten betreft die onder de wet defensie en veiligheid vallen.

Art. 15. Cette disposition vise à remplacer l'article 16 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant la main-d'œuvre. Il est toujours prévu que l'adjudicataire doit remplacer immédiatement les membres du personnel qui sont signalés par l'adjudicateur comme compromettant la bonne exécution du marché par leur incapacité, leur mauvaise volonté ou leur conduite notoire. La phrase de l'article 35 du cahier général des charges annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996, dans laquelle il était prévu que le personnel devait être en nombre suffisant et avoir, chacun dans sa spécialité, les qualités requises pour assurer la marche régulière et la bonne exécution, est à nouveau reprise. La formulation a été adaptée pour tenir compte du fait qu'il s'agit maintenant d'une disposition qui concerne à la fois les marchés de travaux, les marchés de fournitures et les marchés de services. Il a également été clarifié que l'adjudicateur doit demander le remplacement par écrit, avec mention précise des membres du personnel qu'il souhaite voir remplacer.

Art. 16. Cette disposition se borne à actualiser certaines références et ne nécessite, dès lors, pas de commentaire particulier.

Art. 17. Cette disposition vise l'actualisation de la liste de services pour lesquels, hormis une disposition contraire dans les documents du marché, aucun cautionnement n'est exigé. Cette actualisation fait suite à une modification du champ d'application de la loi, ainsi qu'au fait que la répartition entre services de l'annexe II.A et services de l'annexe II.B et la répartition en catégories n'est plus d'application dans ce contexte. Il a donc chaque fois été renvoyé à la référence CPV correspondante.

Cette disposition contient en outre une clarification concernant la méthode de calcul du cautionnement pour les marchés de fournitures et de services sans indication d'un prix total. Le mot « assiette » pouvait induire en erreur.

Art. 18. Cette disposition modifie l'article 30 et précise les modalités qui s'appliquent lorsque l'adjudicateur veut faire appel au cautionnement. Il est notamment clarifié que l'organisme auprès duquel le cautionnement est constitué, ne peut subordonner son accord pour le prélèvement du cautionnement à l'aval de l'adjudicataire. Cet aval annulerait par sa nature l'utilité des règles concernant le cautionnement. Il convient de préciser que l'organisme auprès duquel le cautionnement est constitué peut uniquement vérifier si le délai pour la défense a été respecté. Cet organisme doit en outre vérifier si le cautionnement a effectivement été constitué. Il doit également avoir reçu une demande de libération de l'adjudicateur. Le cautionnement est ainsi fort semblable à une garantie à première demande.

Il va de soi que l'adjudicateur ne peut demander la libération du cautionnement qu'à partir du moment où le délai pendant lequel l'adjudicataire peut faire valoir ses moyens de défense est dépassé.

Art. 19. Cette disposition apporte, à l'article 35 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, une série d'adaptations techniques résultant de l'usage généralisé des moyens de communication électroniques.

Cette disposition vise entre autre l'adaptation de l'article 35, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Au 1^o de la disposition précitée, il est prévu que l'adjudicataire reçoit gratuitement sur demande un exemplaire du cahier spécial des charges. Cette disposition est devenue pour la plupart des marchés obsolète à la lumière des articles 64 et 145 de la loi. Conformément à ces dernières dispositions, l'adjudicateur doit de sa propre initiative (et donc pas sur demande) et gratuitement offrir, par moyen électronique, un accès aux documents du marché à partir de la date de publication d'un avis de marché. Dans les dispositions précitées, il est également prévu pour les cas d'exception lorsqu'il n'est pas possible ou obligatoire d'offrir un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique à certains documents du marché, que l'accès doit également être gratuit. La disposition ne doit dès lors être maintenue que pour la procédure négociée sans publication préalable et de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable. Elle figure dorénavant dans un alinéa séparé.

Les autres modifications ne nécessitent pas de commentaires supplémentaires.

Art. 20. Cette disposition remplace les articles 37 et 38 et transpose partiellement les articles 72 de la directive 2014/24/UE et 89 de la directive 2014/25/UE, concernant la modification de marchés en cours. Les dispositions relatives aux modifications du marché figurent actuellement aux articles 37 et 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Suite aux directives précitées, qui prévoient pour la première fois une disposition relative aux modifications du marché, le cadre réglementaire y relatif sera sensiblement étendu. Non seulement les articles 37 et 38 sont remplacés, mais les articles 38/1 à 38/19 sont également insérés par l'article 21 commenté ci-après. L'extension du cadre réglementaire

Art. 15. Deze bepaling is gericht op de vervanging van artikel 16 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 omtrent de arbeidskrachten. Nog steeds is bepaald dat de opdrachtnemer onmiddellijk de personeelsleden moet vervangen die volgens de aanbesteder de goede uitvoering van de opdracht belemmeren wegens hun onbekwaamheid, hun slechte wil of hun algemeen gekend wangedrag. De zin van artikel 35 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden die waren aangehecht aan het koninklijk besluit van 26 september 1996, waarin werd bepaald dat het door de opdrachtnemer ingezet personeel voldoende in aantal moest zijn en, ieder in zijn vak, de vereiste bekwaamheid moet bezitten om de regelmatige vooruitgang en de goede uitvoering te waarborgen, is opnieuw opgenomen. De bewoordingen werden evenwel afgestemd op het feit dat het nu een bepaling betreft die van toepassing is op de opdrachten inzake werken, leveringen en diensten. Er is eveneens verduidelijkt dat de aanbesteder schriftelijk om de vervanging moet verzoeken en daarbij dient te preciseren welke personeelsleden hij vervangen wenst te zien.

Art. 16. Deze bepaling actualiseert louter een aantal verwijzingen en behoeft dan ook geen nadere toelichting.

Art. 17. Deze bepaling is gericht op de actualisatie van de lijst van diensten waarvoor, behoudens andersluidende bepaling in de opdracht-documenten, geen borgtocht geëist wordt. Deze actualisatie is het gevolg van het gewijzigde toepassingsgebied van de wet, alsook van het feit dat de indeling tussen bijlage II.A diensten en bijlage II.B diensten en de indeling in categorieën in dit verband in de wet niet langer van toepassing is. Zodoende werd waar nodig verwezen naar de overeenkomstige CPV-indeling.

Deze bepaling bevat daarnaast ook een verduidelijking op het vlak van de berekeningswijze, voor de opdrachten voor leveringen en diensten die geen totale prijs vermelden, van de borgtocht. Het woord "berekeningsbasis" kon aanleiding geven tot verkeerde interpretaties.

Art. 18. Deze bepaling wijst artikel 30 en verduidelijkt wat de nadere regels zijn wanneer een aanbesteder beroep doet op de borgtocht. Met name wordt verduidelijkt dat de instelling bij wie de borgtocht werd gesteld zijn akkoord om op de borgtocht af te houden niet afhankelijk mag maken van het fiat de opdrachtnemer. Een dergelijke fiat zou uit de aard der zaak de borgtochtregeling elk nut ontnemen. Er wordt verduidelijkt dat de instelling bij wie de borgtocht werd gesteld alleen mag nazien of de verweermiddeltermijn is nageleefd. Daarnaast moet de betreffende instelling ook nagaan of effectief borgtocht is gesteld en moet hij een verzoek ontvangen vanwege de aanbesteder om tot vrijgave over te gaan. Het beroep op de borgtocht sluit dan ook erg nauw aan bij een garantie op eerste verzoek.

Het spreekt voor zich dat de aanbesteder slechts om de vrijgave van de borgtocht mag verzoeken als de verweermiddeltermijn is overschreden.

Art. 19. Door middel van deze bepaling worden een aantal technische aanpassingen doorgevoerd in artikel 35 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 die het gevolg zijn van het veralgemeend gebruik van elektronische communicatiemiddelen.

De bepaling is onder meer gericht op de aanpassing van artikel 35, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. In de voormelde bepaling, onder 1^o, is voorzien dat de opdrachtnemer kosteloos een exemplaar van het bestek ontvangt op aanvraag. Deze bepaling is voor de meeste opdrachten achterhaald in het licht van de artikelen 64 en 145 van de wet. Ingevolge deze laatste bepalingen moet de aanbesteder uit eigen beweging (en dus niet op aanvraag) en eveneens op kosteloze wijze met elektronische middelen toegang tot de opdracht-documenten verschaffen en dit vanaf de bekendmaking van de aankondiging van een opdracht. In de voormelde bepalingen van de wet is eveneens reeds voorzien dat ook in de uitzonderingsgevallen waarbij geen vrije, volledige en rechtstreekse toegang kan worden geboden op elektronische wijze, de toegang kosteloos is. De bepaling hoeft dan ook slechts behouden blijven voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging. De zin is in een afzonderlijk lid ondergebracht.

De overige aanpassingen hoeven geen nadere toelichting.

Art. 20. Deze bepaling is gericht op de vervanging van de artikelen 37 en 38 en heeft betrekking op de gedeeltelijke omzetting van de artikelen 72 van richtlijn 2014/24/EU en 89 van richtlijn 2014/25/EU, omtrent de wijzigingen van opdrachten gedurende de looptijd. De bepalingen omtrent de wijzigingen van de opdracht zijn op heden vervat in de artikelen 37 en 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Ingevolge de voormelde richtlijnen, die voor het eerst in een bepaling voorzien die betrekking heeft op de wijziging van de opdracht, zal het reglementair kader omtrent de wijzigingen aan de opdracht gevoelig uitgebreid worden. Meer bepaald worden de

permettra d'augmenter le nombre de possibilités mises à disposition pour apporter une modification du marché.

L'article 37 ne contient plus que la règle de base selon laquelle les marchés et les accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation que dans les cas prévus par la section 5 du chapitre 2.

A la lumière de la définition de la notion de « marché », figurant à l'article 2, 6°, les dispositions relatives aux modifications s'appliquent également aux modifications de l'accord-cadre.

L'article 38 précise ensuite qu'une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la modification, quelle que soit sa valeur monétaire, a été prévue dans les documents du marché initiaux sous la forme de clauses de réexamen claires, précises et univoques. Les clauses de réexamen doivent toutefois indiquer le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne peuvent pas permettre de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre.

Il est effectivement logique que le pouvoir adjudicateur puisse apporter des modifications (mais pas de manière illimitée) sur la base de clauses de réexamen prévues dans les documents du marché. Si la clause de réexamen est formulée de manière claire, précise et univoque, de sorte que tous les opérateurs économiques intéressés aient d'emblée connaissance de la possibilité de modification (et se trouvent donc sur un pied d'égalité lors de la remise de leurs offres), rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de faire usage de cette clause ultérieurement et de modifier le marché, pour autant que les clauses ne changent toutefois pas la nature globale du marché.

L'exigence selon laquelle il doit s'agir de clauses claires, précises et univoques résulte de la jurisprudence de la Cour de justice. Dans son arrêt *Succhi di Frutta* du 29 avril 2004, cette dernière précise, par exemple, ce qui suit :

« Quant au principe de transparence, qui ... constitue le corollaire [du principe de l'égalité de traitement], il a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause. ».

L'exigence selon laquelle la « nature globale » du marché ne peut être modifiée par la clause de réexamen revient également dans d'autres articles, plus précisément à l'article 38/2, alinéa 1^{er}, 2°, concernant les circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur et à l'article 38/4, alinéa 2, concernant la règle de minimis. C'est également le cas dans les dispositions correspondantes des directives. Le considérant 109 de la directive 2014/24/UE précise en ce qui concerne cette notion qu'il n'est pas nécessaire de pouvoir modifier le marché « en cas de modification altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché ». Il ressort de ce considérant que la notion de « modification de la nature globale » ne peut être interprétée de manière trop large. Il ne s'agit pas d'une référence aux « modifications substantielles » dont il est question à l'article 38/5.

Les clauses de réexamen peuvent s'avérer utiles dans de nombreux cas. Elles peuvent garantir, par exemple, que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques. Les clauses de réexamen peuvent également faire en sorte qu'il demeure possible (pour autant que les clauses soient suffisamment claires) de prévoir des adaptations du marché rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien. Il y a lieu de rappeler qu'un marché pourrait, par exemple, à la fois comporter un entretien ordinaire et prévoir des opérations d'entretien extraordinaires qui pourraient s'avérer nécessaires pour assurer la continuité d'un service public.

articles 37 et 38 niet alleen vervangen, maar worden ook de artikelen 38/1 tot 38/19 ingevoegd door middel van het hieronder becommentarieerd artikel 21. Ingevolge de uitbreiding van het reglementair kader zullen meer mogelijkheden ter beschikking staan om tot wijziging over te gaan.

Artikel 37 bevat alleen nog de basisregel dat opdrachten en raamovereenkomsten zonder nieuwe plaatsingsprocedure enkel kunnen worden gewijzigd in de gevallen voorzien in afdeling 5 van hoofdstuk 2.

In het licht van de definitie van het begrip “opdracht”, vervat in artikel 2, 6°, zijn de bepalingen omtrent wijzigingen ook van toepassing op wijzigingen van de raamovereenkomst.

Artikel 38 stelt vervolgens dat een wijziging zonder nieuwe plaatsingsprocedure mag worden aangebracht, wanneer de wijziging ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten voorzien was in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules. Wel is vereist dat de herzieningsclausules het toepassingsgebied omschrijven en de aard van de mogelijke wijzigingen alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij mogen niet voorzien in wijzigingen die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst kunnen veranderen.

Het is inderdaad logisch dat de aanbestedende overheid wijzigingen moet kunnen aanbrengen (zij het niet onbeperkt) op grond van herzieningsclausules die in de opdrachtdocumenten waren voorzien. Indien een herzieningsclausule op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige manier wordt geformuleerd, zodat alle ondernemers die belangstelling hebben van meet af aan kennis hebben van de wijzigingsmogelijkheid (en zich aldus op voet van gelijkheid bevinden bij het indienen van hun offertes), belet niets de aanbestedende overheid om naderhand van deze clausule gebruik te maken en de opdracht te wijzigen, voor zover de clausules echter de algemene aard van de opdracht niet veranderen.

De vereiste dat het moet gaan om duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige clausules vloeit voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie overwoog in het arrest *Succhi di Frutta* van 29 april 2004 bijvoorbeeld hetgeen volgt :

“Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium ... vormt [van het beginsel van gelijke behandeling], heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.”.

De vereiste dat de “algemene aard” van de opdracht niet mag gewijzigd worden door de herzieningsclausule, komt ook nog in andere artikelen terug, meer bepaald in artikel 38/2, eerste lid, 2°, omtrent onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder en in artikel 38/4, tweede lid, omtrent de de minimis-regel. Dit is eveneens het geval in de overeenstemmende bepalingen uit de richtlijnen. In overweging 109 van richtlijn 2014/24/EU, wordt omtrent dit begrip verduidelijkt dat er geen nood is aan een wijzigingsmogelijkheid “in gevallen waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de gehele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd, aangezien dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed”. Uit deze overweging blijkt dat het begrip “wijziging van de algemene aard” niet te ruim moet worden begrepen. Het betreft geen verwijzing naar de “wezenlijke wijzigingen” waarvan sprake in artikel 38/5.

Herzieningsclausules kunnen in tal van gevallen van nut zijn. Bijvoorbeeld kunnen zij ervoor zorgen dat communicatieapparatuur die over een bepaalde periode moet worden geleverd, aan de vereisten blijft voldoen, ook bij wijziging van de communicatieprotocollen of andere technische wijzigingen. Herzieningsclausules kunnen er ook voor zorgen dat het mogelijk blijft (mits de clausules voldoende duidelijk worden geformuleerd) om de opdracht aan te passen indien technische problemen bij het functioneren of het onderhoud zulks noodzakelijk maken. Hierbij wordt erop gewezen dat zowel gewoon onderhoud als buitengewone onderhoudshandelingen die noodzakelijk kunnen worden met het oog op de continuïteit van een openbare dienst, deel kunnen uitmaken van de opdracht.

Dans les cas suivants, il est également possible ou obligatoire de faire usage de clauses de réexamen :

- la clause facultative relative au remplacement de l'adjudicataire, telle que visée au nouvel article 38/3;
- les clauses obligatoires ou, en fonction du type de marché, facultatives en matière de révision des prix, telles que visées au nouvel article 38/7;
- la clause obligatoire relative aux impositions ayant une incidence sur le montant du marché, telle que visée au nouvel article 38/8;
- la clause obligatoire relative aux circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire, telle que visée au nouvel article 38/9;
- la clause de réexamen obligatoire pour les mesures suite aux faits de l'adjudicateur et de l'adjudicataire, telle que visée au nouvel article 38/11;
- les clauses relatives aux indemnités suite aux suspensions ordonnées par l'adjudicateur et aux incidents durant la procédure (voir le nouvel article 38/12).

Ces clauses ne sont évidemment pas tout à fait nouvelles, vu qu'elles sont basées sur des articles figurant actuellement dans les arrêtés de passation ou dans l'arrêt royal du 14 janvier 2013. Pour la première fois, le pouvoir adjudicateur est, dans certains cas, toutefois obligé d'insérer certaines clauses. La portée de ces obligations est expliquée dans le commentaire de l'article 21. Il suffit de constater ici que l'adjudicateur, vu ce cadre adapté pour les modifications du marché et notamment les différentes possibilités ou obligations d'insérer des clauses de réexamen dans les documents du marché, devra faire preuve d'une grande diligence lors de l'établissement des documents du marché. Ces derniers devront plus précisément anticiper les problématiques précitées pouvant se poser dans le cadre de l'exécution et ce, pour garder la marge de manœuvre nécessaire à l'apport de modifications du marché, éviter des contestations et respecter correctement les obligations réglementaires. Cette nouvelle approche est particulièrement justifiée à la lumière de l'arrêt de la Cour de Justice du 7 septembre 2016 dans l'affaire C-549/14, dans laquelle la Cour a précisé qu'« après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché » (l'affaire Finn Frogne A/S contre Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation). La Cour ajoute qu'il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, du marché après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté. Les faits qui ont menés à l'arrêt relevaient encore de la directive 2004/18/CE.

Art. 21. Cette disposition vise à insérer les articles 38/1 à 38/19. Tout comme l'article 20, elle transpose partiellement les articles 72 de la directive 2014/24/UE et 89 de la directive 2014/25/UE, concernant la modification de marchés en cours.

Art. 38/1. L'article 38/1 peut être mis en rapport avec la notion de « travaux ou services complémentaires » telle que visée à l'article 26, § 1^{er}, 2^o, a), de la loi du 15 juin 2006. Contrairement à ce qui est le cas dans la loi du 15 juin 2006, les travaux et services complémentaires ne sont plus énumérés dans la loi du 16 juin 2016 (article 42) parmi les cas où le recours à la procédure négociée sans publicité préalable est autorisé. Il en va de même pour les fournitures complémentaires. Les nouvelles directives les considèrent, en effet, comme des modifications du marché. Néanmoins, une série d'assouplissements ont été prévus sur le plan du contenu.

La loi du 15 juin 2006 exige encore que les travaux ou services complémentaires soient techniquement ou économiquement « inséparables » du marché principal sans inconvénient majeur. Dans le cas contraire, il faut pouvoir démontrer que les marchés complémentaires sont « strictement nécessaires au perfectionnement » du marché principal. L'article 38/1 prévoit désormais la condition selon laquelle le changement d'opérateur économique ne peut pas être possible pour des raisons économiques ou techniques, telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial. Ce changement doit également présenter un inconvénient majeur ou entraîner une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur.

Ook in onderstaande gevallen kan of moet gebruik worden gemaakt van herzieningsclausules:

- de facultatieve clausule inzake de vervanging van de opdrachtnemer als bedoeld in het nieuw artikel 38/3;
- de verplichte dan wel, in functie van het type opdracht, facultatieve clausules inzake prijsherziening als bedoeld in het nieuw artikel 38/7;
- de verplichte clausule omtrent heffingen die een weerslag hebben op het opdrachtbedrag als bedoeld in het nieuw artikel 38/8;
- de verplichte clausule omtrent onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer als bedoeld in het nieuw artikel 38/9;
- de verplichte herzieningsclausule voor maatregelen ingevolge feiten van de aanbesteder en van de opdrachtnemer als bedoeld in het nieuw artikel 38/11;
- de clausules inzake vergoeding voor schorsingen op bevel van de aanbesteder en incidenten bij de uitvoering (zie het nieuw artikel 38/12).

De clausules zijn natuurlijk niet helemaal nieuw, aangezien zij voortbouwen op reeds bestaande artikelen in de plaatsingsbesluiten of het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Voor het eerst wordt de aanbestedende overheid in sommige gevallen echter verplicht bepaalde clausules op te nemen. De toedracht van deze verplichtingen wordt nader toegelicht in de commentaar bij artikel 21. Hier kan worden volstaan met de vaststelling dat de aanbesteder, door dit aangepast kader omtrent wijzigingen van de opdracht en met name de diverse mogelijkheden of verplichtingen om wijzigingsclausules op te nemen in de opdrachtdocumenten, bijzonder zorgvuldig zal moeten tewerk gaan bij de opmaak van de opdrachtdocumenten. In de opdrachtdocumenten zal meer bepaald moeten worden geanticipeerd op de voormelde problematieken die zich kunnen stellen in het kader van de uitvoering, dit om de nodige ruimte te bewaren om wijzigingen aan te brengen aan de opdracht, betwistingen te vermijden en de reglementaire verplichtingen correct na te komen. Deze nieuwe aanpak is met name ook gerechtvaardigd in het licht van arrest van het Hof van Justitie in zaak C-549/14 van 7 september 2016, waar het Hof preciseerde dat "na de gunning van een overheidsopdracht geen wezenlijke wijziging aan deze opdracht mag worden aangebracht zonder dat een nieuwe procedure voor het plaatsen van een opdracht wordt uitgeschreven, zelfs wanneer deze wijziging, objectief gezien, een regeling in de vorm van een schikking vormt, die wederzijdse concessies door beide partijen meebrengt, ter beëindiging van een geschil met onzekere uitkomst dat is ontstaan uit de problemen bij de uitvoering van deze opdracht" (zaak Finn Frogne A/S tegen Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation). Het Hof voegt hieraan toe dat dit slechts anders zou zijn indien de documenten van deze opdracht voorzagen in de mogelijkheid bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van de opdracht aan te passen na de gunning ervan en de voorwaarden voor de toepassing van deze mogelijkheid vaststelden. De feiten die aanleiding gaven tot het geschillen hadden nog betrekking op richtlijn 2004/18/EG.

Art. 21. Deze bepaling is gericht op de invoeging van de artikelen 38/1 tot 38/19 en heeft net als artikel 20 betrekking op de gedeeltelijke omzetting van de artikelen 72 van richtlijn 2014/24/EU en 89 van richtlijn 2014/25/EU, omtrent de wijzigingen van opdrachten gedurende de looptijd.

Art. 38/1. Artikel 38/1 kan in verband worden gebracht met het begrip "aanvullende werken of diensten" zoals thans bedoeld in artikel 26, § 1, 2^o, a), van de wet van 15 juni 2006. Anders dan het geval is in de wet van 15 juni 2006, worden de aanvullende werken en diensten in de wet van 16 juni 2016 (artikel 42) niet langer opgelijst in de gevallen waarbij gebruik mag worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Hetzelfde geldt voor de aanvullende leveringen. In de nieuwe richtlijnen worden deze immers aanzien als wijzigingen van de opdracht. Evenwel werden een aantal inhoudelijke versoepelingen doorgevoerd.

In de wet van 15 juni 2006 wordt nog vereist dat de aanvullende werken of diensten op technisch of economisch vlak "onscheidbaar" zijn van de hoofdupdracht zonder een ernstig bezwaar op te leveren. Moest dit toch het geval zijn, dan moet aangetoond kunnen worden dat de aanvullende opdrachten "strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking" van de hoofdupdracht. In artikel 38/1 geldt nu als voorwaarde dat de 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. Tevens moet deze verandering tot aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging leiden voor de

Ainsi, l'accent est encore davantage mis sur les considérations économiques (S. Treumer, « Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive », P.P.L.R. 2014, 151).

Il existe toujours un plafond de cinquante pour cent de la valeur du marché initial. Il n'est toutefois plus prévu que le montant cumulé des marchés attribués pour les travaux ou services complémentaires doit être pris en considération pour déterminer si ce plafond est atteint, bien au contraire. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite s'applique jusqu'à cinquante pour cent de la valeur du marché initial et ce, pour la valeur de chaque modification, ce qui constitue un assouplissement des critères d'application. Le plafond de cinquante pour cent dont question ici ne s'applique d'ailleurs pas aux entités adjudicatrices exerçant des activités dans les secteurs spéciaux. Ce n'est pas davantage le cas dans la disposition correspondante de la directive (article 89.1.b de la directive 2014/25/UE).

Dans le dernier alinéa, il est précisé que pour le calcul de la valeur du marché initial et lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base de cette clause qui constitue le montant de référence. Il va sans dire qu'il doit être tenu compte de l'article 38/7 relatif à la révision des prix. Sur la base de cette dernière disposition, une clause d'indexation ne peut pas dans tous les cas être insérée. Pour de plus amples commentaires à ce sujet, il est renvoyé à l'article 38/7.

Contrairement à ce qui est le cas actuellement, les nouvelles règles précitées s'appliquent également aux fournitures complémentaires. Ainsi, il n'est plus non plus question d'une limitation de principe pour les marchés complémentaires et les marchés renouvelables jusqu'à trois ans (voir article 26, § 1^{er}, 3^e, b), et c), de la loi du 15 juin 2006). Il s'agit, ici aussi, d'un assouplissement. Ceci étant dit, l'attention est attirée sur l'article 42, § 1^{er}, 4^e, b), de la loi, qui reste applicable. Sur la base de cette disposition, des marchés concernant des fournitures complémentaires peuvent être passés par le biais d'une procédure négociée sans publication préalable, lorsque ces fournitures doivent être effectuées par le fournisseur initial et sont destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans. Les deux dispositions existent toutes les deux : l'application de l'article 38/1 n'est pas exclue lorsque les conditions d'application de l'article 42, § 1^{er}, 4^e, b), de la loi ne sont pas réunies. A la différence de l'article 42, § 1^{er}, 4^e, b), précité, lorsqu'il est fait usage de l'article 38/1, un avis devra être publié pour les marchés dont le montant estimé atteint les seuils fixés pour la publicité européenne (cfr. infra).

Les adjudicateurs doivent continuer à vérifier soigneusement si les conditions d'application de l'article 38/1 sont effectivement remplies, sous peine d'enfreindre l'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi. C'est précisément pour souligner cette interdiction de contourner le champ d'application que le texte précise clairement que les modifications successives ne peuvent avoir pour but de contourner les dispositions en matière de marchés publics.

Lorsqu'un adjudicateur se fonde sur la disposition dont question ici pour apporter une modification, et qu'il s'agit d'un marché dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne, il doit en faire une publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications (voir article 38/19). Pour la première fois, des obligations de publication sont donc également imposées dans le cadre de l'exécution. L'article examiné ci-après, relatif aux circonstances imprévisibles, prévoit également cette obligation de publication.

Art. 38/2. Cet article contient pour la première fois une disposition sur base de laquelle une modification peut être apportée, parce que celle-ci est rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir. Elle transpose les articles 72.1.c) de la directive 2014/24/UE et 89.1.c) de la directive 2014/25/UE. Les adjudicateurs peuvent effectivement se trouver confrontés à des circonstances extérieures qu'ils ne pouvaient pas prévoir au moment de la passation du marché, notamment lorsque l'exécution de celui-ci s'étend sur une plus longue période. Dans un tel cas, une certaine marge de manœuvre est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à ces circonstances sans engager une nouvelle procédure de passation. Dans ce cas également, le droit de modifier un marché n'est toutefois pas illimité et reste soumis à des conditions strictes.

aanbesteder. Zodoende komt de focus nog meer te liggen op economische overwegingen (S. Treumer, "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive", P.P.L.R. 2014, 151).

Er is nog steeds een bovengrens van vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Echter geldt niet langer dat het samengevoegde bedrag van de opdrachten gegund voor de aanvullende werken of diensten in aanmerking genomen moet worden om uit te maken of deze grens bereikt is, wel integendeel. Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt de beperking tot vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor de waarde van elke wijziging, hetgeen een versoepeling uitmaakt van de toepassingscriteria. De hier besproken bovengrens van vijftig procent is overigens niet van toepassing op de aanbestedende entiteiten die activiteiten uitoefenen in de speciale sectoren. Dit is evenmin het geval in de overeenstemmende bepaling van de richtlijn (artikel 89.1.b richtlijn 2014/25/EU).

In het laatste lid wordt verduidelijkt dat voor de berekening van de waarde van de oorspronkelijke opdracht, voor zover de opdracht een indexeringsclausule bevat, de geactualiseerde waarde als referentiewaarde moet worden gehanteerd. Vanzelfsprekend moet rekening worden gehouden met artikel 38/7 inzake prijsherziening. Op grond van deze laatste bepaling mag niet in alle gevallen een indexeringsclausule worden ingelast. Voor nadere toelichting hieromtrent wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 38/7.

Anders dan nu het geval is, zijn de voormelde nieuwe regels ook van toepassing op de aanvullende leveringen. Aldus is evenmin nog sprake van een principiële beperking voor de aanvullende opdrachten en nabestellingen tot drie jaar (zie artikel 26, § 1, 3^e, b), en c), van de wet van 15 juni 2006). Ook dit is een versoepeling. Dit gezegd zijnde, wat de aanvullende leveringen betreft, past het artikel 42, § 1, 4^e, b), van de wet, in herinnering te brengen. Op grond van deze bepaling mogen opdrachten aangaande aanvullende leveringen worden geplaatst door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wanneer deze leveringen moeten worden verricht door de oorspronkelijke leverancier, die ofwel bestemd zijn voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties, ofwel voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, wanneer een verandering van leverancier de aanbestedende overheid ertoe zou verplichten leveringen te verwerven met andere technische eigenschappen, zodat onverenigbaarheid zou ontstaan of zich bij het gebruik en het onderhoud onevenredige technische moeilijkheden zouden voordoen. De looptijd van deze opdrachten en nabestellingen mag in de regel niet langer zijn dan drie jaar. Beide bepalingen bestaan naast elkaar : ook als de toepassingsvoorwaarden van artikel 42, § 1, 4^e, b), van de wet niet vervuld zijn, sluit dit niet uit dat toepassing wordt gemaakt van artikel 38/1. In tegenstelling tot hetgeen het geval is voor het voormelde artikel 42, § 1, 4^e, b), zal een aankondiging moeten bekendgemaakt worden wanneer toepassing wordt gemaakt van artikel 38/1 en het een opdracht betreft waarvan de geraamde waarde de drempel voor de Europese bekendmaking bereikt (zie infra).

Het blijft zo dat dat aanbesteders steeds zorgvuldig dient na te gaan of de toepassingsvoorwaarde van artikel 38/1 wel effectief zijn vervuld, op gevaar af artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet met voeten te treden. Precies om dit verbod op omzeiling van het toepassingsgebied te benadrukken werd in de tekst uitdrukkelijk verduidelijkt dat de opeenvolgende wijzigingen niet mogen worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen.

Wanneer een aanbesteder een wijziging doorvoert op grond van de hier besproken bepaling, en het een opdracht betreft waarvan de geraamde waarde de drempel voor Europese bekendmaking bereikt, dan moet hiervan een aankondiging worden bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen (zie artikel 38/19). Voor het eerst worden dus ook in het kader van de uitvoering publicatieverplichtingen opgelegd. Ook voor het hierna besproken artikel, omtrent onvoorziene omstandigheden, is voorzien in de betreffende bekendmakingsverplichting.

Art. 38/2. In dit artikel is voor het eerst in een bepaling voorzien op grond waarvan wijzigingen zijn toegelaten omdat die het noodzakelijk gevolg zijn van omstandigheden die een zorgvuldige aanbesteder niet kon voorzien. Het betreft de omzetting van de artikelen 72.1.c) van richtlijn 2014/24/EU en 89.1.c) van richtlijn 2014/25/EU. Aanbesteders kunnen inderdaad worden geconfronteerd met externe omstandigheden die zij niet konden voorzien bij het plaatsen van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. In dat geval is enige flexibiliteit vereist om de opdracht zonder nieuwe plaatsingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen. Toch is het wijzigingsrecht ook in dit geval geenszins onbeperkt en aan strikte voorwaarden onderworpen.

La modification ne peut pas non plus changer la nature globale du marché. Cette condition a déjà été examinée ci-dessus. Il en va de même pour la condition selon laquelle les augmentations de prix ne peuvent être supérieures à cinquante pour cent de la valeur du marché initial. Ici aussi, lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite s'applique à la valeur de chaque modification particulière. Il est par ailleurs également précisé que pour le calcul de la valeur du marché initial et lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base de cette clause qui constitue le montant de référence.

Dans le cas dont question ici, où une modification peut être apportée, il est caractéristique que celle-ci doit être rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir. Les circonstances imprévisibles sont celles qui ne pouvaient pas être prévues, malgré une préparation minutieuse du marché initial, compte tenu des moyens disponibles, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci.

Il ressort déjà de ce qui précède que les circonstances imprévisibles en soi ne suffisent pas pour considérer que la condition est remplie. Le manque de prévoyance ne peut être imputable à l'adjudicateur. Concrètement, pour trouver une réponse à la question de savoir si tel est le cas ou non, il doit être tenu compte à la fois d'éléments qui n'ont aucun rapport avec l'adjudicateur (la nature et les caractéristiques du projet particulier, les bonnes pratiques dans le domaine concerné) et d'éléments se rapportant à l'adjudicateur concerné (les moyens disponibles de l'adjudicateur). Soulignons qu'il faut veiller dans ce cadre à mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci.

Enfin, dans ce cas d'application également, l'adjudicateur qui, suite à des circonstances imprévisibles, modifie un marché dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne, doit en faire une publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications (voir article 38/19).

Art 38/3. La disposition traite des possibilités de remplacement de l'adjudicataire. Par rapport à la disposition figurant actuellement à l'article 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, certaines adaptations ont été apportées. Les termes ont, en effet, été complètement alignés sur ceux des nouveaux articles 72.1.d) de la directive 2014/24/UE et 89.1.d) de la directive 2014/25/UE.

Pour des raisons terminologiques, seule l'hypothèse du remplacement de l'adjudicataire est encore abordée. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'un marché ne pourrait en aucun cas être cédé d'un adjudicateur à un autre. Exceptionnellement, cela pourrait s'avérer nécessaire, notamment dans le cas où le pouvoir adjudicateur fait l'objet d'une restructuration, dans le cas d'une réforme de l'Etat, ... Néanmoins, les termes de l'hypothèse (plus fréquente) du remplacement de l'adjudicataire (rachat, fusion, acquisition ou insolvabilité) sont quelque peu inappropriés pour décrire ces hypothèses. Ces cas de « reprise » du côté de l'adjudicateur devront être examinés au regard de l'article 38/5. Ici aussi, la modification ne pourra pas entraîner (d'autres) modifications substantielles. Par ailleurs, l'adjudicateur ne pourra pas contourner le champ d'application de la législation (article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi). Il peut dès lors être conclu que les deux hypothèses font l'objet d'une approche analogue.

Dorénavant, les possibilités suivantes de remplacement de l'adjudicataire sont prévues : moyennant application d'une clause de réexamen univoque telle que définie à l'article 38 (voir supra), moyennant succession universelle ou partielle de l'adjudicataire ou à la suite d'opérations de restructuration de société.

Alors qu'actuellement, la règle générale est que le cessionnaire doit satisfaire aux exigences de sélection « appropriées », cette condition n'est reprise que dans l'hypothèse de la succession universelle ou partielle de l'adjudicataire initial. Le terme « appropriées » est toutefois abandonné, vu que l'on ne voit pas très bien ce qu'il faut concrètement entendre par là. Le cessionnaire devra remplir (tous) les critères de sélection établis initialement.

Ook hier geldt dat de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht mag teweeg brengen. Deze voorwaarde werd al besproken hierboven. Ook de voorwaarde dat de prijsverhogingen niet hoger mogen zijn dan vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht, werd hierboven al besproken. Ook hier geldt dat, indien er verscheidende opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, de beperking geldt voor de waarde van elke individuele wijziging. Ook hier wordt overigens verduidelijkt dat voor de berekening van de waarde van de oorspronkelijke opdracht, voor zover de opdracht een indexeringsclausule bevat, de geactualiseerde waarde als referentiewaarde moet worden gehanteerd.

Kenmerkend voor het hier besproken geval waarbij wijziging is toegelaten is dat de wijziging het noodzakelijk gevolg moet zijn van omstandigheden die een zorgvuldige aanbesteder niet kon voorzien. Het begrip onvoorzienbare omstandigheden betreft omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke plaatsing, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de plaatsing uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt reeds dat louter onvoorzienbare omstandigheden niet volstaan om de voorwaarde als vervuld te beschouwen. Het gebrek aan vooruitziendheid mag niet aan de aanbesteder te wijten zijn. Om concreet een antwoord te vinden op de vraag of dit al dan niet het geval is dient zowel rekening te worden gehouden met elementen die volledig los staan van de aanbesteder (de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied), als met elementen die verband houden met de betreffende aanbesteder (de beschikbare middelen van de aanbesteder). Benadrukt moet worden dat in dat kader gewaakt moet worden over een redelijke verhouding moet bestaan tussen de voor de voorbereiding van de plaatsing uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan.

Tot slot geldt ook voor dit toepassingsgeval dat een aanbesteder die een wijziging doorvoert op grond van onvoorzienbare omstandigheden aan een opdracht waarvan de geraamde waarde de drempel voor Europese bekendmaking bereikt, hiervan een aankondiging moet bekend maken in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen (zie artikel 38/19).

Art 38/3. De bepaling heeft betrekking op de mogelijkheden om de vervanging van de opdrachtnemer door te voeren. Ten opzichte van de bepaling die op heden vervat is in artikel 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 werden een aantal wijzigingen ingevoerd. De bewoordingen werden immers volledig afgestemd op de nieuwe artikelen 72.1.d) van richtlijn 2014/24/EU en 89.1.d) van richtlijn 2014/25/EU.

Om terminologische redenen wordt alleen nog de hypothese behandeld waarbij de opdrachtnemer wordt vervangen. Nochtans moet hieruit niet worden afgeleid dat een opdracht in geen enkele hypothese zou overgedragen kunnen worden van de ene aanbesteder op een andere. Uitzonderlijk kan een noodzaak zich hiertoe voordoen, meer bepaald in het geval waarbij de aanbestedende overheid wordt geherstructureerd, in het geval van een staatshervorming, ... Alleen is het zo dat de bewoordingen van de (meer frequent) voorkomende hypothese van vervanging van de opdrachtnemer (overname, fusie, acquisitie of insolventie) enigszins ongepast zijn om deze hypothesen te omschrijven. Deze gevallen waarbij er een "overname" is langs de kant van de aanbesteder zullen zodoende getoetst moeten worden aan artikel 38/5. Ook hier geldt dus dat de wijziging geen (andere) wezenlijke wijzigingen met zich zal mogen meebrengen. Ook hier zal de aanbesteder er zich van moeten onthouden om het toepassingsgebied van de wetgeving te omzeilen (artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet). Er kan dan ook besloten worden dat beide hypothesen op analoge wijze worden benaderd.

Voortaan bestaan de volgende mogelijkheden waarbij tot vervanging mag worden overgegaan van de opdrachtnemer : door middel van de toepassing van een ondubbelzinnige herzieningsclausule zoals bepaald in artikel 38 (zie supra) en door middel van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer of ten gevolge van herstructurering van de onderneming.

Waar op heden algemeen wordt gesteld dat de overnemer aan de "passende" selectievoorwaarden moet voldoen, wordt deze voorwaarde nu alleen hernomen in de hypothese van de rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer. Het woord "passend" wordt daarbij echter achterwege gelaten, aangezien niet geheel duidelijk is wat hiermee concreet wordt bedoeld. De overnemer zal moeten voldoen aan de (alle) aanvankelijk voor de selectie vastgestelde criteria.

Alors que le texte actuellement applicable précise que les « conditions essentielles » du marché doivent être maintenues, le projet souligne que la modification ne peut entraîner « d'autres modifications substantielles » du marché. La notion de « modification substantielle » est explicitée ci-après.

L'accord de l'adjudicateur est toujours nécessaire. Cela ressort du fait que le changement d'adjudicataire peut (ou non) être « autorisé », ce qui permettra à l'adjudicateur de vérifier si toutes les conditions de modification sont remplies (par exemple si les critères de sélection qualitative sont remplis).

Conformément à l'article 72.1.d).iii) de la directive 2014/24/UE et à l'article 89.1.d).iii) de la directive 2014/25/UE, les Etats membres peuvent choisir de prévoir une disposition qui autorise l'adjudicateur à assumer les obligations de l'adjudicataire à l'égard de ses sous-traitants, en sachant qu'un tel remplacement de l'opérateur économique auquel l'adjudicataire a initialement attribué le marché n'est alors pas considéré comme problématique. Il est souhaitable de ne pas reprendre de manière explicite cette disposition dans le projet. Il n'existe en effet en droit belge aucune hypothèse dans laquelle l'adjudicateur assumerait lui-même les obligations de l'adjudicataire à l'égard de ses sous-traitants et replacerait ainsi l'adjudicataire. Cela n'enlève rien au constat qu'il existe différents régimes dans lesquels l'adjudicateur est tenu solidairement responsable pour certaines dettes de l'adjudicataire. Il convient de penser non seulement à l'article 1798 du Code civil, auquel l'adjudicateur doit d'ailleurs faire référence dans ses documents du marché (voir article 11, § 4), mais également à diverses formes de responsabilité solidaire et régimes voisins contenus dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, la responsabilité solidaire pour les dettes sociales, la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et également l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution. Ces régimes relèvent d'un champ d'application différent que celui des dispositions susmentionnées des directives.

Art. 38/4. Il devrait toujours être possible d'apporter au marché des modifications entraînant une modification mineure de sa valeur jusqu'à un certain montant, sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, le présent projet prévoit des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation n'est pas nécessaire. Il devrait être possible d'apporter au marché des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées dans d'autres dispositions (examinées ci-dessus ou ci-après) de cette section. En d'autres termes, l'approche de l'actuel article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est abandonnée. Cet article stipulait qu'une série de conditions cumulatives devaient être remplies afin que (à quelques exceptions près) la valeur de la modification soit toujours limitée à quinze pour cent du montant initial du marché. Ainsi, un cadre plus flexible est adopté pour les modifications du marché.

Alors que l'actuel article 37 ne mentionne qu'un seul plafond de quinze pour cent, l'approche suivie à l'article 38/4 est un peu plus compliquée. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la valeur de la modification est inférieure tant au seuil fixé pour la publicité européenne qu'à dix pour cent de la valeur du marché initial pour les fournitures et les services et à quinze pour cent de la valeur du marché initial pour les travaux. Sur ce point également, les termes ont été complètement alignés sur ceux des articles 72.2 de la directive 2014/24/UE et 89.2 de la directive 2014/25/UE. Ainsi, il est également précisé que pour le calcul de la valeur du marché initial et lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base de cette clause qui constitue le montant de référence.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur doit être déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives. L'adjudicateur devra, dès lors, conserver la valeur de chaque modification. S'il ne connaît pas la valeur cumulée nette des différentes modifications, il ne pourra plus appliquer cette disposition « safe harbour » pour démontrer que la modification est admise.

Enfin, la condition selon laquelle la modification ne peut pas changer la nature globale du marché s'applique également ici.

Il n'y a pas de conditions supplémentaires. L'article 38/4 peut également s'appliquer lorsque le champ d'application du marché se voit limité (par exemple : lors de la construction d'un bâtiment, deux places de stationnement en moins doivent être prévues par rapport à ce qui était mentionné dans les documents du marché initiaux, vu que le nombre de personnes occupées sera finalement moins élevé), pour autant que toutes les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies.

Waar in de thans van toepassing zijnde versie wordt gesteld dat de "essentiële voorwaarden" van de opdracht behouden moeten blijven, wordt in het ontwerp gesteld dat de wijziging "geen andere wezenlijke wijzigingen" in de opdracht met zich mag meebrengen. Het begrip "wezenlijke wijziging" wordt hierna nader toegelicht.

Nog steeds geldt dat de instemming van de aanbesteder vereist zal zijn. Dit blijkt uit het feit dat de wijziging van opdrachtnemer (al dan niet) mag worden "toegekend". Dit zal de aanbesteder overigens toelaten na te gaan of alle voorwaarden voor wijziging zijn vervuld (bijvoorbeeld of aan de kwalitatieve selectiecriteria is voldaan).

Overeenkomstig artikel 72.1.d).iii) van richtlijn 2014/24/UE en artikel 89.1.d).iii) van richtlijn 2014/25/UE kunnen de lidstaten ervoor kiezen om een bepaling op te nemen die de aanbesteder toelaat zelf de verplichtingen van de opdrachtnemer ten aanzien van zijn onderaannemers op te nemen, waarbij een dergelijke vervanging van de ondernemer aan wie aanvankelijk werd gegund niet problematisch wordt geacht. Het werd wenselijk geacht deze bepaling niet expliciet om te zetten in het ontwerp. Naar Belgisch recht bestaat immers geen enkele hypothese waarbij de aanbesteder zelf de verplichtingen van de opdrachtnemer ten aanzien van zijn onderaannemers opneemt en er daarbij een vervanging optreedt van de opdrachtnemer. Het is wel zo dat er verschillende stelsels bestaan waarbij de aanbesteder hoofdelijke aansprakelijkheid wordt gesteld voor bepaalde schulden van de opdrachtnemer. Er valt niet alleen te denken aan artikel 1798 Burgerlijk Wetboek, waarnaar de aanbesteder overigens moet verwijzen in zijn opdrachtdocumenten (zie artikel 11, § 4), maar ook aan de diverse vormen van hoofdelijke aansprakelijkheid of aanverwante stelsels voor loonschulden vervat in de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, de hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale schulden, de hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale schulden en ook artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van algemene uitvoeringsregels. Al deze stelsels kennen echter een ander toepassingsgebied dan het bepaalde in voormelde bepalingen van de richtlijnen.

Art. 38/4. Wijzigingen van de opdracht die een geringe wijziging van de waarde van de opdracht tot gevolg hebben, moeten tot op zekere hoogte altijd mogelijk zijn zonder dat een nieuwe plaatsingsprocedure nodig is. Hiertoe en met het oog op de rechtszekerheid werd in dit ontwerp voorzien in de-minimis drempels waaronder een nieuwe plaatsingsprocedure niet nodig is. Wijzigingen van de opdracht boven die drempels moeten mogelijk zijn zonder dat een nieuwe plaatsingsprocedure nodig is, mits zij voldoen aan de relevante voorwaarden die zijn vastgelegd in andere (hiervoor of hierna besproken) bepalingen van deze afdeling. Met andere woorden wordt afgestapt van de aanpak van het huidig artikel 37 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 waarbij cumulatief voldaan moest zijn aan een aantal voorwaarden zodat (tenzij in een aantal uitzonderingen) de wijziging in waarde steeds beperkt moest zijn tot vijftien procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag. Zodoende ontstaat een meer flexibel kader omtrent wijzigingen aan de opdracht.

Waar op heden in het huidig artikel 37 alleen sprake is van één plafond van vijftien procent, is de aanpak is artikel 38/4 iets ingewikkelder. Een wijziging mag zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden doorgevoerd, indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan zowel de toepasselijke drempel voor de Europese bekendmaking, als tien procent van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en vijftien procent van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken. De bewoordingen werden ook op dit punt volledig afgestemd op de artikelen 72.2 van richtlijn 2014/24/UE en 89.2 van richtlijn 2014/25/UE. Zodoende is ook bepaald dat voor de berekening van de waarde van de aanvankelijke opdracht, voor zover de opdracht een indexeringsclausule bevat, de geactualiseerde waarde als referentiewaarde moet worden gehanteerd.

Wanneer opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, moet de waarde beoordeeld worden op basis van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen. De aanbesteder zal dan ook de waarde van alle wijzigingen moeten bijhouden. Kent hij de netto-cumulatieve waarde niet van de verschillende wijzigingen, dan kan hij immers niet langer deze "safe-harbour" bepaling toepassen om aan te tonen dat de wijziging toelaatbaar is.

Tot slot geldt ook hier als voorwaarde dat de wijziging er niet toe mag leiden dat de algemene aard van de opdracht zou worden gewijzigd.

Er zijn geen bijkomende voorwaarden. Artikel 38/4 kan ook worden toegepast wanneer het toepassingsgebied van de opdracht wordt ingeperkt (bvb : bij een op te richten gebouw moeten twee parkeerplaatsen minder voorzien worden dat hetgeen initieel in de opdracht-documenten was voorzien, aangezien er finaal minder personen zullen worden tewerkgesteld), voor zover aan alle hierboven aangehaalde voorwaarden is voldaan.

Les articles 38/5 et 38/6. Cette disposition reprend les critères tels qu'ils ressortent de la jurisprudence de la Cour de Justice et notamment de l'arrêt Pressetext (affaire C-454/06). Les termes sont fort proches des considérations de la Cour de Justice dans la jurisprudence précitée. Il est toutefois à noter que l'article 38/6, alinéa 2, 1, précise que, par rapport à la jurisprudence précitée, il n'est pas seulement exigé que la modification ne peut pas introduire des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée, mais aussi que celles-ci auraient également attiré davantage de participants à la procédure de passation.

L'article 38/6, alinéa 2, 4°, fait le lien avec l'article 38/3. Lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus à l'article 38/3, cette modification est considérée comme substantielle. Le but est de veiller à ce que la problématique relative au remplacement de l'adjudicataire soit uniquement régie par l'article 38/3.

Les autres cas où une modification est considérée comme substantielle ne nécessitent pas de commentaires particuliers et résultent déjà de la jurisprudence.

Art. 38/7. Cette disposition remplace celle figurant actuellement à l'article 20 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 15 juillet 2011 et à l'article 20 de l'arrêté royal relatif à la passation dans les secteurs spéciaux du 16 juillet 2012, certes moyennant certaines adaptations. Vu que les révisions des prix doivent être considérées comme des modifications apportées au marché, celles-ci seront dorénavant traitées dans le présent projet.

Le choix s'est porté sur une approche plus différenciée. L'obligation d'insérer une clause de révision des prix n'a été maintenue que pour les marchés de travaux et les marchés de services relevant de l'annexe 1 du présent projet. Cette annexe énumère les services caractérisés par des prestations manuelles et pouvant, dès lors, être assimilés à des marchés de travaux. Aucune révision des prix n'est exigée pour les marchés d'un montant estimé inférieur à 120.000 euros et lorsque le délai d'exécution initial est inférieur à cent vingt jours ouvrables ou cent quatre-vingts jours de calendrier. Il est à noter que l'exception précitée, contrairement à ce qui est le cas dans les arrêtés susmentionnés relatifs à la passation, ne s'applique dorénavant que si les deux conditions cumulatives sont remplies (pour ce faire, le mot « ou » a été remplacé par le mot « et »). Les conditions d'application de l'exception ont donc été considérablement durcies en ce qui concerne les travaux et les services relevant de l'annexe 1. Une référence explicite à l'article 38 est insérée. Ainsi, les clauses de révision des prix concernées figurant dans les documents du marché initiaux devront être rédigées de manière claire, précise et univoque. L'article 38, alinéa 2, s'applique également.

Les modalités d'application demeurent en majeure partie inchangées et ne sont donc pas commentées. Néanmoins, la possibilité n'est plus prévue (pour les travaux et les services relevant de l'annexe 1), en cas de difficulté à établir une formule de révision des prix, de se référer à l'indice-santé, à l'indice des prix à la consommation ou à un autre indice approprié.

S'agissant des fournitures et des services qui ne relèvent pas de l'annexe 1 du présent arrêté, il n'est plus question d'une révision obligatoire des prix. Néanmoins, pour ces marchés, l'adjudicateur peut également choisir de prévoir une formule de révision des prix dans les documents du marché. Les modalités sont identiques à celles pour les travaux et services relevant de l'annexe 1 du présent arrêté, à cette différence près qu'il demeure possible, en cas de difficulté à établir une formule de révision de prix, de se référer à l'indice-santé, à l'indice des prix à la consommation ou à un autre indice approprié.

Enfin, soulignons que la disposition dont question ici s'applique également, tout comme les autres dispositions remplacées ou insérées par les articles 19 et 20 du présent projet, aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. Ainsi, l'article 21 de l'arrêté royal défense et sécurité doit être abrogé et ce, par l'article 47 du présent projet.

Art. 38/8. Cette disposition traite des impositions ayant une incidence sur le montant du marché. Elle reprend, en l'adaptant, l'article 56/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, inséré par l'arrêté royal du 7 février 2014. Pour la première fois, le lien est fait ici aussi avec l'article 38. Contrairement à ce qui est prévu actuellement, les adjudicateurs sont obligés, pour tous les marchés, d'insérer une clause dans les documents du marché concernant la révision des prix suite à une modification (en Belgique) des impositions ayant une incidence sur

Artikelen 38/5 en 38/6. In deze bepaling worden de criteria zoals deze blijken uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en met name het arrest-Pressetext, overgenomen (Zaak C-454/06). De bewoordingen leunen zeer dicht aan bij de overwegingen van het Hof van Justitie in de hierboven aangehaalde rechtspraak. Wel wordt opgemerkt dat in artikel 38/6, tweede lid, 1° wordt verduidelijkt, ten opzichte van de voormelde rechtspraak, dat niet alleen wordt vereist dat de wijziging niet mag voorzien in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke plaatsingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde kandidaten of de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt, maar ook dat die voorwaarden de toelating van bijkomende deelnemers aan de plaatsingsprocedure zouden hebben aangetrokken.

In artikel 38/6, tweede lid, 4°, wordt de link gemaakt met artikel 38/3. Als een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbesteder de opdracht aanvankelijk had gegund in andere dan onder artikel 38/3 bedoelde gevallen, dan wordt dit geacht een wezenlijke wijziging te zijn. De bedoeling is ervoor te zorgen dat het leerstuk van de vervanging van de opdrachtnemer uitsluitend wordt beheerst door artikel 38/3.

De andere gevallen waarbij een wijziging wordt geacht wezenlijk te zijn behoeven geen nadere toelichting en vloeien reeds voort uit de rechtspraak.

Art. 38/7. Deze bepaling vervangt de bepaling die op heden vervat is in artikel 20 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 enerzijds en in artikel 20 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren van 16 juli 2012, weliswaar mits een aantal wijzigingen. Aangezien prijsherzieningen aanzien moeten worden als een wijziging van de opdracht, worden ze voortaan in dit ontwerp behandeld.

Er werd gekozen voor een meer gedifferentieerde benadering. De verplichting om een prijsherzieningsclausule op te nemen werd alleen behouden voor de opdrachten voor werken en de opdrachten voor diensten die in bijlage 1 bij dit ontwerp worden opgelijst. In deze bijlage worden de diensten opgelijst die gekenmerkt worden door manuele prestaties en zodoende gelijkgesteld kunnen worden met opdrachten voor werken. Er is geen prijsherziening vereist voor de opdrachten beneden een geraamd bedrag van 120.000 euro en wanneer de initiële uitvoeringstermijn minder dan honderdtwintig werkdagen of honderdtacht kalenderdagen beslaat. Op te merken valt dat de voormelde uitzondering, anders dan het geval is in de voormelde plaatsingsbesluiten, voortaan slechts van toepassing is indien cumulatief voldaan is aan beide voorwaarden (de "of" werd ter zake vervangen door een "en"). De toepassingsvoorwaarden van de uitzondering werden dus gevoelig verstrengd wat betreft de werken en de diensten die onder bijlage 1 vallen. Er wordt in een duidelijke verwijzing voorzien naar artikel 38. Zodoende zullen de betreffende prijsherzieningsclausules in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten moeten worden opgesteld in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige bewoordingen. Ook artikel 38, tweede lid, is van toepassing.

De toepassingsmodaliteiten blijven grotendeels ongewijzigd en worden dan ook niet nader toegelicht. Wel is niet langer in de mogelijkheid voorzien (voor de werken en diensten die in bijlage 1 zijn opgesomd) om, in geval van moeilijkheden om een prijsherzieningsformule samen te stellen, de gezondheidsindex, de index van consumptieprijzen of een andere passende index te hanteren.

Wat de leveringen en diensten die niet in bijlage 1 bij dit besluit werden opgenomen betreft, is niet langer sprake van een verplichte prijsherziening. Niettemin kan de aanbesteder ervoor kiezen om ook voor deze opdrachten een prijsherzieningsclausule te voorzien in de opdrachtdocumenten. De modaliteiten zijn identiek als bij de werken en diensten die in bijlage 1 bij dit besluit zijn opgesomd, met dit verschil dat het wel mogelijk blijft, in geval van moeilijkheden om een prijsherzieningsformule samen te stellen, om te koppelen aan de gezondheidsindex, de index van consumptieprijzen of een andere passende index.

Tot slot wordt er nog op gewezen dat de hier besproken bepaling ook van toepassing is, net zoals de andere bepalingen die worden vervangen of ingevoegd door de artikelen 19 en 20 van dit ontwerp, op de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied. Zodoende dient artikel 21 van het koninklijk besluit defensie en veiligheid te worden opgeheven, hetgeen zal gebeuren door middel van artikel 47 van het onderhavige ontwerp.

Art. 38/8. Deze bepaling heeft betrekking op de heffingen die een weerslag hebben op het opdrachtbedrag. Het betreft de overname, mits wijziging, van artikel 56/1 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, ingevoegd bij het koninklijk besluit van 7 februari 2014. Vooreerst wordt ook hier de link gemaakt met artikel 38. Anders dan nu het geval is, worden de aanbesteders verplicht, voor alle opdrachten, om in de opdrachtdocumenten een clausule op te nemen omtrent prijsherziening ten gevolge van een wijziging (in België) van de heffingen die een

le montant du marché dont les modalités sont définies dans le présent article. Les conditions de l'article 38 s'appliquent et doivent répondre à :

- le champ d'application : révision de prix suite aux modifications des impositions en Belgique ;
- conditions portant sur le contenu: les impositions ont une incidence sur le montant du marché;
- conditions formelles: les formalités de l'article 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise de l'article 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013).

Actuellement, la date de publication au *Moniteur belge* est prise comme point de référence et il n'est pas tenu compte des modifications d'impositions publiées au dixième jour précédant la date ultime pour la réception des offres ou plus tôt, pour une augmentation ou une diminution du prix. Dorénavant, le moment de l'entrée en vigueur de la modification fiscale sera toutefois le point de référence. Une révision des prix n'est possible que lorsque la modification est entrée en vigueur après le dixième jour précédant la date ultime fixée pour la réception des offres. Le régime particulier en cas de procédure négociée (dans lequel la date de l'accord de l'adjudicataire était prise en compte), n'est plus repris.

Les autres conditions demeurent inchangées et ne sont donc plus explicitées. Néanmoins, la condition d'introduction figurant à l'article 56/1, alinéa 4, n'a pas été reprise, étant donné qu'elle figure désormais à l'article 38/16.

Si les documents du marché, malgré l'obligation, ne devaient pas contenir une clause de réexamen concernant les impositions ayant une incidence sur le montant du marché, les règles décrites ici seront réputées être applicables de plein droit. En d'autres termes, une option de repli est prévue. Evidemment, ici aussi, le marché ne pourra être modifié que dans un des cas où une modification est autorisée. Dans ce cadre, il faut notamment tenir compte de la disposition de minimis visée à l'article 38/4 et de la modification en raison de circonstances imprévisibles visée à l'article 38/2. Les conditions des articles concernés s'appliquent dans ce cas.

Art. 38/9. Cette disposition concerne les circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire. Elle reprend, moyennant certaines adaptations, l'article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Cette disposition fait également le lien avec l'article 38. Contrairement à ce qui est prévu actuellement, les adjudicateurs seront dorénavant obligés, pour tous les marchés, d'insérer une clause dans les documents du marché prévoyant les modalités pour la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire pour des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger. Il est satisfait aux conditions de l'article 38 de la manière suivante:

- champ d'application : bouleversement de l'équilibre contractuel au désavantage de l'adjudicataire suite aux circonstances raisonnablement imprévisibles au moment de l'introduction de l'offre, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires ;
- nature des modifications: prolongation du délai d'exécution, indemnisation suite à un préjudice très important ou résiliation du marché ;
- conditions : les formalités des articles 38/14 à 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise des articles 52 et 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013). En ce qui concerne l'évaluation du préjudice très important, il y a lieu de tenir compte des différents seuils.

Sur le fond, les premier et deuxième paragraphes sont quasiment identiques à l'article 56, alinéas 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Néanmoins, les termes ont été alignés sur ceux de l'article 11 de la loi, de sorte qu'il est désormais question de « bouleversement de l'équilibre contractuel ». Il s'agit d'une adaptation purement terminologique.

Le fait qu'il est stipulé au paragraphe 2 que l'adjudicataire doit démontrer que la révision est devenue nécessaire à la suite des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir, ne change rien par rapport à l'article 56, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il ne constitue donc pas une condition supplémentaire ; il suffit que l'adjudicataire fasse valoir des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires.

weerslag hebben op het opdrachtbedrag waarvan de modaliteiten bepaald zijn in het onderhavige artikel. De voorwaarden van artikel 38 zijn van toepassing en moeten beantwoorden aan:

- toepassingsgebied: prijsherziening ten gevolge van wijzigingen van heffingen in België;
- inhoudelijke voorwaarde: de heffingen hebben een weerslag op het opdrachtbedrag;
- formele voorwaarden: de formaliteiten van artikel 38/16 (die op hun beurt een overname zijn van artikel 53 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013).

Waar op heden de datum van bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* als ijkpunt wordt genomen, waarbij wijzigingen van heffingen die worden bekendgemaakt op de tiende dag voorafgaand aan de uiterste datum voor ontvangst van de offertes of vroeger, niet in aanmerking worden genomen voor een prijsverhoging of verlaging, zal voortaan als ijkpunt het tijdstip van inwerkingtreding van de belastingwijziging gelden. Een prijsherziening is slechts mogelijk wanneer de wijziging in werking is getreden na de tiende dag die het uiterste tijdstip voor ontvangst van de offertes voorafgaat. De bijzondere regeling bij onderhandelingsprocedure (waarbij de datum waarop de opdrachtnemer zijn akkoord gaf in aanmerking werd genomen), werd niet overgenomen.

De overige voorwaarden blijven onaangepast en worden dan ook niet nader toegelicht. Wel is het zo dat de indieningsvoorwaarde vervat in artikel 56/1, vierde lid, niet werd overgenomen vermits dit voortaan is voorzien in artikel 38/16.

Indien de opdrachtdocumenten, in weerwil van de verplichting, toch geen herzieningsclausule zouden bevatten inzake de heffingen die een weerslag hebben op het opdrachtbedrag, dan worden de hier beschreven regels geacht van rechtswege van toepassing te zijn. M.a.w. is in een terugvaloptie voorzien. Natuurlijk geldt ook dan dat de opdracht slechts gewijzigd kan worden voor zover dit onder één van de toegelaten wijzigingsgevallen valt. Met name moet in dit kader gedacht worden aan de in artikel 38/4 bedoelde de minimis-bepaling en aan de in artikel 38/2 bedoelde wijziging wegens onvoorzienbare omstandigheden. De voorwaarden van de betreffende artikelen zijn alsdan van toepassing.

Art. 38/9. Deze bepaling heeft betrekking op de onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer. Het betreft de overname, mits een aantal wijzigingen, van artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Ook in deze bepaling is de link gemaakt met artikel 38. Anders dan nu het geval is, worden de aanbesteders voortaan verplicht, voor alle opdrachten, om een clausule op te nemen in de opdrachtdocumenten waarin de modaliteiten voor de herziening van de opdracht worden bepaald wanneer het contractueel evenwicht van de opdracht wordt ontworpen in het nadeel van de opdrachtnemer om welke omstandigheden ook die vreemd zijn aan de aanbesteder. Aan de voorwaarden van artikel 38 wordt als volgt voldaan:

- toepassingsgebied: ontworpen van het contractueel evenwicht in het nadeel van de opdrachtnemer ingevolge omstandigheden die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van zijn offerte, die niet konden ontweken worden en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen niettegenstaande al het nodige daartoe werd gedaan;
- aard van de wijzigingen: verlenging van de uitvoeringstermijn, schadevergoeding ingevolge een zeer belangrijk nadeel of verbreking van de opdracht;
- voorwaarden: de formaliteiten van de artikelen 38/14 tot 38/16 (die op hun beurt een overname zijn van de artikelen 52 en 53 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013). Voor de beoordeling van het zeer belangrijk nadeel, moet rekening gehouden worden met de verschillende drempels.

Inhoudelijk zijn de eerste en tweede paragraaf quasi identiek aan artikel 56, eerste tot derde leden, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Wel is het zo dat de bewoordingen zijn afgestemd op artikel 11 van de wet, zodat nu sprake is van "ontworpen van het contractueel evenwicht". Dit is een louter terminologische aanpassing.

Het feit dat in de tweede paragraaf wordt gesteld dat de opdrachtnemer moet aantonen dat de herziening noodzakelijk is geworden, verandert niets ten opzichte van artikel 56, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Het maakt zodoende geen bijkomende voorwaarde uit; het is voldoende dat de opdrachtnemer omstandigheden kan doen gelden die hij redelijkerwijze niet kon voorzien bij de indiening van de offerte, die niet konden ontweken worden en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen niettegenstaande hij al het nodige daartoe heeft gedaan.

La précision qu'il doit s'agir de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du marché n'a pas été reprise étant donné qu'une offre est également introduite dans les procédures négociées. L'offre est ainsi le document de référence.

Par contre, le troisième paragraphe fait l'objet d'une série d'adaptations de fond par rapport aux dispositions figurant actuellement à l'article 56, alinéas 5 et 6 (l'alinéa 4 a toutefois été entièrement repris). Alors qu'actuellement, le seuil du préjudice très important est atteint à partir d'un préjudice s'élevant à 100.000 euros, ou d'un préjudice fixé à 2,5 pour cent du montant initial du marché, un régime plus différencié s'appliquera dorénavant. Pour les marchés de travaux et les marchés de services relevant de l'annexe 1, le pourcentage de 2,5 pour cent est maintenu. Néanmoins, le « double seuil », comprenant un pourcentage et un seuil exprimé en chiffres absolus, ne sera plus utilisé dans tous les cas, comme actuellement. Ceci n'est le cas que lorsque le marché est passé sur la base du prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix dont le prix constitue au moins la moitié du score maximal. Dans ces cas où le prix joue un rôle très important comme critère d'attribution, un seuil alternatif exprimé en chiffres absolus est prévu outre le seuil de 2,5 pour cent. Dès dépassement d'un des deux seuils, le préjudice est censé avoir été très important.

Dans les cas précités, le seuil exprimé en chiffres absolus du préjudice très important pour les marchés précités est ventilé en fonction de la valeur du montant initial du marché. Ainsi, on évite que le seuil ne soit trop vite atteint, pour les marchés de plus grande envergure, en cas de pourcentage trop bas.

Plus précisément, pour les marchés de travaux et les marchés de services relevant de l'annexe 1, il est question d'un préjudice très important à partir des seuils suivants exprimés en chiffres absolus, lorsque le marché est passé sur la base du prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix dont le prix constitue au moins la moitié du poids maximal :

- 175.000 euros pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 7.500.000 euros et inférieur ou égal à 15.000.000 euros;
- 225.000 euros pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 15.000.000 euros et inférieur ou égal à 30.000.000 euros;
- 300.000 euros pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 30.000.000 euros.

La situation est différente (et plus simple) pour les marchés de fournitures et les marchés de services, autres que les services relevant de l'annexe 1 (donc principalement les services intellectuels). Pour ces marchés, un seuil unique sera dorénavant utilisé pour déterminer si le préjudice doit être considéré comme important, à savoir un seuil exprimé en pourcentage de quinze pour cent du montant initial du marché.

Il n'est plus précisé qu'un système de franchise doit être appliqué. Le sixième alinéa de l'article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 n'a effectivement pas été repris.

Au quatrième paragraphe, une option de repli est prévue : si les documents du marché, malgré l'obligation, ne contiennent pas de clause de réexamen prévoyant la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire, les règles décrites ci-dessus seront réputées être applicables de plein droit. Les adjudicateurs ne peuvent donc pas échapper à l'application du mécanisme. Ici aussi, il est clair que le marché ne peut être modifié que pour autant que la modification ressorte d'une des possibilités de modification autorisées (circonstances imprévisibles, disposition de minimis, critères presstext, ...).

Pour rappel, il ne peut être dérogé aux paragraphes 2 et 3 examinés ci-dessus que pour autant qu'une motivation expresse soit prévue dans les documents du marché, qui est justifiée par les exigences particulières du marché en question. La sanction pour absence de motivation ne consistera dans ce cas pas à réputer non écrite la dérogation (sauf en cas de convention signée par les parties), vu qu'il en résulterait que plus aucune clause en matière de bouleversement ne s'appliquerait encore, ce qui n'est évidemment pas le but, bien au contraire.

Enfin, soulignons que l'article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sera abrogé (voir article 46 du présent projet).

Art. 38/10. Cette disposition constitue le pendant de l'article 38/9 examiné ci-dessus et concerne le cas où l'équilibre contractuel a été bouleversé en faveur de l'adjudicataire. Dans cette hypothèse également, une clause de réexamen, comme prévue à l'article 38, devra être

De precisering dat het moet gaan om omstandigheden die hij niet kon voorzien bij de sluiting van de opdracht werd niet overgenomen omdat ook in de onderhandelingsprocedures een offerte wordt ingediend. De offerte is zodoende het referentiedocument.

In de derde paragraaf worden wel een aantal inhoudelijke wijzigingen aangebracht ten opzichte van de bepalingen die op heden vervat zijn in artikel 56, leden 5 en 6 (het vierde lid werd wel volledig overgenomen). Waar op heden de drempel van het zeer aanzienlijke nadeel is bereikt vanaf een nadeel van 100.000 euro, of een nadeel dat 2,5 procent uitmaakt van het initiële opdrachtbedrag, geldt nu een meer gedifferentieerde regeling. Voor de opdrachten voor werken en opdrachten voor diensten die in bijlage 1 zijn opgenomen, blijft het percentage van 2,5 procent behouden. Echter wordt niet in alle gevallen gewerkt zoals op heden via een "dubbele drempel" waarbij naast het percentage ook een in absolute cijfers uitgedrukte drempel geldt. Dit is slechts het geval wanneer de opdracht geplaatst wordt op basis van de prijs, op basis van de kosten of op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding waarvan de prijs minstens de helft van de maximale score uitmaakt. In deze gevallen waarbij de prijs een zeer belangrijke rol speelt als gunningscriterium wordt naast de drempel van 2,5 procent voorzien in een alternatieve drempel die in absolute bedragen is uitgedrukt. Zodra één van beide drempels is overschreden wordt het nadeel geacht zeer belangrijk te zijn geweest.

De in absolute bedragen uitgedrukte drempel van het zeer belangrijk nadeel wordt in de voormelde gevallen voor de voormelde opdrachten verder opgesplitst in functie van de waarde van het initiële opdrachtbedrag. Op die manier wordt vermeden dat de drempel te snel bereikt zou zijn, voor opdrachten van grotere omvang, bij een al te laag percentage.

Meer bepaald gelden voor de opdrachten van werken en opdrachten voor diensten die in bijlage 1 zijn opgenomen de volgende in absolute bedragen uitgedrukte drempels voor zeer belangrijk nadeel, wanneer de opdracht wordt geplaatst op basis van de prijs, op basis van de kosten of op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding waarvan de prijs minstens de helft van het maximale gewicht uitmaakt:

- 175.000 euro voor opdrachten waarvan het initiële bedrag hoger is dan 7.500.000 euro en lager of gelijk is aan 15.000.000 euro;
- 225.000 euro voor opdrachten waarvan het initiële bedrag hoger is dan 15.000.000 euro en lager of gelijk is aan 30.000.000 euro;
- 300.000 euro voor opdrachten waarvan het initiële bedrag hoger is dan 30.000.000 euro.

De situatie is verschillend (en eenvoudiger) wat betreft de opdrachten voor leveringen en de opdrachten voor diensten, andere dan de diensten die in bijlage 1 zijn opgesomd (dus hoofdzakelijk de intellectuele diensten). Aldaar wordt voortaan maar met één drempel gewerkt om uit te maken of het nadeel als aanzienlijk moet worden beschouwd, namelijk een in percentage uitgedrukte drempel van vijftien procent van het initiële opdrachtbedrag.

Er is niet langer bepaald dat een franchisesysteem moet worden toegepast. Het zesde lid van artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 werd inderdaad niet overgenomen.

In de vierde paragraaf wordt in een terugvaloptie voorzien: wanneer de opdrachtdocumenten, in weerwil van de verplichting, geen herzieningsclausule bevatten inzake de herziening van de opdracht wanneer het contractueel evenwicht van de opdracht wordt ontworcht in het nadeel van de opdrachtnemer, dan moet de hierboven besproken regeling worden geacht van rechtswege van toepassing te zijn. De aanbesteders kunnen dus niet ontsnappen aan de toepassing van het mechanisme. Ook hier geldt dat de opdracht slechts gewijzigd kan worden voor zover in het geval waarin deze onder één van de toegelaten wijzigingsmogelijkheden valt (onvoorziene omstandigheden, de minimis-bepaling, presstext-criteria, ...).

Ter herinnering, van de hierboven besproken paragrafen 2 en 3 kan overeenkomstig artikel 9, § 4, zoals hij wordt vervangen door het onderhavige besluit, slechts worden afgeweken mits een uitdrukkelijke motivering in de opdrachtdocumenten, die gerechtvaardigd is door de bijzondere eisen van de opdracht in kwestie. De sanctie bij het ontbreken van de motivering zal er in dat geval niet in bestaan dat de afwijking voor niet geschreven moet worden gehouden (tenzij in geval van een door partijen ondertekende overeenkomst), aangezien dit ertoe zou leiden dat er geen clausule inzake ontworchtiging meer zou gelden, hetgeen natuurlijk niet de bedoeling is, wel integendeel.

Tot slot wordt nog gemeld dat artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 zal worden opgeheven (zie artikel 46 van dit ontwerp).

Art. 38/10. Deze bepaling vormt het spiegelbeeld van het hierboven besproken artikel 38/9 en heeft betrekking op het geval van ontworchtiging van het contractueel evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer. Ook omtrent deze hypothese zal dus een herzieningsclausule,

insérée dans les documents du marché. L'arrêté royal du 14 janvier 2013 contient déjà une disposition traitant de l'hypothèse ici visée (article 60, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013). Les modalités sont toutefois, aussi en ce qui concerne le seuil de l'avantage très important, alignées le plus possible sur les modalités examinées ci-dessus qui s'appliquent en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel au détriment de l'adjudicataire. La disposition relative aux sous-traitants n'a évidemment pas été reprise. Il en va de même pour l'exigence selon laquelle l'adjudicateur ne pouvait éviter la révision, ni obvier aux conséquences. Vu la nature des obligations de l'adjudicateur consistant principalement dans le paiement (les prestations sont normalement effectuées par l'adjudicataire), ces conditions sont inappropriées. Il suffit que les circonstances ayant donné lieu au bouleversement soient étrangères à l'adjudicateur.

Au lieu d'une prolongation du délai d'exécution, il est question d'une réduction du délai d'exécution comme modalité de révision. Enfin, soulignons que l'article 60 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sera abrogé par l'article 46 du présent projet.

Art. 38/11. Cette disposition concerne le réexamen du marché lorsque l'adjudicataire ou l'adjudicateur a subi un retard ou un préjudice suite aux carences, lenteurs ou faits quelconques qui peuvent être imputés à l'un des deux. Elle regroupe les articles 54 et 60, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Dans cette hypothèse également, une clause de réexamen, comme prévue à l'article 38, devra être insérée dans les documents du marché. Ici aussi, une option de repli est prévue. En effet, si les documents du marché, malgré l'obligation, ne devaient pas contenir une telle clause, les règles seront réputées être applicables de plein droit (toutes les règles reprises à l'article 38/11). La résiliation du marché n'est pas une modification du marché.

Le cas échéant, la clause répond aux conditions de l'article 38 de la manière suivante :

- champ d'application : carences, lenteurs ou faits quelconques qui peuvent être imputés à l'adjudicateur ou à l'adjudicataire ;

- nature des modifications: modification du marché, plus précisément prolongement ou réduction des délais d'exécution, dommages et intérêts ou la résiliation du marché ;

- conditions : les formalités des articles 38/14 à 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise des articles 52 et 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013) sont d'application.

Art. 38/12. Cette disposition concerne la suspension du marché ordonnée par l'adjudicateur et le droit à des dommages et intérêts pour l'adjudicataire à cet égard. Elle regroupe les articles 55 et 89 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Etant donné la difficulté de faire une distinction entre une suspension (imputable à l'adjudicateur) et une interruption (due à une circonstance externe), seule la notion de « suspension » est encore utilisée.

S'agissant des règles relatives aux dommages et intérêts visées au premier paragraphe, une clause de réexamen, comme prévue à l'article 38, devra dorénavant être insérée dans les documents du marché. Ici aussi, si les documents du marché, malgré l'obligation, ne devaient pas contenir une clause de réexamen, les règles prévues au premier paragraphe seront réputées être applicables de plein droit. Ici aussi, une option de repli existe : voir commentaire des articles 38/8 et 38/9. Les articles 55 et 89 seront évidemment abrogés (voir article 46).

Il est satisfait à l'article 38 de la manière suivante :

- champ d'application : indemnisation suite à une suspension sur ordre de l'adjudicateur ;

- nature des modifications : la révision du marché, plus précisément indemnisation;

- conditions: les formalités des articles 38/14 à 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise des articles 52 et 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013) sont d'application.

Art. 38/13. Cet article reprend, sans aucune modification, l'article 59 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Seules les références ont été actualisées. Cet article est, du reste, abrogé (voir article 46).

Art. 38/14. Cette disposition concerne la dénonciation de faits. Elle regroupe, sans en modifier le contenu, les articles 52, alinéa 4, et 60, alinéa 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Elle vise donc aussi bien l'hypothèse où l'adjudicateur veut se baser sur une des clauses de réexamen énumérées que celle où c'est l'adjudicataire qui le souhaite.

zoals bepaald in artikel 38, moeten worden opgenomen in de opdracht-documenten. In het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bestaat reeds een bepaling omtrent de hier bedoelde hypothese (artikel 60, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013). Alleen worden de modaliteiten, ook wat betreft de drempel van het zeer belangrijk voordeel, zoveel als mogelijk afgestemd om de hierboven besproken modaliteiten die gelden in geval van ontwrichting van het contractueel evenwicht in het nadeel van de opdrachtnemer. De bepaling omtrent onderaannemers werd vanzelfsprekend niet overgenomen. Dit is eveneens het geval voor de vereiste dat de aanbesteder de herziening niet kon ontwijken en de gevolgen niet kon verhelpen. Gezien de aard van de verplichtingen van de aanbesteder, die voornamelijk bestaan uit de betaling (de prestaties worden normaliter verricht door de opdrachtnemer), zijn deze voorwaarden ongepast. Het volstaat dat de omstandigheden die aanleiding gaven tot de ontwrichting vreemd zijn aan de aanbesteder.

In plaats van verlenging van de uitvoeringstermijn is sprake van inkorting van de uitvoeringstermijn als herzieningsmodaliteit. Tot slot wordt nog vermeld dat artikel 60 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, zal worden opgeheven door middel van artikel 46 van het onderhavige ontwerp.

Art. 38/11. Deze bepaling heeft betrekking op de herziening van de opdracht wanneer de aanbesteder of de opdrachtnemer ten gevolge van nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die ten laste van één van beide kunnen worden gelegd, een vertraging of een nadeel hebben geleden. Het betreft een samenvoeging van de artikelen 54 en 60, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Ook omtrent deze hypothese zal voortaan een herzieningsclausule, zoals bepaald in artikel 38, moeten worden opgenomen in de opdracht-documenten. Ook hier is voorzien in een terugvaloptie en geldt dat, indien in weerwil van de verplichting toch geen dergelijke clausule zou zijn opgenomen in de opdracht-documenten, dan de regeling van rechtswege van toepassing moet worden geacht (de ganse regeling vervat in artikel 38/11). De verbreking van de opdracht is geen wijziging van de opdracht.

In voorkomend geval voldoet de clausule op de volgende wijze aan de voorwaarden van artikel 38:

- toepassingsgebied: nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die ten laste van de aanbesteder of de opdrachtnemer kunnen worden gelegd;

- aard van de wijzigingen: herziening van de opdracht, zijnde verlenging of inkorting van de uitvoeringstermijn, schadevergoeding of verbreking van de opdracht;

- voorwaarden: de formaliteiten van de artikelen 38/14 tot 38/16 zijn van toepassing (die op hun beurt een overname zijn van de artikelen 52 en 53 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013).

Art. 38/12. Deze bepaling heeft betrekking op schorsing van de opdracht op bevel van de aanbesteder en op het recht op schadevergoeding voor de opdrachtnemer in dit verband. Het betreft een samenvoeging van de artikelen 55 en 89 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Aangezien het onderscheid tussen schorsing (te wijten aan de aanbesteder) en onderbreking (te wijten aan een externe omstandigheid), niet makkelijk valt te maken, is er alleen nog sprake van "schorsing".

Omtrent de in de eerste paragraaf bedoelde schadevergoedingsregeling zal voortaan een herzieningsclausule, zoals bepaald in artikel 38, moeten worden opgenomen in de opdracht-documenten. Ook hier geldt dat, indien de opdracht-documenten geen herzieningsclausule bevatten, de regeling vervat in de eerste paragraaf wordt geacht van rechtswege van toepassing te zijn. Ook hier is er dus een terugvaloptie waaromtrent : zie commentaar bij artikelen 38/8 en 38/9. De artikelen 55 en 89 zullen vanzelfsprekend worden opgeheven (zie artikel 46).

Aan de voorwaarden van artikel 38 is als volgt voldaan:

- toepassingsgebied: vergoeding voor schorsing op bevel van de aanbesteder;

- aard van de wijzigingen: herziening van de opdracht, meer bepaald schadevergoeding;

- voorwaarden: de formaliteiten van de artikelen 38/14 tot 38/16 zijn van toepassing (die op zijn beurt een overname is van de artikelen 52 en 53 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013).

Art. 38/13. Het betreft de overname, zonder enige wijziging, van artikel 59 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Alleen de verwijzingen werden geactualiseerd. Dit artikel wordt overigens opgeheven (zie artikel 46).

Art. 38/14. Deze bepaling heeft betrekking op de feitenmelding en neemt de artikelen 52, vierde lid en 60, derde lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ongewijzigd over in één enkele bepaling, dus zowel in de hypothese dat de aanbesteder zich op één van de opgelijste herzieningsclausules wil beroepen, als in de hypothese dat de

Les deux devront dénoncer les faits ou les circonstances sur lesquels ils se basent, par écrit dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance. Les faits doivent toujours être dénoncés par écrit et ce, dans les trente jours. Les deux dispositions auxquelles il est renvoyé ci-dessus seront d'ailleurs abrogées (voir article 46).

Art. 38/15. Contrairement à l'article 38/14 examiné ci-dessus, cette disposition, qui concerne également la dénonciation de faits, s'applique uniquement à l'adjudicataire. Ainsi, ce dernier ne pourra donc invoquer l'application de l'une des clauses de réexamen énumérées, que s'il signale succinctement l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché. La disposition ici visée reprend, moyennant adaptation, l'article 52, alinéas 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il n'est plus mentionné que la dénonciation de l'influence doit se faire « au plus tôt ». Par ailleurs, l'on a supprimé la partie de phrase stipulant que la dénonciation de l'influence est obligatoire pour des faits ou circonstances quelconques qui pourraient perturber l'exécution normale du marché et dont les éventuelles conséquences négatives pourraient justifier l'introduction d'une requête ou d'une réclamation, que ces faits ou circonstances relèvent « ou non » de l'application des dispositions relatives aux manquements du pouvoir adjudicateur et au bouleversement au détriment de l'adjudicataire. Les mots « ou non » étaient sujets à des interprétations différentes. C'est pourquoi le champ d'application de l'obligation examinée ici sera dorénavant mieux délimité. L'obligation n'est imposée ici que pour les clauses de réexamen visées aux articles 38/9 à 38/11.

Art. 38/16. La présente disposition correspond en grande partie à l'article 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 38/17. La présente disposition correspond en grande partie à l'article 60, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 38/18. Cette disposition reprend, sans aucune adaptation, l'article 58 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Art. 38/19. Cette disposition transpose les articles 72.1, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE et 89.1, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/25/UE et a déjà suffisamment été abordée dans le commentaire des articles 38/1 et 38/2. Il est précisé qu'une publication au niveau européen n'est pas exigée pour les marchés qui tombent dans le champ d'application de la loi défense et sécurité. Il n'existe aucune obligation spécifique relative aux modifications du marché dans la directive 2009/81/EC.

Art. 22. Cette disposition vise à remplacer l'article 41, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant la renonciation à la réception technique. La disposition a été actualisée. Plus particulièrement, la formulation a été adaptée à l'article 55, § 1^{er}, de la loi concernant les rapports d'essai et la certification. Tout d'abord, il n'est plus fait mention d'un « organisme indépendant » mais d'un « organisme d'évaluation de la conformité ». Comme c'est le cas dans la disposition précitée de la loi, sont visés par cette notion les organismes qui exercent des activités d'évaluation de la conformité telles que le calibrage, les essais, la certification et l'inspection et qui sont accrédités conformément au règlement n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil. La deuxième phrase porte à confusion et n'a dès lors pas été reprise (vu le manque de lien clair avec la première phrase). D'ailleurs, sa formulation est devenue obsolète (notamment au niveau de la « procédure nationale d'attestation de conformité » jugée équivalente). Pour rappel, conformément à l'article 55, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi, le pouvoir adjudicateur doit également accepter des certificats d'autres organismes d'évaluation de la conformité équivalents lorsqu'il est exigé dans le cadre de la passation que des certificats soient établis par un organisme d'évaluation de la conformité particulier. Il convient de tenir compte, sous ces conditions, avec les contrôles qui sont déjà intervenus plus tôt, également en absence d'accord bilatéral avec l'Etat d'origine des produits concernés (voir concernant cet aspect l'arrêt C-254/05 du 7 juin 2007 de la Cour de Justice).

En conclusion, il convient d'étendre, dans le cadre de l'exécution, l'approche qui doit être suivie dans le cadre de la passation conformément à l'article 55, § 1^{er}, de la loi, en sachant qu'il ne s'agit dans l'exécution que d'une possibilité de renoncer à la réception technique et non d'une obligation.

Art. 23. Cette disposition apporte une modification en ce qui concerne le délai dans lequel l'adjudicataire peut faire valoir ses moyens de défense lorsqu'il reçoit un procès-verbal constatant des manquements. Normalement, il dispose d'un délai de quinze jours

opdrachtnemer dit wil. Beiden zullen de ingeroepen feiten of omstandigheden waarop zij zich baseren, schriftelijk kenbaar moeten maken binnen de dertig dagen, ofwel nadat ze zich hebben voorgedaan ofwel na de datum waarop de opdrachtnemer, dan wel de aanbesteder, ze normaal had moeten kennen. De feitenmelding moet nog steeds schriftelijk gebeuren en dit binnen de dertig dagen. De beide bepalingen waarnaar hierboven werd verwezen worden overigens opgeheven (zie artikel 46).

Art. 38/15. Anders dan het hierboven besproken artikel 38/14 is deze bepaling, die eveneens betrekking heeft op de feitenmelding, alleen van toepassing op de opdrachtnemer. Zo zal deze zich nog steeds slechts op één van de opgelijste herzieningsclausules kunnen beroepen indien hij bondig de invloed van de ingeroepen feiten of omstandigheden op het verloop en de kostprijs van de opdracht doet kennen. Het betreft de overname, mits wijziging, van artikel 52, eerste en derde leden, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Er is niet langer vermeld dat de melding van de invloed "ten spoedigste" moet gebeuren. De zinsnede dat de melding van de invloed verplicht is voor eender welk feit of omstandigheid die het normale verloop van de opdracht kan verstoren en waarvan de eventuele nadelige gevolgen reden zouden kunnen zijn om een verzoek of een klacht in te dienen, om het even of deze feiten of omstandigheden "al dan niet" onder de toepassing van de bepalingen omtrent tekortkomingen van de aanbestedende overheid en ontwrichting in het nadeel van de opdrachtnemer vallen, werd niet langer opgenomen. De zinsnede "al dan niet" gaf aanleiding tot uiteenlopende interpretaties. Daarom wordt het toepassingsgebied van de hier besproken verplichting voortaan duidelijker afgelijnd. De verplichting wordt hier slechts opgelegd voor de in de artikelen 38/9 tot 38/11 bedoelde herzieningsclausules.

Art. 38/16. Deze bepaling komt in hoofdlijnen overeen met artikel 53 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 en behoeft geen nadere toelichting.

Art. 38/17. Deze bepaling komt in hoofdlijnen overeen met artikel 60, lid 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 en behoeft geen nadere toelichting.

Art. 38/18. Het betreft de overname, zonder enige wijziging, van artikel 58 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

Art. 38/19. Deze bepaling is gericht op de omzetting van de artikelen 72.1, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU en 89.1, eerste lid, van richtlijn 2014/25/EU en werd reeds voldoende besproken in de commentaar bij artikel 38/1 en 38/2. Er wordt verduidelijkt dat een bekendmaking op Europees niveau niet vereist is voor de opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet defensie en veiligheid. In de richtlijn 2009/81/EG zijn omtrent de wijzigingen aan de opdracht geen specifieke verplichtingen opgenomen.

Art. 22. Deze bepaling is gericht op de vervanging van artikel 41, lid 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 omtrent het afzien van keuring. De bepaling werd geactualiseerd. De bewoordingen werden meer bepaald afgestemd op deze van artikel 55, § 1, van de wet omtrent testverslagen en certificatie. Vooreerst is niet langer sprake van een "onafhankelijke instantie" maar van een "conformiteitsbeoordelingsinstantie". Net zoals het geval is in de voormelde bepaling van de wet worden daarmee instanties bedoeld die conformiteitsbeoordelingsactiviteiten verrichten, zoals ijken, testen, certificeren en inspecteren, en die geaccrediteerd zijn overeenkomstig Verordening nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 339/93. De tweede zin werd weggelaten omdat die verwarrend is (een duidelijk verband met de eerst zin ontbreekt immers) en de bewoordingen achterhaald zijn (met name een als gelijkwaardig bevonden "nationale procedure voor het gelijkvormigheidsattest"). Ter herinnering, overeenkomstig artikel 55, § 1, lid 2, van de wet, moet de aanbestedende overheid, wanneer zij in het kader van de plaatsing vereist dat certificaten van specifieke conformiteitsbeoordelingsinstanties worden overgelegd, ook de certificaten van andere gelijkwaardige conformiteitsbeoordelingsinstanties aanvaarden. Onder die voorwaarden moet rekening worden gehouden met eerder uitgevoerde controles, ook als er geen bilaterale overeenkomst bestaat met de lidstaat van herkomst van de betreffende producten (zie omtrent dit aspect het arrest C-254/05 van 7 juni 2007 van het Hof van Justitie).

Er kan besloten worden dat de aanpak die gevolgd wordt in het kader van de plaatsing zoals die blijkt uit artikel 55, § 1, van de wet wordt doorgetrokken in het kader van de uitvoering, met dien verstande dat het in dat laatste kader slechts een mogelijkheid betreft voor de aanbesteder om af te zien van keuring en geen verplichting.

Art. 23. Deze bepaling is gericht op het aanbrengen van een wijziging wat de termijn betreft waarbinnen de opdrachtnemer zijn verweermiddelen kan doen gelden wanneer hij een proces-verbaal ontvangt waarin tekortkomingen worden vastgesteld. Normaliter

suivant la date de l'envoi du procès-verbal précité pour faire valoir ses moyens de défense. Ce délai est trop long lorsque le manquement concerne certains problèmes graves relatifs au droit du travail, plus précisément une grave sous-rémunération ou l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Dans ces cas-là, l'adjudicateur doit pouvoir fixer lui-même le délai, faute de quoi il risque de voir sa responsabilité solidaire engagée pour certaines dettes salariales.

Il est possible que le délai de quinze jours de calendrier précité a pour effet que le délai de quatorze jours ouvrables après la notification de l'inspection du travail en exécution de l'article 35/3, § 4, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, délai dont dispose l'adjudicateur pour, le cas échéant, encore résilier le marché et éviter ainsi que sa responsabilité solidaire ne soit engagée, sera souvent écoulé. L'adjudicateur aura en effet besoin d'un certain temps pour traiter ladite notification et pour envoyer le procès-verbal précité. Il en résulte que le délai relatif aux moyens de défense de l'adjudicataire doit pouvoir être raccourci par l'adjudicateur.

Lorsque l'adjudicateur a connaissance du fait que l'adjudicataire (ou un sous-traitant) occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal, il doit aussi être possible de raccourcir fortement le délai relatif aux moyens de défense. En effet, dès le moment où l'adjudicateur est au courant de l'occupation d'un ou de plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal, il sera en principe solidairement responsable du paiement de la rémunération encore due par son adjudicataire en ce qui concerne les prestations de travail effectuées, à partir du moment où il a connaissance du fait précité et pour autant que ces prestations s'inscrivent dans le cadre du marché public en cours d'exécution (voir article 35/11 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).

De surcroît, l'adjudicateur, pour autant qu'il ne bénéficie pas d'une immunité pénale, peut voir sa responsabilité pénale engagée pour les infractions afférentes à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal commises dès le moment où il a connaissance de l'occupation de tels ressortissants. L'obligation, dans les cas précités, d'attendre l'expiration du délai relatif aux moyens de défense de l'adjudicataire de 15 jours de calendrier, alourdirait trop sa propre responsabilité solidaire et éventuellement aussi la responsabilité pénale de ses mandataires et fonctionnaires dirigeants.

Pour de plus amples informations concernant la législation relative au droit du travail citée supra, il est renvoyé à la circulaire du 22 juillet 2014 : Circulaire marchés publics - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal - Extension de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales à certains secteurs sensibles à la fraude (M.B. 4 août 2014).

Les autres adaptations apportées dans le deuxième paragraphe sont purement techniques et ne nécessitent pas de commentaires particuliers.

Art. 24. La présente disposition vise une clarification concernant la base de calcul des pénalités spéciales et générales d'une part et les amendes de retard d'autre part. Conformément à l'article 3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tel que modifié par l'arrêté royal du 7 février 2014, il est avant tout précisé que la taxe sur la valeur ajoutée n'est pas prise en compte dans la base de calcul de la sanction spéciale ou générale ou de l'amende de retard. En ce qui concerne la sanction générale, l'article 3 est suffisamment clair sur ce point. Une précision est néanmoins indispensable, étant donné que rien de tel n'est clair pour la pénalité spéciale ou l'amende de retard en cas de fournitures ou de services. Le montant de la pénalité générale ou spéciale et/ou de l'amende sera en définitive déduit du montant total dû de la facture en ce compris la T.V.A..

Art. 25. Cette disposition apporte une série de modifications à l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant l'application de mesures d'office. Plus particulièrement, une référence est ajoutée à une nouvelle exception à la règle que l'adjudicateur, en cas de résiliation unilatérale du marché, acquiert le cautionnement à titre d'indemnisation forfaitaire. Lorsque des actes faussant la concurrence sont découverts, une telle approche forfaitaire n'est plus autorisée par le législateur européen. Pour de plus amples commentaires, il est renvoyé à l'article 27.

Cette disposition apporte en outre une amélioration linguistique dans la version française pour la rendre plus conforme avec la version néerlandaise.

beschikt hij over een termijn van vijftien dagen na de datum van verzending van het voormelde proces-verbaal om zijn verweer te doen gelden. Deze termijn is te lang wanneer de tekortkoming betrekking heeft op bepaalde zwaarwichtige arbeidsrechtelijke problematieken, meer bepaald zwaarwichtige onderverloning of de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. In de opgegeven gevallen moet de aanbesteder zelf de termijn kunnen bepalen, zo niet dreigt hijzelf hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld voor bepaalde loonschulden.

Het kan gebeuren dat de voormelde termijn van vijftien kalenderdagen met zich meebrengt dat de termijn van veertien werkdagen na de kennisgeving van de arbeidsinspectie in uitvoering van artikel 35/3, § 4, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, termijn waarover de aanbesteder beschikt om desgevallend de opdracht nog te verbreken en daarmee de hoofdelijke aansprakelijkheid af te wenden, vaak zal zijn verstreken. De aanbesteder heeft immers enige tijd nodig om voormelde kennisgeving te behandelen en het voormelde proces-verbaal op te sturen. Daaruit vloeit voor dat de verweermiddeltermijn van de opdrachtnemer moet in dat geval moet kunnen ingekort worden door de aanbesteder.

Ook wanneer de aanbesteder er kennis van krijgt dat de opdrachtnemer (of een onderaannemer) één of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt moet het mogelijk zijn de verweermiddeltermijn sterk in te korten. Immers, vanaf het moment dat de aanbesteder op de hoogte is van de tewerkstelling van één of meerdere illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, zal hij in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de betaling van het door zijn opdrachtnemer nog verschuldigd loon dat betrekking heeft op de arbeidsprestaties verricht vanaf het ogenblik dat hij op de hoogte is van voormeld feit en voor zover deze prestaties kaderen in de in uitvoering zijnde overheidsopdracht (zie artikel 35/11 wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers).

Bovendien kan de aanbesteder, voor zover hij niet strafrechtelijk immuun is, strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor de inbreuken die betrekking hebben op de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen die worden begaan vanaf het moment dat hij op de hoogte is van de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen. De verplichting om in voormelde gevallen het verstrijken van de verweermiddeltermijn van de opdrachtnemer van 15 kalenderdagen af te wachten, zou zijn eigen hoofdelijke aansprakelijkheid te zeer verzwaken en eventueel ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid van zijn mandatarissen en leidende ambtenaren.

Voor meer informatie omtrent die hierboven geciteerde arbeidswetgeving wordt verwezen naar de omzendbrief van 22 juli 2014 Omzendbrief overheidsopdrachten — Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer — Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer die illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt — Uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de fiscale en sociale schulden naar bepaalde fraudegevoelige dienstensectoren (B.S. 4 augustus 2014).

De overige aanpassingen in de tweede paragraaf zijn louter technisch van aard en behoeven geen nadere toelichting.

Art. 24. Deze bepaling is gericht op het aanbrengen van een verduidelijking omtrent de berekeningsbasis van de bijzondere en algemene straffen voor gebrekkige uitvoering enerzijds en de vertragsboetes anderzijds. Overeenkomstig artikel 3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 7 februari 2014, wordt vooreerst verduidelijkt dat de belasting op de toegevoegde waarde niet in aanmerking wordt genomen in de berekeningsbasis van de bijzondere of algemene straf of de vertragsboete. Wat de algemene straf betreft blijkt dit reeds genoegzaam uit het voormelde artikel 3. Niettemin is een precisering noodzakelijk aangezien dit nergens blijkt voor de bijzondere straf en de vertragsboete in geval van leveringen of diensten. Het bedrag van de algemene of bijzondere straf en/of boete zal finaal van het te betalen bedrag inclusief btw afgetrokken worden.

Art. 25. Via deze bepaling wordt een wijziging aangebracht aan artikel 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 omtrent de toepassing van ambtshalve maatregelen. Meer bepaald werd een verwijzing toegevoegd naar een nieuwe uitzondering op de regel dat de aanbesteder, in geval van eenzijdige verbreking van de opdracht, de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding verwerft. In het geval waarbij mededingingsvertekende handelingen worden ontdekt, is deze forfaitaire benadering niet langer toegelaten door de Europese regelgever. Voor nadere toelichting omtrent deze uitzondering wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 27.

Deze bepaling brengt daarnaast ook een taalkundige verbetering aan om de tekst meer in overeenstemming te brengen met de Nederlandstalige versie.

Art. 26. Cette disposition remplace l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Dans un premier temps, il convient de signaler que les opérateurs économiques doivent avoir la possibilité, sur la base de l'article 70 de la loi, de démontrer leur fiabilité, malgré la présence d'un motif d'exclusion obligatoire ou facultatif (sauf dans le cas visé à l'article 70, alinéa 4, de la loi). Il en résulte que les opérateurs économiques ne peuvent pas être exclus de manière absolue des marchés publics, y compris dans le cadre de l'article dont question ici. Même si un adjudicateur décide, sur la base de l'article ici examiné, d'exclure un adjudicataire de la participation à de futurs marchés, il n'en reste pas moins que cet opérateur économique, en exécution de l'article 70 de la loi, doit avoir l'opportunité de prouver, dans une procédure de passation ultérieure, que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.

Pour de plus amples informations sur les mesures correctrices, il est renvoyé à l'exposé des motifs de la loi (plus précisément au commentaire de l'article 69 du projet de loi, disposition devenue finalement l'article 70 de la loi; DOC 54 1541/001, p. 124).

Afin d'être certain que l'adjudicataire comprend la portée de la suspension évoquée ci-dessus, il est désormais clair que la décision d'exclusion doit faire référence à la disposition dont question ici, d'autant plus que la décision d'exclusion peut même entraîner l'exclusion des marchés publics d'autres adjudicateurs.

Les précisions précitées concernant les mesures correctrices ne s'appliquent pas aux marchés relevant de la loi défense et sécurité. Il n'est en effet renvoyé qu'à l'article 70 de la loi au premier alinéa.

S'agissant de la durée de l'exclusion, les alinéas 1^{er} et 4 indiquent qu'il s'agit d'une exclusion pour une période de trois ans, dans le droit fil de ce que prévoit l'article 69, alinéa 2, de la loi. Il ne s'agit donc plus d'un délai à définir par l'adjudicateur. Ce délai de trois ans doit être calculé de la même manière que dans la disposition précitée (y compris pour les marchés relevant de la loi défense et sécurité).

Il est dorénavant précisé que la sanction d'exclusion ne peut être prise que lorsqu'une défaillance importante ou persistante de l'adjudicataire a été constatée lors de l'application d'une disposition essentielle au cours de l'exécution du marché. Cette disposition est ainsi alignée sur l'article 69, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi. La sanction peut également encore être prise lorsque l'adjudicataire n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité.

Enfin, il est encore précisé à la fin de l'alinéa 5 que l'exclusion dont question ici constitue une « sanction comparable » au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi. Cela signifie que la décision d'exclusion prononcée par un adjudicateur peut également s'étendre à d'autres marchés publics ou contrats de concession. A cet égard, l'exclusion a les mêmes effets qu'une mesure d'office. Pour cette raison aussi, il est indispensable de veiller à ce que l'exclusion, lorsqu'elle est imputable à une défaillance, ne puisse être prononcée qu'en cas de défaillance importante ou persistante constatée lors de l'application d'une disposition essentielle au cours de l'exécution du marché.

Art. 27. Cette disposition remplace l'article 49 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, concernant les mesures qui sont prises lorsque sont découvertes des ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Outre l'actualisation des références, les adaptations suivantes ont été apportées.

Tout d'abord, il est précisé, comme c'est le cas ailleurs dans l'arrêté, que les mesures ne peuvent être prises qu'à l'expiration du délai relatif aux moyens de défense. La liste des mesures possibles a également été raccourcie. Plus précisément, la mesure consistant en une pénalité égale à trois fois le montant dont le prix du marché a été grevé pour procurer à des tiers un gain ou un avantage quelconque, a été abandonnée. En effet, cette mesure n'est pas conforme aux articles 3 et 4 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne. Ces dispositions prévoient un droit à réparation intégrale mais sans réparation excessive ainsi que des procédures effectives en matière de demande de dommages et intérêts. Imposer de manière forfaitaire une pénalité égale à trois fois le montant dont le prix du marché a été grevé pour procurer à des tiers un gain ou un avantage quelconque donne, par nature, lieu à une réparation excessive.

Art. 26. Deze bepaling is gericht op de vervanging van artikel 48 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Vooreerst wordt erop gewezen dat de ondernemers de mogelijkheid moeten hebben, op grond van artikel 70 van de wet, op hun betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de aanwezigheid van een verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond (tenzij in het in artikel 70, lid 4, van de wet bedoelde geval). Hieruit volgt dat ondernemers niet op absolute wijze kunnen uitgesloten worden van overheidsopdrachten, ook niet in het kader van het hier besproken artikel. Zelfs al neemt een aanbesteder een beslissing op grond van het hier besproken artikel om een opdrachtnemer uit te sluiten van toekomstige opdrachten, dan nog belet dit geenszins dat deze ondernemer, in uitvoering van artikel 70 van de wet, de kans moet hebben om in het kader van een toekomstige plaatsingsprocedure te bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond.

Voor meer informatie omtrent de corrigerende maatregelen wordt verwezen naar de Memorie van Toelichting bij de wet (meer bepaald de toelichting bij artikel 69 van het wetsontwerp, bepaling die uiteindelijk artikel 70 van de wet is geworden; DOC 54 1541/001, p. 124).

Om zeker te zijn dat de opdrachtnemer de draagwijdte van de hierboven geschetste uitsluiting begrijpt, wordt voortaan gesteld dat in de uitsluitingsbeslissing een verwijzing worden voorzien naar de hier besproken bepaling, te meer daar deze beslissing zelfs aanleiding kan geven tot uitsluiting uit overheidsopdrachten van andere aanbesteders.

De voormelde preciseringen omtrent corrigerende maatregelen zijn niet van toepassing op de opdrachten die vallen onder de wet defensie en veiligheid. Inderdaad wordt in het eerste lid alleen verwezen naar artikel 70 van de wet.

Wat de duurtijd van de uitsluiting betreft is overigens in het eerste lid en vierde lid aangegeven dat het een uitsluiting betreft voor een periode van drie jaar, in lijn met wat voorzien is in artikel 69, tweede lid, van de wet. Het gaat dus niet langer om een door de aanbesteder te bepalen termijn. Deze termijn van drie jaar moet daarbij berekend worden op dezelfde wijze als de voormelde bepaling (ook voor de opdrachten die vallen onder de wet defensie en veiligheid).

Voortaan is verduidelijkt dat de sanctie tot uitsluiting slechts kan worden genomen wanneer de opdrachtnemer blijf heeft gegeven van een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de toepassing van een wezenlijk voorschrift in de loop van de uitvoering van de opdracht. Zodoende wordt de hier besproken bepaling in lijn gebracht met artikel 69, eerste lid, 7^o, van de wet. Daarnaast kan de sanctie nog worden genomen wanneer de opdrachtnemer de bepalingen van artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet of van artikel 10 van de wet defensie en veiligheid, al naargelang, niet heeft geëerbiedigd.

Tot slot wordt nog verduidelijkt, op het einde van het vijfde lid, dat ook de hier besproken uitsluiting een "vergelijkbare sanctie" is als bedoeld in artikel 69, eerste lid, 7^o, van de wet. Hiermee wordt bedoeld dat de uitsluitingsbeslissing zoals die wordt uitgesproken door een aanbesteder, ook kan doorwerken naar andere overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten toe. Op dat vlak heeft de uitsluiting dezelfde uitwerking als een ambtshalve maatregel. Ook om deze reden is het noodzakelijk ervoor te zorgen dat de uitsluiting, wanneer die te wijten is aan een tekortkoming, slechts kan worden uitgesproken wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de toepassing van een wezenlijk voorschrift in de loop van de uitvoering van de opdracht.

Art. 27. Deze bepaling is gericht op de vervanging van artikel 49 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, bepaling die betrekking heeft op de maatregelen die worden genomen wanneer afspraken worden ontdekt die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen. Daarbij werden niet alleen de verwijzingen geactualiseerd, maar werden ook de volgende aanpassingen doorgevoerd.

Vooreerst werd, zoals dit ook elders in het besluit het geval is, verduidelijkt dat de maatregelen slechts genomen kunnen worden zodra de verweermiddeltermijn is verstreken. Ook de lijst van mogelijke maatregelen werd ingekort. Meer bepaald werd de maatregel die bestaat uit een straf welke het drievoud betreft van het bedrag dat bij het opdrachtbedrag wordt gevoegd om aan derden een bepaalde winst of voordeel toe te kennen, niet langer hernomen. Deze maatregel valt immers niet in overeenstemming te brengen met de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie. In de voormelde bepalingen wordt immers voorzien in een recht op volledige vergoeding maar zonder overcompensatie en doeltreffende procedures betreffende schadeclaims. Het op forfaitaire wijze opleggen van een straf die het drievoud is van het bij het opdrachtbedrag gevoegde bedrag om aan derden een bepaalde winst of voordeel toe te kennen, geeft uit de aard der zaak aanleiding tot overcompensatie.

Une adaptation s'imposait également à la lumière des dispositions précitées de la directive 2014/104/UE en ce qui concerne les règles en matière de cautionnement lorsqu'une mesure d'office est appliquée, plus précisément en cas de résiliation unilatérale. Normalement, en pareil cas, l'adjudicateur acquiert la totalité du cautionnement à titre de dommages et intérêts forfaitaires ou, à défaut de constitution, un montant équivalent. Cette approche s'inscrit, elle aussi, en porte-à-faux avec la règle qui veut qu'une réparation excessive n'est plus possible en vertu de la directive 2014/104/UE. Par conséquent, il conviendra d'appliquer les procédures de droit commun en matière de demande de dommages et intérêts qui, dans les autres cas, sont également à la disposition des personnes ayant subi un préjudice. Une série de réformes sont en cours dans ce domaine. Afin de transposer la directive précitée dans l'ordre juridique belge, il faut notamment apporter une série de modifications dans le Code de droit économique (ci-après CDE). Il conviendra d'y inscrire expressément le principe général de la réparation intégrale, selon lequel toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence a le droit de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice, de telle sorte que la partie lésée est replacée dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Il sera précisé que la réparation intégrale ne peut entraîner une réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou d'autres types de dommages et intérêts. Ces nouvelles règles de droit commun s'appliqueront aussi aux adjudicateurs confrontés à des actes faussant la concurrence.

Enfin, un alinéa a été ajouté, en vertu duquel l'adjudicateur est contraint de communiquer sans délai les mesures qu'il a prises sur la base du présent article à l'Auditeur général de l'Autorité belge de la Concurrence. Cette communication doit contenir une description du marché concerné, une copie des pièces principales ainsi qu'une référence à l'article dont question ici. Il convient d'envoyer un courrier à l'attention de l'Auditeur général via l'adresse mail suivante : aud@bma-abc.be ou l'adresse postale : Autorité belge de la Concurrence, Auditorat, City Atrium, Rue du Progrès 50, 1210 Bruxelles.

L'Auditeur général peut d'ailleurs aussi être informé en cas de simple soupçon, donc avant même la prise d'une mesure par l'adjudicateur, via l'adresse mail suivante : aud@bma-abc.be, par numéro de téléphone +32 2 277 95 22 ou l'adresse postale : Autorité belge de la Concurrence, Auditorat, City Atrium, Rue du Progrès 50, 1210 Bruxelles. Cette dernière procédure est maintenue et il est recommandé d'en faire usage dans le cadre de la lutte contre les actes faussant la concurrence. Il ne sera pas toujours aisé pour l'adjudicateur de faire lui-même la distinction entre des soupçons ou indices d'ententes faussant la concurrence et une découverte d'ententes faussant la concurrence. Afin de dissocier les différents modes formels et informels de prise de contact avec l'Auditeur général, il a été précisé qu'il faut faire référence à l'article dont question ici lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà pris une mesure.

Art. 28. Cette disposition se borne à actualiser une série de références et ne nécessite, dès lors, pas de commentaires particuliers.

Art. 29. Cette disposition apporte un certain nombre de modifications à l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, concernant les situations dans lesquelles l'adjudicateur est habilité à résilier le marché (indépendamment des mesures d'office). Il est avant tout rappelé qu'il s'agit d'une possibilité de résiliation, permettant dans beaucoup de cas de trouver d'autres solutions que la résiliation (modification du marché ou anticipation par rapport à certaines problématiques par le biais de clauses spéciales dans les documents de marché).

Outre certaines actualisations des références aux motifs d'exclusion, trois adaptations de fond sont apportées. Les condamnations reprises au point 5° sont, tout d'abord, abrogées. En effet, l'on ne voit pas bien comment justifier le fait qu'un adjudicateur ait la possibilité, au cours de l'exécution, de résilier le marché pour cause de condamnation, possibilité dont il ne disposait pas au cours de la procédure de passation. Pour des raisons évidentes, l'approche doit rester la plus cohérente possible lors de la passation et de l'exécution. Aussi suffit-il de renvoyer aux motifs d'exclusion tels qu'ils existent dans le cadre de la passation (aussi bien les motifs d'exclusion obligatoire que les motifs d'exclusion facultatifs). Les possibilités de résiliation pour raison d'internement, d'interdiction, de mise sous conseil judiciaire pour cause de prodigalité,... doivent être maintenues, ces cas fussent-ils extrêmement rares.

La deuxième modification de fond est plutôt technique et précise qu'il peut également y avoir résiliation en présence d'un motif d'exclusion obligatoire (autre que le motif d'exclusion obligatoire

En het licht van de voormelde bepalingen van richtlijn 2014/104/EU diende overigens ook een aanpassing te worden doorgevoerd aan de borgtochtregeling wanneer een ambtshalve maatregel wordt toegepast, meer bepaald in het geval van eenzijdige verbreking. Normaliter verkrijgt de aanbestedder in dat geval namelijk het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding, of bij gebrek aan borgstelling een equivalent bedrag. Ook deze aanpak druist in tegen de regel dat overcompensatie niet langer kan in het licht van richtlijn 2014/104/EU. Dienvolgens zullen de gemeenrechtelijke procedures betreffende schadeclaims die ook in de andere gevallen ter beschikking staan aan zij die schade hebben geleden, moeten worden toegepast. Hieromtrent zijn een aantal hervormingen aan de gang. Om de voormelde richtlijn in de Belgische rechtsorde om te zetten, dienen meer bepaald een aantal wijzigingen te worden aangebracht in het Wetboek van Economisch recht (hierna WER). Daarbij zal het algemeen principe van de volledige vergoeding uitdrukkelijk dienen te worden ingeschreven, waarbij iedere persoon die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht, het recht heeft om volledige schadevergoeding te vorderen en te verkrijgen, zodat de benadeelde partij opnieuw in de situatie wordt geplaatst waarin zij zich zou bevinden indien de inbreuk op het mededingingsrecht niet was gepleegd. Daarbij zal worden gepreciseerd dat de volledige vergoeding niet mag leiden tot overcompensatie, ongeacht of het een punitieve of een andere schadevergoeding betreft. Deze nieuwe gemeenrechtelijke regeling zal ook van toepassing zijn op aanbesteders die met mededingingsvertekende handelingen worden geconfronteerd.

Tot slot werd een lid toegevoegd op grond waarvan de aanbestedder wordt verplicht om de maatregelen die hij op grond van het hier besproken artikel neemt, onverwijld mee te delen aan de Auditeur-generaal van de Belgische Mededingingsautoriteit. Een dergelijke melding moet een omschrijving betreffen van de betreffende opdracht, een kopij van de voornaamste stukken, alsook een verwijzing naar het hier besproken artikel. Dit kan per schrijven ter attentie van de Auditeur-generaal via het volgende e-mailadres : aud@bma-abc.be of per post op volgend adres : Belgische Mededingingsautoriteit, Auditoraat, City Atrium, Vooruitgangstraat 50, 1210 Brussel.

De Auditeur-generaal kan overigens ook bij een eenvoudig vermoeden, nog voor dus een maatregel wordt genomen door de aanbestedder, op de hoogte worden gesteld via het volgende e-mailadres : aud@bma-abc.be, telefonisch op nummer +32 2 277 95 22 of per post op volgend adres : Belgische Mededingingsautoriteit, Auditoraat, City Atrium, Vooruitgangstraat 50, 1210 Brussel. Deze laatste werkwijze blijft bestaan en het verdient aanbeveling hiervan gebruik te maken in het kader van de strijd tegen mededingingsvertekende handelingen. Daarbij zal het voor de aanbestedder niet altijd eenvoudig zijn om zelf het onderscheid te maken tussen vermoedens of aanwijzingen van mededingingsvertekende afspraken en een ontdekking van mededingingsvertekende afspraken. Om de verschillende formele en informele wijzen waarbij contact kan worden opgenomen met de Auditeur-generaal van elkaar te onderscheiden, is verduidelijkt dat verwezen moet worden naar het hier besproken artikel in het geval waarbij de aanbestedende overheid reeds een maatregel nam.

Art. 28. Deze bepaling bevat louter een actualisering van een aantal verwijzingen en behoeft dan ook geen verdere toelichting.

Art. 29. Deze bepaling is erop gericht een aantal wijzigingen aan te brengen aan artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, omtrent de situaties waarbij de aanbestedder gerechtigd is de opdracht te verbreken (afgezien van de ambtshalve maatregelen). Vooreerst wordt in herinnering gebracht dat het om een mogelijkheid om verbreking gaat, waarbij het in veel gevallen ook mogelijk zal zijn om andere oplossingen te vinden dan de verbreking (wijziging van de opdracht of anticiperen op bepaalde problematieken door middel van bijzondere clausules in de opdrachtdocumenten).

Naast een aantal actualisering van het vlak van de verwijzingen naar de uitsluitingsgronden, worden ook nog drie inhoudelijke aanpassingen doorgevoerd. Vooreerst worden de veroordelingen vervat onder 5° opgeheven. Inderdaad valt niet goed in te zien hoe te verantwoorden valt dat een aanbestedder, in de loop van de uitvoering, mogelijkheden krijgt om de opdracht te verbreken wegens veroordeling, die hem anderszits niet ter beschikking stonden in de loop van de plaatsingsprocedure. Om evidente redenen moet de aanpak zoveel als mogelijk coherent blijven in de loop van de plaatsing en de uitvoering. Vandaar dat een verwijzing volstaat naar de uitsluitingsgronden zoals die bestaan in het kader van plaatsing (zowel de verplichte als de facultatieve uitsluitingsgronden). De mogelijkheden tot verbreking wegens internering, onbekwaamverklaring, onder bijstandstelling wegens verkwisting, ..., dienen behouden te blijven, zelfs al doen deze gevallen zich slechts uiterst zelden voor.

De tweede inhoudelijke wijziging is eerder technisch van aard, en is erop gericht te verduidelijken dat eveneens verbroken kan worden wegens de aanwezigheid van een verplichte uitsluitingsgrond (een

concernant les dettes fiscales/sociales) au moment de l'attribution, même si ce n'est éventuellement plus le cas au moment où l'on envisage de procéder à la résiliation. Cette précision est rendue nécessaire par l'article 73.b de la directive 2014/24/UE (et par la disposition correspondante en ce qui concerne les secteurs spéciaux). Une série d'autres possibilités de résiliation doivent, du reste, être ajoutées suite à cet article 73, lesquelles seront toutefois intégrées dans l'article 62/1 nouvellement inséré, examiné ci-après.

Enfin, il est précisé que l'adjudicataire peut encore faire valoir des mesures correctrices dans le courant de l'exécution et peut encore faire usage de la possibilité de régularisation dans le domaine des dettes fiscales et sociales. Il ne peut être fait usage de cette possibilité de régularisation unique dans le courant de la phase d'exécution qu'à une seule reprise. Cela ne porte toutefois pas préjudice à la possibilité de régularisation visée à l'article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi.

Les alinéas 2 et 3 nouvellement insérés ne sont pas d'application aux marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité.

Art. 30. Cette disposition insère une nouvelle disposition relative aux possibilités de résiliation, ce qui permet de transposer l'article 73, a et c, de la directive 2014/24/UE (et les dispositions correspondantes en ce qui concerne les secteurs spéciaux). Il s'agit de nouvelles hypothèses particulières de résiliation, qui, contrairement à ce qui est le cas dans l'actuel article 62, ne résultent pas nécessairement de la situation dans laquelle se trouve l'adjudicataire.

L'adjudicateur pourra ainsi également procéder à une résiliation lorsqu'il constate que le marché a fait l'objet d'une modification substantielle au cours de l'exécution, laquelle aurait en réalité nécessité une nouvelle procédure de passation. Tel sera aussi le cas lorsque le marché n'aurait pas dû être attribué à l'adjudicataire en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par les traités européens, la loi et ses arrêtés d'exécution. Ce manquement doit être établi par la Cour de Justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Art. 31. Cette disposition actualise la référence, dans l'article 63 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, aux dispositions permettant à l'adjudicateur de résilier le marché. C'est une conséquence de l'article 62/1 nouvellement inséré, qui a été examiné supra (voir le commentaire de l'article 30). Dans ces nouveaux cas de résiliation, le marché sera donc aussi liquidé en l'état où il se trouve à la date de la résiliation. Cette situation ne devrait se présenter qu'exceptionnellement, les pouvoirs adjudicateurs étant obligés de prévoir certaines clauses dans leurs documents du marché, précisément pour éviter l'apport d'une modification non autorisée. Pour rappel, conformément à l'article 38, une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation de marché lorsque la modification a été prévue dans les documents du marché initiaux sous la forme de clauses de réexamen claires, précises et univoques (ces modifications ne peuvent néanmoins pas changer la nature globale du marché).

Art. 32. Cette disposition apporte une série de corrections techniques à l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, concernant les cas où des avances peuvent être accordées. Vu qu'il ressort désormais déjà de la loi que ces marchés, dont la valeur estimée est inférieure à 30.000 euros, ne sont pas soumis au principe du paiement pour service fait et accepté, il n'y a plus lieu de stipuler à l'article 67, § 1^{er}, que des avances peuvent être accordées pour ces marchés. Ceci est d'autant plus vrai que l'arrêté royal du 14 janvier 2013, ainsi que le fait apparaître le champ d'application adapté (l'article 5, alinéa 2, remplacé), ne s'applique pas aux marchés n'atteignant pas le seuil précité de 30.000 euros. En effet, les articles 92, 1^o, et 162, 1^o, de la loi précisent clairement que les marchés concernés sont certes soumis au titre 1^{er} de la loi, qui contient notamment les principes généraux, mais pas à l'article 12, consacré au principe précité du paiement pour service fait et accepté (ni à l'article 14 d'ailleurs). Cette hypothèse n'étant plus reprise, une modification technique s'imposait également dans la référence à l'alinéa 2 de l'article 67, § 1^{er}.

La disposition prévoit également le remplacement de l'article 67, § 2. Ainsi, le projet vise à clarifier les formalités concernant le paiement des avances. L'alinéa 1^{er} est nouveau et contient l'obligation pour l'adjudicataire d'introduire par écrit une demande datée et signée dans laquelle il est demandé de procéder au paiement de l'avance.

andere dan de verplichte uitsluitingsgrond inzake fiscale/sociale schulden), op het moment van de gunning (zelfs al is dit eventueel niet langer het geval op het moment dat wordt overwogen om tot de verbreking over te gaan). Deze verduidelijking moet aangebracht worden ingevolge artikel 73.b van richtlijn 2014/24/EU (en overeenkomstige bepaling wat de speciale sectoren betreft). Ingevolge dit artikel 73 moeten overigens nog een aantal andere verbrekingsmogelijkheden worden toegevoegd, die echter zullen worden ondergebracht in het hierna besproken nieuw ingevoegde artikel 62/1.

Tot slot wordt ook verduidelijkt dat de opdrachtnemer nog corrigerende maatregelen mag laten gelden in de loop van de uitvoering en nog gebruik mag maken van de regularisatiemogelijkheid op het vlak van de sociale/fiscale schulden. Van deze regularisatiemogelijkheid mag in de loop van de uitvoering slechts één keer gebruik worden gemaakt. Dit doet echter geen afbreuk aan de in artikel 68, § 1, derde lid, van de wet bedoelde regularisatiemogelijkheid.

Het nieuwe ingevoegde tweede en derde lid zijn niet van toepassing op de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied.

Art. 30. Deze bepaling is gericht op het invoegen van een nieuwe bepaling omtrent verbrekingsmogelijkheden, waarbij omzetting wordt verleend aan artikel 73.a en 73.c van richtlijn 2014/24/EU (en overeenkomstige bepalingen wat de speciale sectoren betreft). Het betreft nieuwe bijzondere verbrekinggevallen die, anders dan het geval is in het huidige artikel 62, niet noodzakelijk een gevolg zijn van de situatie waarbinnen de opdrachtnemer zich bevindt.

Zo zal ook een verbrekingsmogelijkheid ter beschikking staan aan de aanbestedder, wanneer hij tot de vaststelling komt dat de opdracht in de loop van de uitvoering wezenlijk gewijzigd zodat eigenlijk een nieuwe plaatsingsprocedure vereist zou geweest zijn. Dit zal ook het geval zijn wanneer een opdracht niet aan de opdrachtnemer had mogen worden gegund wegens een ernstige inbreuk op de verplichtingen uit hoofde van de Europese Verdragen, de wet en zijn uitvoeringsbesluiten, welke inbreuk door het Hof van Justitie van de Europese Unie als zodanig is aangemerkt in een procedure overeenkomstig artikel 258 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

Art. 31. Deze bepaling is gericht op het actualiseren van de verwijzing in artikel 63 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 naar de bepalingen op grond waarvan de aanbestedder de opdracht kan verbreken. Het betreft een gevolg van het nieuw ingevoegde artikel 62/1, dat hierboven werd besproken (zie commentaar bij artikel 30). Aldus zal ook in deze nieuwe verbrekinggevallen, de opdracht worden vereffend in de staat waarin hij zich bevindt op de datum van de verbreking. Deze situatie zou zich slechts uitzonderlijk mogen voordoen, aangezien de aanbestedende overheden ertoe worden verplicht om bepaalde clausules in hun opdrachtdocumenten te voorzien, precies om te vermijden dat zou blijken dat een niet-geoorloofde wijziging werd doorgevoerd. Ter herinnering, overeenkomstig artikel 38 mag een wijziging zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden aangebracht, wanneer de wijziging in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten was voorzien in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules (deze wijzigingen mogen de algemene aard van de opdracht evenwel niet wijzigen).

Art. 32. Deze bepaling is erop gericht een aantal technische correcties aan te brengen aan artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, omtrent de gevallen waarbij voorschotten kunnen worden toegestaan. Aangezien voortaan reeds uit de wet blijkt dat deze opdrachten, waarvan de geraamde waarde lager is dan 30.000 euro, niet onderworpen zijn aan het principe van betaling voor verstrekte en aanvaarde prestaties, hoeft niet langer in artikel 67, § 1, te worden gesteld dat er voor deze opdrachten voorschotten kunnen worden toegestaan, te meer daar het koninklijk besluit van 14 januari 2013, zoals uit het aangepast toepassingsgebied blijkt (het vervangen artikel 5, tweede lid), niet van toepassing is op de opdrachten die de voormelde drempel van 30.000 euro niet bereiken. Inderdaad, in de artikelen 92, 1^o en 162, 1^o, van de wet is duidelijk gesteld dat de betreffende opdrachten weliswaar onderworpen zijn aan titel 1 van de wet, die onder meer de algemene beginselen omvat, maar niet aan artikel 12, dat gewijd is aan het voormelde beginsel van betaling voor verstrekte en aanvaarde prestaties (noch aan artikel 14 overigens). Ingevolge het feit dat deze hypothese niet langer overgenomen wordt, was ook een technische wijziging nodig in de verwijzing in het tweede lid van artikel 67, § 1.

De bepaling voorziet eveneens in de vervanging van de tweede paragraaf van artikel 67. Bedoeling is aldus een verduidelijking te bewerkstelligen wat de formaliteiten betreft omtrent de betaling van voorschotten. Het eerste lid is nieuw en bevat de verplichting voor de opdrachtnemer om schriftelijk een gedateerde en ondertekenende aanvraag in te dienen waarin verzocht wordt om tot uitbetaling van het voorschot over te gaan.

L'alinéa 2 concerne la possibilité pour l'adjudicateur de suspendre le paiement des avances en cas de non-respect par l'adjudicataire de ses obligations contractuelles ou s'il ne respecte pas ou ne fait pas respecter le droit environnemental, social ou du travail. Pour ce volet, seule la référence à la disposition correspondante de la loi a été actualisée.

Enfin, l'alinéa 3 concerne la compensation par l'adjudicateur de montants payés par le biais d'avances. La formulation actuelle, qui parle de « récupérer », peut induire en erreur. C'est la raison pour laquelle le verbe « compenser » a été adopté.

Art. 33. Cette disposition insère un nouveau paragraphe à l'article 69 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, précisant la base de calcul de l'intérêt pour retard de paiement. Il y est prévu que la base de calcul est constituée de la somme principale, en ce compris les taxes applicables, droits, impositions ou coûts tels que mentionnés dans la facture dûment établie ou dans la créance. En ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, une règle particulière est néanmoins prévue. Celle-ci est reprise à l'alinéa 2.

En ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, il convient de prendre en considération la modification du Code de la T.V.A. introduite par la loi du 6 décembre 2015 modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne l'exigibilité de la taxe. Il s'ensuit que pour de nombreux marchés, le paiement constitue (à nouveau) un point central pour la fixation du moment de l'exigibilité. Par dérogation à l'article 16 et à l'article 17, § 1^{er}, du Code de la T.V.A., la taxe devient exigible, pour les livraisons de biens meubles effectuées par un assujéti à des personnes de droit public visées à l'article 6 de ce code, au moment de la réception du paiement, en tout ou en partie, par l'adjudicataire, à concurrence du montant perçu (article 17, § 4, du Code de la T.V.A.). Un tel régime est également prévu pour les services (article 22bis, § 4, du Code de la T.V.A.). Il appert de l'article 6 du Code de la T.V.A. déjà précisé que nombre d'adjudicateurs peuvent être considérés comme des personnes de droit public au sens dudit code. Pour les marchés concernés, il ne faut, dès lors, pas prendre en compte la T.V.A. en ce qui concerne la base de calcul de l'intérêt pour retard de paiement. Par souci d'exhaustivité, soulignons que certains adjudicateurs ne peuvent cependant pas être considérés comme des personnes de droit public (par ex. les hôpitaux privés,...). Dans ces cas-là, il y a lieu de tenir compte de la T.V.A. pour la base de calcul de l'intérêt pour retard de paiement, celle-ci étant déjà due par l'adjudicataire à ce moment. Afin de déterminer si un adjudicateur doit ou non être considéré comme une personne de droit public au sens de l'article 6 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, il convient de se référer au site internet de la banque carrefour des entreprises.

Pour de plus amples explications à propos de cette modification, il est renvoyé à l'exposé des motifs de la loi modificative précitée du 6 décembre 2015 (DOC 54 1307/001, p. 9).

Art. 34. Cette disposition se borne à actualiser une référence et ne nécessite, dès lors, pas de commentaires particuliers.

Art. 35. Cette disposition apporte une adaptation technique à l'article 71 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant la réfaction pour moins-value. Plus précisément, l'article précité doit faire apparaître que les règles qui y sont décrites selon lesquelles l'adjudicateur peut accepter les prestations moyennant réfaction pour moins-value lorsque les divergences par rapport aux conditions non essentielles du marché sont minimales et qu'il ne peut en résulter pour lui d'inconvénient sérieux, ne portent pas préjudice aux articles 37 à 38/19. Cette précision est apportée afin de préserver la conformité avec l'article 72 de la directive 2014/24/UE (et la disposition correspondante en ce qui concerne les secteurs spéciaux). La réfaction pour moins-value doit, en effet, être considérée comme une modification du marché, comme il appert d'ailleurs de la nouvelle définition de la notion de « modification du marché » mentionnée à l'article 2, 5°. L'adjudicateur devra donc notamment vérifier si la modification découlant de la réfaction pour moins-value est ou non substantielle à la lumière de l'article 38/5. Généralement, en cas d'application correcte, aucune modification substantielle ne pourra résulter de la réfaction pour moins-value. En effet, l'on peut de toute manière uniquement accepter des divergences minimales qui, de surcroît, ne peuvent entraîner d'inconvénient pour l'adjudicateur du point de vue de l'emploi, de la mise en œuvre ou de la durée de vie, à condition toutefois que la réfaction ne modifie pas l'équilibre économique du marché en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial. C'est la raison pour laquelle la réfaction ne peut pas être sous-estimée et qu'elle doit être proportionnée à la divergence. L'adjudicateur peut, bien entendu,

Het tweede lid heeft betrekking op de mogelijkheid voor de aanbesteder om de betaling van voorschotten te schorsen omdat de opdrachtnemer de contractuele verplichtingen niet nakomt of het milieu-, sociaal of het arbeidsrecht niet naleeft of doet naleven. Op dit vlak werd alleen de referentie naar de overeenkomstige bepaling van de wet geactualiseerd.

Tot slot heeft het derde lid betrekking op de compensatie door de aanbesteder van de door middel van de voorschotten betaalde bedragen. De huidige bewoordingen, waarbij sprake is van "recupere-ren", geven immers aanleiding tot verwarring. Vandaar dat gekozen werd voor het werkwoord "compenseren".

Art. 33. Deze bepaling is gericht op het invoegen van een nieuwe paragraaf in artikel 69 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, waarin wordt verduidelijkt wat de berekeningsbasis is van de intrest voor laattijdige betaling. Er is voorzien dat de berekeningsbasis bestaat uit de hoofdsom inclusief toepasselijke belastingen, rechten, heffingen of kosten als vermeld in de rechtmatig opgestelde factuur of in de schuldvordering. Wat de belasting over de toegevoegde waarde betreft is evenwel in een meer bijzondere regeling voorzien die is opgenomen in het tweede lid.

Wat de belasting op de toegevoegde waarde betreft moet rekening gehouden worden met de wijziging van het btw-wetboek die werd doorgevoerd door middel van de wet van 6 december 2015 tot wijziging van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde met betrekking tot de opeisbaarheid van de belasting, waaruit volgt dat de betaling voor heel wat opdrachten (opnieuw) een centrale rol inneemt voor de bepaling van het tijdstip van opeisbaarheid. In afwijking van artikel 16 en artikel 17, § 1, van het btw-wetboek, wordt voor de leveringen van roerende goederen verricht door een belastingplichtige aan publiekrechtelijke lichamen als bedoeld in artikel 6 van dit btw-wetboek, de btw opeisbaar over het ontvangen bedrag op het tijdstip waarop de betaling of een deel ervan wordt ontvangen door de opdrachtnemer (artikel 17, § 4, van het btw-wetboek). Een dergelijke regeling is ook voorzien wat de diensten betreft (artikel 22bis, § 4, btw-wetboek). Uit het reeds aangehaalde artikel 6 van het btw-wetboek blijkt dat heel wat aanbesteders aanzien kunnen worden als publiekrechtelijk lichaam in de zin van het btw-wetboek. Voor de betreffende opdrachten mag, wat de berekeningsbasis betreft van intrest voor laattijdige betaling, dan ook geen rekening gehouden worden met de btw. Voor de volledigheid wordt erop gewezen dat sommige aanbesteders evenwel niet beschouwd kunnen worden als een publiekrechtelijk lichaam (bvb private ziekenhuizen, ...). In deze gevallen moet, voor de berekeningsbasis van de intrest voor laattijdige betaling, rekening worden gehouden met de btw omdat die op dat moment immers reeds verschuldigd is door de opdrachtnemer. Om uit te maken of een aanbesteder al dan niet beschouwd moet worden als een publiekrechtelijk lichaam in de zin van artikel 6 van het btw-wetboek dient men zich te richten tot de website van de kruispuntbank van ondernemingen.

Voor nadere toelichting omtrent deze wijziging wordt verwezen naar de Memorie van Toelichting bij de voormelde wijzigende wet van 6 december 2015 (DOC 54 1307/001, p. 9).

Art. 34. Deze bepaling bevat louter een actualisering van een verwijzing en behoeft dan ook geen verdere toelichting.

Art. 35. Deze bepaling voert een technische aanpassing op in artikel 71 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 omtrent de korting wegens minderwaarde. Meer bepaald moet uit het voormelde artikel blijken dat de aldaar beschreven regeling, waarbij de aanbesteder bij minieme afwijkingen van niet-essentiële voorwaarden van de opdracht die geen grote hinder kunnen veroorzaken voor de aanbesteder, deze prestaties kan aanvaarden onder beding van korting wegens minderwaarde, geen afbreuk doet aan de bepalingen van de artikelen 37 tot 38/19. Deze verduidelijking is ingegeven door het feit dat de overeenstemming moet worden bewaard met artikel 72 van de richtlijn 2014/24/EU (en overeenkomstige bepaling wat de speciale sectoren betreft). De korting wegens minderwaarde moet inderdaad als een wijziging van de opdracht worden aanzien, zoals overigens blijkt uit de nieuwe in artikel 2, 5°, vermelde definitie voor het begrip "wijziging aan de opdracht". De aanbesteder zal zodoende met name moeten nagaan of de wijziging die voortvloeit uit de korting wegens minderwaarde in het licht van artikel 38/5 al dan niet wezenlijk is. Doorgaans zal er, bij correcte toepassing, geen wezenlijke wijziging kunnen resulteren uit de korting wegens minderwaarde, omdat sowieso slechts minieme afwijkingen aanvaard mogen worden die daarenboven geen hinder kunnen veroorzaken voor de aanbesteder bij het gebruik, bij de verwerking of ten aanzien van de levensduur, onder voorwaarde evenwel dat de korting het economische evenwicht van de opdracht niet verandert ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht. Vandaar dat de korting niet mag onderraamd worden en in verhouding moet staan tot de afwijking. De aanbesteder kan vanzelfsprekend ook toepassing

également faire application d'autres dispositions relatives à la modification du marché, aux conditions qui y sont mentionnées. Aussi la préférence a-t-elle été accordée à une référence générale.

Art. 36. Cette disposition contient uniquement des actualisations des références et ne nécessite donc aucun autre commentaire.

Art. 37. Cette disposition vise à préciser qu'il peut également être opportun, en fonction de la spécificité du marché en question, de faire s'écouler pour le commencement des phases suivant la première phase, comme c'est le cas pour le commencement de la première phase, un délai minimum de quinze jours entre l'envoi de la lettre fixant le début des travaux et la date de celui-ci. Notamment lorsqu'il s'agit de phases de nature très différente, il peut être recommandé de prévoir dans les documents du marché un temps de préparation pour le commencement desdites phases. Il va sans dire que le délai doit de toute façon être adapté en fonction de la complexité du marché. Cette dernière précision s'applique, bien entendu, aussi au premier délai de quinze jours pour la première phase.

Art. 38. Cette disposition vise à ériger une simplification administrative pour les entreprises. Dans le cadre de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, elles ont l'obligation de mettre en place un système d'enregistrement des présences ou une méthode d'enregistrement. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de maintenir la liste mise à jour quotidiennement contenant un certain nombre de données du personnel. Les données qui sont conservées dans la liste mise à jour quotidiennement sont en grande partie également reprise dans le système d'enregistrement. Il n'est en outre plus obligatoire de mentionner quotidiennement le salaire horaire dans la liste et ce pour harmoniser d'avantage le type de données qui sont conservées dans la liste d'une part et dans le système de l'autre. Le point 7° est abrogé. Il est remplacé par une obligation pour l'adjudicataire de fournir à la première demande de l'adjudicateur une fiche de salaire, lorsque celle-ci ne peut pas être directement consultée par l'adjudicataire. Cette obligation est reprise dans un nouveau paragraphe 3/1.

Art. 39. Le présent article vise l'insertion des nouvelles dispositions concernant l'obligation pour les sous-traitants de respecter la réglementation sur l'agrégation des entrepreneurs lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux passé par un pouvoir adjudicateur. Il s'agit plus particulièrement de la législation organisant l'agrégation des entrepreneurs (loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation des entrepreneurs de travaux et ses arrêtés d'exécution). Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux passé par une entreprise publique, cette même obligation peut être imposée par les documents du marché, dans la droite ligne du prescrit actuel de l'article 12, alinéa 2, 2°. Il est en effet rappelé que les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soumises au champ d'application du titre 3 de la loi, ne sont soumises qu'à un nombre très restreint de dispositions (voir le nouvel article 6). Les dispositions concernées relatives à la sous-traitance n'en font pas partie. Le raisonnement est identique en ce qui concerne les marchés tombant dans le champ d'application du titre 3 de la loi et qui sont passés par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, un décret ou une ordonnance.

Il convient de signaler que l'agrégation ou la décision équivalente doit être obtenue par le sous-traitant au plus tard au moment de la transmission de son nom et ses coordonnées par l'adjudicataire à l'adjudicateur conformément à l'article 12/1. Ainsi, l'agrégation ou la décision équivalente doit être obtenue au plus tard au début de l'exécution du marché, comme prévu à l'article 12/1, alinéa 1^{er}.

Art. 40. Cette disposition vise à préciser que le contre-essai ne doit pas nécessairement toujours porter sur toutes les propriétés déjà déterminées lors de la vérification initiale. La contre-épreuve est limitée aux caractéristiques qui ont donné un résultat négatif. Le but est ainsi d'éviter des frais inutiles et de ne pas susciter de contestations au sujet de propriétés déterminées lors de la vérification initiale et ne faisant l'objet d'aucune contestation.

Art. 41. Cette disposition contient uniquement des actualisations des références et ne nécessite donc aucun autre commentaire.

Les articles 42 à 44. Ces dispositions contiennent uniquement des actualisations des références et ne nécessitent donc aucun autre commentaire.

Art. 45. Cet article ne nécessite pas de commentaires particuliers.

Art. 46. Cette disposition abroge un certain nombre d'articles qui ont été remaniés dans le cadre de la modification du marché. Il est renvoyé au commentaire des articles 20 et 21.

maken van andere bepalingen omtrent de wijziging aan de opdracht, onder de voorwaarden die aldaar zijn vermeld. Vandaar dat de voorkeur werd gegeven aan een algemene verwijzing.

Art. 36. Deze bepalingen bevat louter actualisering van verwijzingen en behoeven dan ook geen verdere toelichting.

Art. 37. Deze bepaling is erop gericht te verduidelijken dat, ook voor de aanvang van de fases die volgen op de eerste fase, het aangewezen kan zijn, in functie van de eigenheid van de opdracht in kwestie, om eveneens en net zoals dit het geval is voor de aanvang van de eerste fase, minstens vijftien dagen te laten verlopen tussen de brief waarin de aanvang van de werken wordt vastgesteld en de datum van deze aanvang. Met name wanneer het fasen betreft die erg verschillend van aard zijn, kan het raadzaam zijn in de opdrachtdocumenten voorbereidingstijd te voorzien voor de aanvang van deze fases. Het spreekt voor zich dat de termijn sowieso moet worden aangepast afhankelijk van de complexiteit van de opdracht. Deze laatste verduidelijking geldt uiteraard eveneens voor de eerste termijn van vijftien dagen voor de eerste fase.

Art. 38. Deze bepaling is gericht op het doorvoeren van een administratieve vereenvoudiging voor de ondernemingen. In het kader van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk worden zij ertoe verplicht een aanwezigheidsregistratiesysteem of -wijze in te stellen. In dat geval is het onnodig om ook de verplichting te behouden om dagelijks een lijst bij te werken met een aantal personeelsgegevens. De gegevens die in de dagelijks aan te passen lijst worden bijgehouden worden grotendeels opgevangen door het registratiesysteem. Om het soort gegevens dat door de lijst enerzijds en het registratiesysteem anderzijds wordt bijgehouden meer met elkaar in overeenstemming te brengen, wordt overigens niet langer verplicht om in de dagelijks bij te houden lijst het uurloon te vermelden. Het punt onder 7° wordt opgeheven. Dit wordt vervangen door een in een nieuwe paragraaf 3/1 ondergebrachte verplichting voor de opdrachtnemer om, op eerste verzoek van de aanbestedder, een loonfiche over te maken, wanneer deze niet rechtstreeks kan geraadpleegd worden door de aanbestedder.

Art. 39. Dit artikel is gericht op de invoering van nieuwe bepalingen omtrent de verplichting voor de onderaannemers om, wanneer het een opdracht voor werken betreft die wordt geplaatst door een aanbestedende overheid, de regelgeving inzake de erkenning van aannemers na te leven. Het betreft meer bepaald de wetgeving houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken (de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken en zijn uitvoeringsbesluiten). Wanneer het een opdracht voor werken betreft die wordt geplaatst door een overheidsbedrijf, kan in de opdrachtdocumenten hetzelfde worden opgelegd. Dit ligt in lijn met hetgeen op heden voorzien is in artikel 12, tweede lid, 2°. Er weze immers aan herinnerd dat de personen die genieten van bijzondere of alleenrechten en onderworpen zijn aan het toepassingsgebied van titel 3 van de wet, slechts aan een zeer beperkt aantal bepalingen onderworpen zijn (zie het nieuwe artikel 6). De hier besproken bepalingen omtrent onderaanneming horen daar niet bij. De redenering is vanzelfsprekend identiek wat de opdrachten betreft die onder het toepassingsgebied van titel 3 van de wet vallen en worden geplaatst door overheidsbedrijven voor opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie.

Het past erop te wijzen dat de erkenning of de equivalente beslissing moet zijn verkregen door de onderaannemer uiterlijk op het moment dat zijn naam en contactgegevens worden doorgegeven door de opdrachtnemer aan de aanbestedder overeenkomstig artikel 12/1. Zodoende zal de erkenning of de equivalente beslissing ten laatste bij de aanvang van de uitvoering van de opdracht moeten zijn verkregen, ingevolge het voorschrift van artikel 12/1, lid 1.

Art. 40. Deze bepaling heeft als oogmerk te verduidelijken dat de tegenproef niet altijd op alle eigenschappen die bij de eerste proef reeds werden nagegaan betrekking heeft. De tegenproef wordt beperkt tot de eigenschappen die een negatief resultaat opleverden. Bedoeling is op die manier nutteloze kosten te vermijden en geen betwistingen uit te lokken omtrent eigenschappen die in de eerste proef werden nagegaan en waaromtrent geen betwisting bestaat.

Art. 41. Deze bepaling bevat louter actualisering van verwijzingen en behoeft dan ook geen verdere toelichting.

De artikelen 42 tot 44. Deze bepalingen bevatten louter actualisering van verwijzingen en behoeven dan ook geen verdere toelichting.

Art. 45. Deze bepaling behoeft geen nadere toelichting.

Art. 46. Deze bepaling is gericht op de opheffing van een aantal artikelen die voortaan herwerkt werden in het kader van de wijziging aan de opdracht. Er wordt verwezen naar de commentaar bij de artikelen 20 en 21.

Les articles 96 à 103 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sont, eux aussi, abrogés. Il n'y a plus lieu de prévoir des dispositions spécifiques pour les marchés de promotion de travaux. Ce n'est pas davantage le cas dans la loi.

En outre, l'article 40 relatif au contrôle des quantités est abrogé. Cette disposition exige pour les marchés à bordereau de prix et pour les postes en quantités présumées des marchés mixtes, que les quantités exécutées soient mesurées par l'adjudicateur en présence de l'adjudicataire (ou de son délégué). De plus, un écrit signé par les deux parties est exigé. Cette disposition impose un formalisme exagéré et est par ailleurs difficilement exécutable en pratique et a dès lors été supprimée afin de réduire les charges administratives pour l'adjudicateur et l'adjudicataire.

Enfin, les articles 104 à 114, supprimant les dispositions spécifiques relatives aux concessions de travaux publics, ont été abrogés. Tant la passation que l'exécution des contrats de concession seront en effet régies par une loi séparée (la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions) et par un arrêté d'exécution séparé.

Art. 47 La présente disposition prévoit la suppression de l'article 21 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. La problématique de la révision des prix est en effet dorénavant réglée par le nouvel article 38/7, qui est également d'application aux marchés dans le domaine de la défense et de sécurité. Pour de plus amples commentaires à ce sujet, il est renvoyé au commentaire de l'article 21 concernant le nouvel article 38/7.

Art 48 à 50. Ces articles ne nécessitent pas de commentaires particuliers.

J'ai l'honneur d'être,

Sire,
de Votre Majesté,
le très respectueux
et très fidèle serviteur,

Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL

CONSEIL D'ÉTAT

Section de législation avis 61.030/1 du 23 mars 2017 sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services'

Le 22 février 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, sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 16 mars 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Marc RIGAUX, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Ook de artikelen 96 tot 103 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 worden opgeheven. Omtrent de promotieopdrachten van werken dient niet langer in specifieke bepalingen te worden voorzien. Dit is evenmin het geval in de wet.

Daarnaast wordt artikel 40 omtrent de controle van de hoeveelheden opgeheven. Deze bepaling vereist, bij opdrachten tegen prijslijst en voor de posten met vermoedelijke hoeveelheden van de gemengde opdrachten, dat de uitgevoerde hoeveelheden worden gemeten door de aanbesteder in aanwezigheid van de opdrachtnemer (of van zijn gemachtigde). Bovendien wordt een schriftelijk door beide partijen ondertekend document vereist. Deze bepaling legt overdreven formalisme op en is dan ook moeilijk uitvoerbaar in de praktijk. Om de administratieve lasten te verlagen voor zowel de aanbesteder als opdrachtnemer wordt deze bepaling dan ook geschrapt.

Tot slot worden ook de specifieke bepalingen omtrent de concessies voor openbare werken, namelijk de artikelen 104 tot 114 opgeheven. Zowel de plaatsing als de uitvoering van de concessieovereenkomsten zullen worden geregeld door een afzonderlijke wet (de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten) en een afzonderlijk koninklijk besluit.

Art. 47 Deze bepaling voorziet in de opheffing van artikel 21 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied van 23 januari 2012. Inderdaad wordt het leerstuk van de prijssherziening voortaan geregeld door het nieuw ingevoegde artikel 38/7, dat ook van toepassing is op de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied. Voor nadere toelichting omtrent de wijzigingen in dit verband wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 21 omtrent het nieuw ingevoegde artikel 38/7.

Art. 48 tot 50. Deze artikelen behoeven geen nadere toelichting.

Ik heb de eer te zijn,

Sire,
van Uwe Majesteit,
de zeer eerbiedige
en zeer getrouwe dienaar,

De Eerste Minister,
Ch. MICHEL

RAAD VAN STATE

Afdeling Wetgeving advies 61.030/1 van 23 maart 2017 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'

Op 22 februari 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 16 maart 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 mars 2017.

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 soumis pour avis a principalement pour objet de modifier l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics'. Les modifications en projet concernent l'élaboration de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et les arrêtés d'exécution, en projet, de celle-ci.

Le projet comporte tant des modifications de fond que des modifications de nature plutôt terminologique ou légistique.

Les modifications substantielles comportent notamment l'élaboration d'un dispositif nouveau et plus développé en matière de sous-traitance, certains de ses éléments s'inscrivant dans le cadre de la lutte contre le dumping social. Une réglementation étendue concernant la modification des marchés en cours est également instaurée. Ces dispositifs constituent, du moins partiellement, la transposition de certaines dispositions des directives 2014/24/UE (1) et 2014/25/UE (2).

En outre, le projet prévoit d'abroger l'article 21 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 'relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité' et règle l'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 'modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

L'intention est de faire entrer l'arrêté royal en projet en vigueur le 30 juin 2017.

3.1. À titre de fondement juridique, les quatre premiers alinéas du préambule mentionnent les dispositions suivantes : l'article 108 de la Constitution, qui fait référence au pouvoir général du Roi d'exécuter les lois, l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 13 août 2011 (3), les articles 7, alinéa 2, 10, alinéa 2, 11, alinéa 2, 12, alinéa 2, 86 et 156 de la loi du 17 juin 2016, précitée, et l'article 63 de la loi du 16 février 2017, également précitée.

Au regard des dispositions procurant le fondement juridique énumérées, le Conseil d'État, section de législation, estime qu'il se doit de formuler les observations suivantes relativement au fondement juridique ainsi défini.

3.2. En ce qui concerne les marchés publics relevant du champ d'application des titres II ou III de la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services', l'arrêté royal du 14 janvier 2013 trouvait, en principe, un fondement juridique dans les articles 39 et 55 de cette loi.

L'article 39 de la même loi habilite le Roi à fixer « les règles générales d'exécution des marchés publics » dans ce qu'il est convenu d'appeler « les secteurs classiques ». En vertu de l'article 55, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006, cette disposition s'applique également aux marchés visés par le titre III de la loi, à savoir les marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Certaines parties de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 trouvaient un fondement juridique dans une disposition plus spécifique (4).

La loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (article 190) abroge pratiquement intégralement la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services'. Les articles 86 et 156 de la loi du 17 juin 2016 comportent également, respectivement pour les secteurs classiques et les secteurs spéciaux, une large délégation au Roi lui permettant de fixer des règles générales d'exécution. En outre, la loi du 17 juin 2016 comporte diverses dispositions, plus spécifiques, procurant un fondement juridique.

Dans la mesure où l'arrêté royal du 14 janvier 2013 trouvait un fondement juridique dans la loi du 15 juin 2006, les dispositions en projet peuvent en principe trouver un fondement juridique dans la loi du 17 juin 2016.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLACH, 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 23 maart 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. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt in hoofdzaak tot het wijzigen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken'. De ontworpen wijzigingen hangen samen met de totstandkoming van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en de ontworpen uitvoeringsbesluiten ervan.

Het ontwerp bevat zowel inhoudelijke wijzigingen als wijzigingen die veeleer een terminologisch of legistiek karakter hebben.

De inhoudelijke wijzigingen houden onder meer in dat een nieuwe en meer omvangrijke regeling inzake onderaanneming wordt tot stand gebracht, waarvan bepaalde onderdelen moeten worden gesitueerd in de strijd tegen sociale dumping. Er wordt tevens een uitgebreide regeling inzake de wijziging aan opdrachten tijdens de looptijd ingevoerd. Deze regelingen vormen, althans gedeeltelijk, de omzetting van sommige bepalingen van de richtlijnen 2014/24/EU (1) en 2014/25/EU (2).

Daarnaast voorziet het ontwerp in de opheffing van artikel 21 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 'plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied' en regelt het de inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 'tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'.

Het is de bedoeling dat het ontworpen koninklijk besluit in werking treedt op 30 juni 2017.

3.1. In de eerste vier leden van de aanhef van het ontwerp wordt melding gemaakt van de volgende rechtsgrond biedende bepalingen: artikel 108 van de Grondwet waarin wordt gerefereerd aan de algemene bevoegdheid van de Koning om de wetten uit te voeren, artikel 7, § 1, van de wet van 13 augustus 2011 (3) de artikelen 7, tweede lid, 10, tweede lid, 11, tweede lid, 12, tweede lid, 86 en 156 van de voornoemde wet van 17 juni 2016, en artikel 63 van de eveneens al genoemde wet van 16 februari 2017.

De aangehaalde opsomming van rechtsgrond biedende bepalingen als uitgangspunt nemend, is de Raad van State, afdeling Wetgeving, de mening toegeedaan dat hij de hierna volgende opmerkingen dient te maken bij de aldus omschreven rechtsgrond.

3.2. Het koninklijk besluit van 14 januari 2013 vond, wat de overheidsopdrachten betreft die onder het toepassingsgebied vallen van de titels II of III van de wet 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van 15 juni 2006, in beginsel rechtsgrond in de artikelen 39 en 55 van die wet.

Artikel 39 van dezelfde wet machtigt de Koning "de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten" te bepalen in de zogenaamde 'klassieke sectoren'. Op grond van artikel 55, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 is deze bepaling eveneens van toepassing op opdrachten waarop titel III van de wet van toepassing is, zijnde overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Bepaalde onderdelen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 vonden rechtsgrond in een meer specifieke rechtsgrondbepaling.(4)

De wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (artikel 190) heft de wet 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van 15 juni 2006 nagenoeg volledig op. De artikelen 86 en 156 van de wet van 17 juni 2016 bevatten, voor respectievelijk de klassieke en de speciale sectoren, eveneens een ruime machtiging aan de Koning tot het vaststellen van algemene uitvoeringsregels. Daarnaast bevat de wet van 17 juni 2016 diverse, meer specifieke rechtsgrondbepalingen.

In zoverre het koninklijk besluit van 14 januari 2013 rechtsgrond vond in de wet van 15 juni 2006, kan voor de ontworpen bepalingen in beginsel rechtsgrond worden gevonden in de wet van 17 juni 2016.

À cet effet, il est toutefois requis que les dispositions procurant un fondement juridique concernées entrent en vigueur au plus tard en même temps que le projet (5).

3.3. L'arrêté royal du 14 janvier 2013 s'applique également à certains marchés qui relèvent du champ d'application de la loi du 13 août 2011. L'article 5, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 6 du projet) dispose en effet que l'arrêté « régit les marchés relevant du champ d'application [notamment] du titre 2 de la loi défense et sécurité ».

Dans la mesure où l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concerne ces marchés, il trouvait en principe un fondement juridique dans l'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011, en vertu duquel le Roi « fixe les règles générales d'exécution des marchés publics ». Certaines parties de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 trouvaient un fondement juridique dans une disposition procurant un fondement juridique plus spécifique de la loi du 13 août 2011 (6).

Pour les marchés qui relèvent du champ d'application du titre 2 de la loi du 13 août 2011, il faut par conséquent rechercher le fondement juridique du projet soumis pour avis en premier lieu dans l'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011.

3.4. Pour les marchés relevant des secteurs spécifiques, la délégation au Roi prévue à l'article 156, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 est différente selon qu'il s'agit de marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 1^o, ou à l'article 94, alinéa 1^{er}, 2^o, de cette loi.

L'article 156, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 énonce :

« Pour les marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 1^o, le Roi fixe les règles générales d'exécution, en ce compris les règles relatives aux modifications au marché et à la sous-traitance, ainsi que les dispositions relatives à la fin du marché. Le Roi peut ainsi, pour les marchés à déterminer par lui, établir les règles pour le contrôle par les pouvoirs adjudicateurs de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants.

Pour les marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 2^o, le Roi fixe les règles relatives aux modifications au marché et à la sous-traitance, ainsi que les dispositions relatives à la fin du marché ».

L'article 94, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 mai 2016 s'énonce comme suit :

« Le présent titre s'applique aux marchés publics définis à l'article 2, 17^o à 21^o, ainsi qu'aux concours définis à l'article 2, 31^o, et aux accords-cadres définis à l'article 2, 35^o dont les montants estimés, sauf disposition contraire, sont :

1^o inférieurs, égaux ou supérieurs aux seuils pour la publicité européenne pour :

a) les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2, 1^o, sauf dans le cas visé au 2^o, c;

b) les entreprises publiques définies à l'article 2, 2^o, pour les marchés qui ont trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ;

2^o égaux ou supérieurs aux seuils pour la publicité européenne pour :

a) les entreprises publiques définies à l'article 2, 2^o, pour les marchés qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ;

b) les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs définies à l'article 2, 3^o;

c) les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2, 1^o, pour les marchés qui se rapportent à la production d'électricité ».

Il s'ensuit que le Roi n'est habilité à fixer les règles générales d'exécution que pour les marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016. Pour les marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 2^o, de cette loi, le pouvoir du Roi se limite en effet à fixer les règles relatives aux modifications au marché et à la sous-traitance, ainsi que les dispositions relatives à la fin du marché. Cette limitation de l'habilitation n'est cependant que partiellement exprimée dans la délimitation du champ d'application des règles générales d'exécution.

L'article 6, § 1^{er}, 7^o, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 6 du projet) dispose que, quel que soit le montant estimé du marché, cet arrêté ne s'applique en principe pas aux « marchés tombant sous le champ d'application du titre 3 de la loi et qui sont passés » :

Daartoe is evenwel vereist dat de betrokken rechtsgrondbepalingen ten laatste gelijktijdig met het ontwerp in werking treden.(5)

3.3. Het koninklijk besluit van 14 januari 2013 is eveneens van toepassing op bepaalde opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 13 augustus 2011. Het ontworpen artikel 5, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 6 van het ontwerp), bepaalt immers dat het besluit "de uitvoering [regelt] van de opdrachten die onder het toepassingsgebied van [onder meer] titel 2 van de wet defensie en veiligheid vallen".

In zoverre het koninklijk besluit van 14 januari 2013 deze opdrachten betreft, vond het in beginsel rechtsgrond in artikel 35, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011, op grond waarvan de Koning "de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten" bepaalt. Sommige onderdelen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 vonden rechtsgrond in een meer specifieke rechtsgrondbepaling van de wet van 13 augustus 2011.(6)

Wat de opdrachten betreft die onder het toepassingsgebied van titel 2 van de wet van 13 augustus 2011 vallen, dient voor het om advies voorgelegde ontwerp bijgevolg in eerste instantie rechtsgrond te worden gezocht in artikel 35, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011.

3.4. Wat de opdrachten in de speciale sectoren betreft, voorziet artikel 156, § 1, van de wet van 17 juni 2016 in een verschillende machtiging aan de Koning al naargelang het opdrachten betreft bedoeld in artikel 94, eerste lid, 1^o, dan wel artikel 94, eerste lid, 2^o, van die wet.

Artikel 156, § 1, van de wet van 17 juni 2016 luidt:

"Voor de in artikel 94, eerste lid, 1^o, bedoelde opdrachten bepaalt de Koning de algemene uitvoeringsregels, met inbegrip van de regels inzake wijzigingen aan de opdracht, onderaanneming en de bepalingen omtrent het einde van de opdracht. De Koning kan aldus, voor de door Hem te bepalen opdrachten, regels uitwerken voor het nazicht door aanbestedende overheden op het ontbreken van uitsluitingsgronden in hoofde van de onderaannemers.

Voor de in artikel 94, eerste lid, 2^o, bedoelde opdrachten bepaalt de Koning de regels inzake wijzigingen aan de opdracht, onderaanneming en de bepalingen omtrent het beëindigen van de opdracht."

Artikel 94, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 luidt:

"Deze titel is van toepassing op de in artikel 2, 17^o tot 21^o, omschreven overheidsopdrachten, alsook op de in artikel 2, 31^o, omschreven prijsvragen en de in artikel 2, 35^o bedoelde raamovereenkomsten, waarvan de geraamde waarden, behoudens andersluidende bepaling:

1^o lager liggen, gelijk zijn aan of hoger liggen dan de drempels voor de Europese bekendmaking voor:

a) de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 2, 1^o, behalve in het onder 2^o, c, bedoelde geval;

b) de overheidsbedrijven bedoeld in artikel 2, 2^o, voor de opdrachten die betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, decreet of ordonnantie;

2^o gelijk zijn aan of hoger dan de drempels voor de Europese bekendmaking voor:

a) de overheidsbedrijven bedoeld in artikel 2, 2^o, voor de opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie;

b) de personen die genieten van de speciale of exclusieve rechten bedoeld in artikel 2, 3^o;

c) de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 2, 1^o, voor de opdrachten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit."

Bijgevolg is de Koning enkel gemachtigd om de algemene uitvoeringsregels te bepalen voor de opdrachten bedoeld in artikel 94, eerste lid, 1^o, van de wet van 17 juni 2016. Voor de opdrachten bedoeld in artikel 94, eerste lid, 2^o, van die wet, is de machtiging aan de Koning immers beperkt tot het bepalen van de regels inzake wijzigingen aan de opdracht, onderaanneming en de bepalingen omtrent het beëindigen van de opdracht. Deze beperking aan de machtiging komt echter slechts gedeeltelijk tot uiting in de afbakening van het toepassingsgebied van de algemene uitvoeringsregels.

Het ontworpen artikel 6, § 1, 7^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 6 van het ontwerp) bepaalt dat het besluit, ongeacht de geraamde bedragen, in beginsel niet van toepassing is op "de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 3 van de wet vallen en worden geplaatst":

- « soit par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs », ce qui correspond aux marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 2^o, b), de la loi du 17 juin 2016 ;

- « soit par des entreprises publiques pour des marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance », ce qui correspond aux marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 2^o, a), de la loi du 17 juin 2016.

Le dispositif en projet ne comporte cependant pas de disposition qui exclut des règles générales d'exécution les marchés visés à l'article 94, alinéa 1^{er}, 2^o, c), de la loi du 17 juin 2016. L'article 156, § 1^{er}, alinéa 2, de la même loi n'accorde pas de délégation permettant au Roi de fixer les règles générales d'exécution pour de tels marchés.

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De opdrachten geplaatst door aanbestedende overheden die betrekking hebben op de productie van elektriciteit, worden bij nader inzien niet op correcte wijze uitgesloten van het toepassingsgebied van het ontwerp. De vergissing zal in de volgende versie moeten worden rechtgezet. Dit kan door de betreffende opdrachten toe te voegen aan artikel 6, § 1, 7^o, van het ontwerp ».

Cette dernière suggestion du délégué peut être accueillie.

3.5. Le délégué a communiqué au Conseil d'État un tableau mentionnant dans quelle(s) disposition(s) législative(s) les différentes dispositions du projet trouvent leur fondement juridique. En ce qui concerne les articles 1^{er} à 3 du projet, le tableau n'indique toutefois pas de fondement juridique.

Ces dispositions trouvent également un fondement juridique dans les articles 86, alinéa 1^{er}, et 156, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, et dans l'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011, qui habilite chaque fois le Roi à fixer les règles générales d'exécution pour les marchés publics concernés.

3.6. Les articles 12 et 13 du projet insèrent dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 des dispositions qui concernent la sous-traitance et qui doivent être comprises dans le contexte, notamment, de la lutte contre le dumping social.

Selon le tableau communiqué par le délégué, ces dispositions trouvent un fondement juridique dans les articles 86 et 156 de la loi du 17 juin 2016, ainsi que dans le pouvoir général d'exécution du Roi découlant de l'article 108 de la Constitution, combiné avec l'article 7, alinéa 2, de la loi précitée.

Dès lors que les articles 86 et 156 de la loi du 17 juin 2016 comportent déjà une large habilitation permettant de fixer les règles générales d'exécution, en visant en outre explicitement certains aspects de la sous-traitance, il n'est pas nécessaire que le préambule du projet fasse référence à l'article 108 de la Constitution, ni à l'article 7, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016.

3.7. Les articles 37 à 38/19, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (articles 19 et 20 du projet) concernent la modification du marché, en ce compris la possibilité de revoir le prix.

L'article 156, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 comportent des délégations expresses au Roi lui permettant, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, de fixer « les règles relatives aux modifications au marché ». Il n'est pas possible de trouver une telle référence expresse dans l'article 86 de la loi, qui comporte la délégation permettant de fixer les règles générales d'exécution (et certaines matières spécifiques, comme des aspects de la sous-traitance) pour les secteurs classiques.

C'est sans doute pour cette raison que le délégué indique que, pour certaines de ces dispositions, un fondement juridique est également recherché dans l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, qui dispose que « [l]es marchés publics sont passés à forfait, sans qu'il ne puisse être apporté dans le cadre de leur exécution des modifications considérées comme substantielles, hormis les exceptions fixées par le Roi et conformément aux conditions fixées par lui ».

Dans la mesure où les articles 37 à 38/19, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 s'appliquent également aux marchés qui entrent dans le champ d'application de la loi du 13 août 2011, il manque un fondement juridique plus spécifique pour la fixation des règles relatives à la modification des marchés. Il est cependant permis de considérer que les délégations permettant de fixer les règles générales d'exécution sont suffisantes.

3.8. Pour certains éléments, le tableau communiqué par le délégué fait valoir un fondement juridique complémentaire (7).

- « ofwel door personen die genieten van bijzondere of alleenrechten », hetgeen overeenstemt met opdrachten bedoeld in artikel 94, eerste lid, 2^o, b), van de wet van 17 juni 2016;

- « ofwel door overheidsbedrijven voor opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie », hetgeen overeenstemt met opdrachten bedoeld in artikel 94, eerste lid, 2^o, a), van de wet van 17 juni 2016.

Er ontbreekt in de ontworpen regeling echter een bepaling die de opdrachten bedoeld in artikel 94, eerste lid, 2^o, c), van de wet van 17 juni 2016 uitsluit van de algemene uitvoeringsvoorwaarden. Voor dergelijke opdrachten wordt er in artikel 156, § 1, tweede lid, van dezelfde wet, aan de Koning geen machtiging verleend om de algemene uitvoeringsvoorwaarden vast te stellen.

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde:

“De opdrachten geplaatst door aanbestedende overheden die betrekking hebben op de productie van elektriciteit, worden bij nader inzien niet op correcte wijze uitgesloten van het toepassingsgebied van het ontwerp. De vergissing zal in de volgende versie moeten worden rechtgezet. Dit kan door de betreffende opdrachten toe te voegen aan artikel 6, § 1, 7^o, van het ontwerp.”

Met deze laatste suggestie van de gemachtigde kan worden ingestemd.

3.5. Door de gemachtigde werd aan de Raad van State een tabel meegedeeld waarin voor de onderscheiden bepalingen van het ontwerp wordt vermeld in welke wetsbepaling of bepalingen deze rechtsgrond vinden. Voor de artikelen 1 tot 3 van het ontwerp wordt in de tabel evenwel geen rechtsgrond aangegeven.

De betrokken bepalingen vinden eveneens rechtsgrond in de artikelen 86, eerste lid, en 156, § 1, van de wet van 17 juni 2016, en in artikel 35, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011, waarin de Koning telkens wordt gemachtigd om de algemene uitvoeringsregels te bepalen voor de betrokken overheidsopdrachten.

3.6. De artikelen 12 en 13 van het ontwerp voegen in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bepalingen in die betrekking hebben op onderaanneming en die mede moeten worden begrepen tegen de achtergrond van de strijd tegen de sociale dumping.

Volgens de door de gemachtigde meegedeelde rechtsgrondtabel vinden deze bepalingen rechtsgrond in de artikelen 86 en 156 van de wet van 17 juni 2016, alsook in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, zoals die voortvloeit uit artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 7, tweede lid, van de voornoemde wet.

Aangezien de artikelen 86 en 156 van de wet van 17 juni 2016 reeds een ruime machtiging bevatten om de algemene uitvoeringsregels vast te stellen, waarbij bovendien expliciet bepaalde aspecten van de onderaanneming worden vermeld, is het niet noodzakelijk om in de aanhef van het ontwerp te verwijzen naar artikel 108 van de Grondwet, noch naar artikel 7, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016.

3.7. De ontworpen artikelen 37 tot 38/19 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikelen 19 en 20 van het ontwerp) betreffen het wijzigen van de opdracht, met inbegrip van de mogelijkheid tot prijsherziening.

Artikel 156, § 1, eerste en tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 bevatten uitdrukkelijke machtigingen aan de Koning om “de regels inzake wijzigingen aan de opdracht” te bepalen, wat de speciale sectoren betreft. Dergelijke uitdrukkelijke verwijzing kan niet worden gevonden in artikel 86 van die wet, dat de machtiging bevat om de algemene uitvoeringsregels (en welbepaalde specifieke aangelegenheden, zoals aspecten van onderaanneming) vast te stellen voor de klassieke sectoren.

Het is wellicht om deze reden dat de gemachtigde aangeeft voor sommige van deze bepalingen tevens rechtsgrond te zoeken in artikel 9, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, dat bepaalt dat “overheidsopdrachten worden geplaatst op forfaitaire basis en zonder dat hieraan, bij de uitvoering ervan, wezenlijke wijzigingen kunnen worden aangebracht behoudens de door de Koning te bepalen uitzonderingen en overeenkomstig de door Hem te bepalen voorwaarden”.

In zoverre de ontworpen artikelen 37 tot 38/19 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tevens van toepassing zijn op opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 13 augustus 2011, ontbreekt een meer specifieke rechtsgrond voor het vaststellen van regels inzake de wijziging aan opdrachten. De machtigingen om de algemene uitvoeringsregels vast te stellen, kunnen evenwel geacht worden te volstaan.

3.8. In de rechtsgrondtabel die de gemachtigde heeft meegedeeld wordt voor bepaalde onderdelen een bijkomende rechtsgrond aangevoerd.(7)

Il s'agit d'abord de l'article 10, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, qui comporte une délégation au Roi concernant « la révision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social ». L'article 7, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 13 août 2011 comporte une délégation analogue pour les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

En outre, le tableau fait référence à l'article 11 de la loi du 17 juin 2016, qui donne pouvoir au Roi de définir « [p]our les marchés qu'il détermine (...) un mécanisme de révision pour les cas de bouleversement de l'équilibre contractuel, au cas où cette révision résulte de circonstances imprévisibles ». La loi du 13 août 2011 ne comporte pas de délégation analogue pour les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Ce n'est cependant que si on estimait que les délégations permettant de fixer les règles générales d'exécution ne sont pas suffisantes pour adopter certaines parties des articles 37 à 38/19, en projet, qu'il faudrait considérer que (pour certains marchés), ces dispositions sont dépourvues du fondement juridique requis. En l'occurrence, le Conseil d'État, section de législation, est d'avis que les délégations permettant de fixer les règles générales d'exécution sont bel et bien suffisantes.

3.9. Pour l'article 31 du projet, qui vise à modifier l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 en ce qui concerne le régime des avances il est indiqué dans le tableau communiqué que le fondement juridique est recherché dans l'article 12, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016. Conformément à cette disposition, « (...) des avances peuvent être accordées mais uniquement selon les conditions matérielles et, le cas échéant, procédurales fixées par le Roi ».

Dans la mesure où l'article 31 du projet concerne les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité, il trouve un fondement juridique dans l'article 8, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011.

3.10. L'article 38 du projet a pour objet d'insérer un nouvel article 78/1 dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013, relatif à l'obligation pour les sous-traitants de disposer d'un agrément au sens de la loi du 20 mars 1991 'organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux'. Les articles 86, alinéa 3, 2°, et 156, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 17 juin 2016 prévoient un fondement juridique spécifique pour cette disposition. Ces dispositions habilitent en effet le Roi « pour les marchés de travaux à déterminer par lui (...), [à] étendre l'agrégation comme entrepreneur conformément à la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux et ses arrêtés d'exécution à tous les sous-traitants de la chaîne ».

La loi du 13 août 2011 ne comporte pas d'habilitation similaire spécifique, bien que l'article 78/1, en projet, soit également applicable aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. Un fondement juridique moins concret peut, en ce qui concerne ces marchés, être éventuellement trouvé dans l'article 37, § 2, alinéa 3, de la loi du 13 août 2011, en vertu duquel le Roi fixe « les autres règles applicables en matière de sous-traitance ».

3.11. L'article 46 du projet règle l'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 'modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services'. L'article 46 du projet trouve un fondement juridique dans l'article 63 de la loi du 16 février 2017, précitée.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Le projet soumis pour avis introduit la notion de « secteur sensible à la fraude » dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013. L'article 2, 25°, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 4, g), du projet) définit un « marché dans un secteur sensible à la fraude » comme un marché de travaux ou un marché « de services passé dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales ».

L'article 35/1, § 1^{er}, 1°, de la loi du 12 avril 1965, précitée, définit la notion d'« activités » comme « les travaux ou services définis par le Roi après avis unanime des commissions ou sous-commissions paritaires compétentes. À défaut d'une commission ou sous-commission paritaire compétente ou effective, cet avis est donné par le Conseil national du travail. L'organe consulté communique son avis dans les deux mois après que le ministre compétent lui en a fait la demande. À défaut d'un avis unanime, le Roi précise les travaux ou les services par arrêté délibéré en Conseil des Ministres ».

Het betreft enerzijds artikel 10, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, dat een machtiging aan de Koning bevat betreffende "de herziening van de prijzen in het licht van bepaalde economische en sociale factoren". Artikel 7, § 1, derde lid, van de wet van 13 augustus 2011 bevat een gelijkaardige machtiging voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied.

Daarnaast wordt in de tabel gerefereerd aan artikel 11 van de wet van 17 juni 2016, waarin de Koning wordt gemachtigd om "voor de door Hem te bepalen opdrachten, een herzieningsmechanisme [uit te werken] voor het geval van ontwijking van het contractueel evenwicht indien deze herziening het gevolg is van onvoorziene omstandigheden". De wet van 13 augustus 2011 bevat geen gelijkaardige machtiging voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied.

Het is echter slechts in de mate zou worden geoordeeld dat de machtigingen om de algemene uitvoeringsregels vast te stellen niet volstaan om bepaalde onderdelen van de ontworpen artikelen 37 tot 38/19 aan te nemen, dat deze bepalingen (voor bepaalde opdrachten) zouden moeten worden geacht niet over de vereiste rechtsgrond te beschikken. In casu kan volgens de Raad van State, afdeling Wetgeving, wel degelijk met de machtigingen om de algemene uitvoeringsregels vast te stellen, worden volstaan.

3.9. Voor artikel 31 van het ontwerp, dat artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 beoogt te wijzigen, wat de voorschottenregeling betreft, wordt blijkens de meegedeelde rechtsgrondtabel, rechtsgrond gezocht in artikel 12, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016. Overeenkomstig deze bepaling kunnen "[v]oorschotten (...) enkel worden toegestaan volgens de materiële en desgevallend procedurele voorwaarden vastgesteld door de Koning".

In zoverre artikel 31 van het ontwerp betrekking heeft op opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied, vindt deze bepaling rechtsgrond in artikel 8, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011.

3.10. Artikel 38 van het ontwerp strekt ertoe om een nieuw artikel 78/1 in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 in te voegen met betrekking tot de verplichting voor onderaannemers om over een erkenning te beschikken zoals bedoeld in de wet van 20 maart 1991 'houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken'. Voor deze bepaling voorzien de artikelen 86, derde lid, 2°, en 156, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 in een specifieke rechtsgrond. Deze bepalingen machtigen de Koning immers om "voor de door Hem te bepalen opdrachten van (...) de erkenning als aannemer overeenkomstig de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken en haar uitvoeringsbesluiten [uit te breiden] naar alle onderaannemers van de keten".

De wet van 13 augustus 2011 bevat geen even specifieke machtiging, al is het ontworpen artikel 78/1 eveneens van toepassing op opdrachten op defensie- of veiligheidsgebied. Een minder concrete rechtsgrond kan, wat deze opdrachten betreft, mogelijk worden gevonden in artikel 37, § 2, derde lid, van de wet van 13 augustus 2011, op grond waarvan de Koning "de overige voorschriften inzake onderaanneming" bepaalt.

3.11. Artikel 46 van het ontwerp regelt de inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 'tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'. Artikel 46 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 63 van de voornoemde wet van 16 februari 2017.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Met het om advies voorgelegde ontwerp wordt in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 het concept "fraudegevoelige sector" ingevoerd. Het ontworpen artikel 2, 25°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 4, g), van het ontwerp) omschrijft als een "opdracht in een fraudegevoelige sector" een opdracht voor werken of een opdracht "voor diensten in het kader van de in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden".

In artikel 35/1, § 1, 1°, van de voornoemde wet van 12 april 1965 wordt het begrip "activiteiten" omschreven als "de werken of diensten bepaald door de Koning na eenparig advies van de bevoegde paritaire comités of subcomités. Bij ontstentenis van bevoegd of werkend paritair comité of subcomité wordt dit eenparig advies gegeven door de Nationale Arbeidsraad. Het geraadpleegde orgaan deelt zijn advies mee binnen twee maanden nadat hem het verzoek is gedaan door de bevoegde minister. Bij ontstentenis van een eenparig advies bepaalt de Koning de werken of diensten bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad".

Pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude, des obligations complémentaires sont applicables en matière de transmission des données des sous-traitants (article 12/1, en projet; article 12 du projet) et de contrôle des motifs d'exclusion du chef des sous-traitants (article 12/2, en projet; article 12 du projet).

L'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE et l'article 88, paragraphe 8, de la directive 2014/25/UE autorisent les États-membres à limiter l'application de telles mesures « notamment à l'égard de certains types de marchés, certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou d'opérateurs économiques ou à partir de certains montants ». Cette possibilité de limitation n'empêche pas que les critères utilisés doivent pouvoir se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination.

Invité à fournir des explications à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« En effet, il est important que les critères utilisés soient compatibles avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

Le projet prévoit, il est vrai, des mesures spécifiques aux marchés passés dans des secteurs sensibles à la fraude, ce qui n'est pas contradictoire avec les principes précités puisqu'il a déjà été établi que des mesures spécifiques étaient nécessaires pour ces secteurs qui sont, comme leur nom l'indique, beaucoup plus touchés par la fraude.

Les secteurs sensibles à la fraude n'ont pas été déterminés par la législation 'marchés publics' ; une telle détermination nécessitant une consultation étendue des secteurs ainsi que des partenaires sociaux.

Les décideurs politiques ont dès lors considéré comme des marchés dans un secteur sensible à la fraude, les marchés de travaux ainsi que marchés de services tombant dans le champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales. En ce qui concerne ce dernier aspect, il s'agit plus particulièrement des marchés passés dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection des salaires des travailleurs.

A noter que des dispositions spécifiques existent déjà en matière de gardiennage. En effet, il convient d'attirer l'attention sur le fait que la limitation de la chaîne de sous-traitance ne porte pas préjudice, en ce qui concerne les services de gardiennage, aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, § 3bis, de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, la sous-traitance de ce type de services de gardiennage n'est en principe pas autorisée, sauf sous une série de conditions strictes ».

Il est recommandé de compléter le rapport au Roi joint au projet par une justification du choix des critères utilisés au regard des principes d'égalité et de non-discrimination.

5.1. L'article 12/3, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 12 du projet) s'énonce comme suit :

« Il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été attribué. Il est également interdit pour un sous-traitant de conserver uniquement la coordination du marché ».

Cette disposition instaure une interdiction qui ne figure pas dans la réglementation actuelle. Elle ne peut pas non plus être directement mise en relation avec une obligation ou une possibilité prévue dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

L'article 12/3, § 1^{er}, en projet, cité soulève un certain nombre de questions (voir le point 5.2) qui ont été soumises au délégué et auxquelles celui-ci a répondu (voir le point 5.3).

5.2. S'il est admis que la lutte contre le dumping social constitue un objectif défendable, la question se pose néanmoins de savoir si la mesure en projet répond effectivement à l'exigence de proportionnalité et si elle est efficace (question a).

On peut également se demander si la disposition en projet et l'interdiction qu'elle contient dans le chef des sous-traitants est pleinement compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice concernant la directive 2004/18/CE (8-9) (question b).

L'interdiction contenue à l'article 12/3, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne se heurte-t-elle pas à l'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE qui énonce que les États membres peuvent adopter les mesures concernées « dans le respect du droit de l'Union » et à l'article 71, paragraphe 6, de la même directive, qui va plutôt dans le sens de la transparence et d'un certain nombre d'obligations spécifiques concernant notamment la responsabilité solidaire et le contrôle des critères d'exclusion, mais pas dans le sens d'une

Voor opdrachten in fraudegevoelige sectoren gelden bijkomende verplichtingen inzake het overmaken van gegevens van onderaannemers (ontworpen artikel 12/1; artikel 12 van het ontwerp) en de controle van uitsluitingsgronden in hoofde van onderaannemers (ontworpen artikel 12/2; artikel 12 van het ontwerp).

Artikel 71, lid 8, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 88, lid 8, van richtlijn 2014/25/EU laten de lidstaten toe om de toepassing van dergelijke maatregelen te beperken "tot bijvoorbeeld bepaalde soorten opdrachten, bepaalde categorieën aanbestedende instanties of ondernemers of bepaalde bedragen". Dergelijke mogelijkheid tot beperking neemt niet weg dat de gehanteerde criteria verenigbaar moeten zijn met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.

Hieromtrent om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

"En effet, il est important que les critères utilisés soient compatibles avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

Le projet prévoit, il est vrai, des mesures spécifiques aux marchés passés dans des secteurs sensibles à la fraude, ce qui n'est pas contradictoire avec les principes précités puisqu'il a déjà été établi que des mesures spécifiques étaient nécessaires pour ces secteurs qui sont, comme leur nom l'indique, beaucoup plus touchés par la fraude.

Les secteurs sensibles à la fraude n'ont pas été déterminés par la législation 'marchés publics' ; une telle détermination nécessitant une consultation étendue des secteurs ainsi que des partenaires sociaux.

Les décideurs politiques ont dès lors considéré comme des marchés dans un secteur sensible à la fraude, les marchés de travaux ainsi que marchés de services tombant dans le champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales. En ce qui concerne ce dernier aspect, il s'agit plus particulièrement des marchés passés dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection des salaires des travailleurs.

A noter que des dispositions spécifiques existent déjà en matière de gardiennage. En effet, il convient d'attirer l'attention sur le fait que la limitation de la chaîne de sous-traitance ne porte pas préjudice, en ce qui concerne les services de gardiennage, aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, § 3bis, de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, la sous-traitance de ce type de services de gardiennage n'est en principe pas autorisée, sauf sous une série de conditions strictes."

Het verdient aanbeveling om het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning in het licht van de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie aan te vullen met een verantwoording van de keuze voor de gehanteerde criteria.

5.1. Het ontworpen artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 12 van het ontwerp) luidt:

"Het is verboden voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen in onderaanneming te geven aan een andere onderaannemer. Het is eveneens verboden voor een onderaannemer om alleen de coördinatie van de opdracht te behouden."

Deze bepaling voert een verbod in dat in de huidige regelgeving niet voorkomt. Evenmin valt deze bepaling rechtstreeks te betrekken op een verplichting of een mogelijkheid in de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU.

Het aangehaalde ontworpen artikel 12/3, § 1, doet een aantal vragen (zie randnummer 5.2) rijzen die aan de gemachtigde werden voorgelegd en die door hem werden beantwoord (zie randnummer 5.3).

5.2. Indien wordt aangenomen dat de strijd tegen sociale dumping een verdedigbaar doel uitmaakt, rijst niettemin de vraag of de ontworpen maatregel wel beantwoordt aan het evenredigheidsvereiste en of hij efficiënt is (vraag a).

Ook kan men zich afvragen of de ontworpen bepaling en het erin vervatte verbod in hoofde van onderaannemers zonder meer spoort met de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot richtlijn 2004/18/EG (8-9) (vraag b).

Staat de verbodsbepaling van het ontworpen artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 niet op gespannen voet met het bepaalde in artikel 71, lid 8, van richtlijn 2014/24/EU, waarin wordt bepaald dat de lidstaten de betrokken maatregelen kunnen aannemen "met inachtneming van het Unierecht", en met artikel 71, lid 6, van dezelfde richtlijn, dat veeleer wijst in de richting van transparantie en een aantal specifieke verplichtingen op het vlak van onder meer de hoofdelijke aansprakelijkheid en de controle van de uitsluitingscriteria,

interdiction absolue? En d'autres termes, l'interdiction peut-elle encore être considérée comme une « mesure appropriée » à laquelle fait allusion le rapport au Roi (question c)?

Une interdiction absolue de la sous-traitance est-elle compatible avec le fait qu'il résulte tant de l'article 62, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE que de l'article 79, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE que des limitations de la possibilité de sous-traitance ne sont autorisées que dans des cas bien précis (question d)?

5.3. Le délégué a répondu aux questions mentionnées au point 5.2 en ces termes :

« Antwoord op de vragen a), b) en c):

Er wordt vooreerst aan herinnerd dat de betreffende bepaling werd ontwikkeld door de politieke werkgroep 'strijd tegen de sociale dumping', waarna vervolgens om het advies werd verzocht van de Commissie voor de overheidsopdrachten (hierna "COO"). Sommige leden van de COO hebben zich gekant tegen het in artikel 12/3, § 2, bedoelde verbod. De maatregel bleef echter behouden in het ontwerp. De betreffende leden geven in het advies van de COO aan het verbod strijdig zou zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Met name stellen zij dat het doel van de maatregel weliswaar verdedigbaar is, maar niet proportioneel. Niettemin voegen zij onmiddellijk toe dat het Hof zich nog nooit uitdrukkelijk over een dergelijke beperking van de onderaannemingsketen heeft uitgesproken.

Inderdaad moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft kunnen uitspreken over beperkingen van de onderaannemingsketen in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU (of artikel 88.6 van richtlijn 2014/25/EU). Het betreft immers een volledig nieuwe bepaling die stelt dat de lidstaten, ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, passende maatregelen kunnen treffen waaronder het invoeren van hoofdelijke aansprakelijkheidsmechanismen en het nazicht of de afwezigheid van uitsluitingsgronden. Deze bevinding van de Europese regelgever sluit aan op bevindingen in de praktijk, waarbij inderdaad werd vastgesteld dat praktijken inzake sociale dumping zich met name in de onderaannemingsketen voordoen.

De precieze draagwijdte van de in artikel 71.6 bedoelde preventieve maatregelen is in de richtlijn niet precies omlijnd. In dit verband is het niet onbelangrijk artikel 18.2 van richtlijn 2014/24/EU opnieuw onder de aandacht te brengen, waarin de naleving van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht tot algemeen beginsel bij het plaatsen van overheidsopdrachten wordt verheven. Inderdaad moet worden vastgesteld dat van de niet-naleving van deze verplichtingen vaak een mededingingsvertekenend effect zal uitgaan. Het nieuwe beginsel is een logisch voortvloeisel van verplichting om de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie Memorie van Toelichting bij de wet van 17 juni 2016, DOC 54 1541/001, p. 25). Mede om die reden moeten de lidstaten over enige ruimte beschikken om maatregelen uit te werken in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU.

Met de beoogde maatregel wordt een legitiem doel nagestreefd. Zoals hieronder aangegeven komt het ons eveneens voor dat aan de evenredigheidseis is voldaan.

Het verbod voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven, is immers allesbehalve streng en dus ook niet zo belemmerend. Het volstaat immers dat de onderaannemer zelf zorgt voor de uitvoering van een klein deel van de hem toegewezen opdracht (bvb 1 %), waarna hij de rest van deze opdracht verder in onderaanneming kan geven. De enige beperking in dit verband is het feit dat het eveneens verboden is voor een onderaannemer om alleen de coördinatie van de opdracht te behouden. Er werd geoordeeld dat van een dergelijk verbod toch een belangrijk gevolg zal hebben : de onderaannemer moet er zich van bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf zal moeten uitvoeren. Het opzetten van ellenlange cascades wordt aldus tegengegaan, ook in de sectoren die niet als fraudegevoelig zijn aangemerkt (voor de opdrachten voor werken en diensten in de fraudegevoelige sectoren werd de onderaannemingsketen op meer strikte wijze beperkt).

In de mate dat de maatregel minder belemmerend is, moet vlugger worden geoordeeld dat aan de proportionaliteitsvereiste is voldaan. De beperking gaat niet verder dan nodig.

De invoering van het nazicht op afwezigheid van uitsluitingsgronden van onderaannemers (al dan niet verplicht) en de maatregelen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid volstaan op zich namelijk niet als preventieve maatregelen, willen zij hun beoogde effect ressorteren. Een dergelijk nazicht doet immers de administratieve lasten voor de aanbestedende overheid in belangrijke mate toenemen. Als geen enkele bijkomende beperking op de onderaannemingsketen wordt ingevoerd blijven zeer lange onderaannemingsketens perfect mogelijk, hetgeen de

maar niet in de richting van een absoluut verbod? Kan m.a.w. de verbodsbepaling nog worden beschouwd als een "passende maatregel" waarop in het verslag aan de Koning wordt gealludeerd (vraag c)?

Is een absoluut verbod op onderaanneming verenigbaar met het gegeven dat uit zowel artikel 62, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU, als artikel 79, lid 3, van richtlijn 2014/25/EU volgt dat beperkingen van de mogelijkheid tot onderaanneming enkel in welbepaalde gevallen kunnen (vraag d)?

5.3. De gemachtigde beantwoordde de sub 5.2 vermelde vragen als volgt:

"Antwoord op de vragen a), b) en c):

Er wordt vooreerst aan herinnerd dat de betreffende bepaling werd ontwikkeld door de politieke werkgroep 'strijd tegen de sociale dumping', waarna vervolgens om het advies werd verzocht van de Commissie voor de overheidsopdrachten (hierna "COO"). Sommige leden van de COO hebben zich gekant tegen het in artikel 12/3, § 2, bedoelde verbod. De maatregel bleef echter behouden in het ontwerp. De betreffende leden geven in het advies van de COO aan het verbod strijdig zou zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Met name stellen zij dat het doel van de maatregel weliswaar verdedigbaar is, maar niet proportioneel. Niettemin voegen zij onmiddellijk toe dat het Hof zich nog nooit uitdrukkelijk over een dergelijke beperking van de onderaannemingsketen heeft uitgesproken.

Inderdaad moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft kunnen uitspreken over beperkingen van de onderaannemingsketen in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU (of artikel 88.6 van richtlijn 2014/25/EU). Het betreft immers een volledig nieuwe bepaling die stelt dat de lidstaten, ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, passende maatregelen kunnen treffen waaronder het invoeren van hoofdelijke aansprakelijkheidsmechanismen en het nazicht of de afwezigheid van uitsluitingsgronden. Deze bevinding van de Europese regelgever sluit aan op bevindingen in de praktijk, waarbij inderdaad werd vastgesteld dat praktijken inzake sociale dumping zich met name in de onderaannemingsketen voordoen.

De precieze draagwijdte van de in artikel 71.6 bedoelde preventieve maatregelen is in de richtlijn niet precies omlijnd. In dit verband is het niet onbelangrijk artikel 18.2 van richtlijn 2014/24/EU opnieuw onder de aandacht te brengen, waarin de naleving van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht tot algemeen beginsel bij het plaatsen van overheidsopdrachten wordt verheven. Inderdaad moet worden vastgesteld dat van de niet-naleving van deze verplichtingen vaak een mededingingsvertekenend effect zal uitgaan. Het nieuwe beginsel is een logisch voortvloeisel van verplichting om de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie Memorie van Toelichting bij de wet van 17 juni 2016, DOC 54 1541/001, p. 25). Mede om die reden moeten de lidstaten over enige ruimte beschikken om maatregelen uit te werken in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU.

Met de beoogde maatregel wordt een legitiem doel nagestreefd. Zoals hieronder aangegeven komt het ons eveneens voor dat aan de evenredigheidseis is voldaan.

Het verbod voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven, is immers allesbehalve streng en dus ook niet zo belemmerend. Het volstaat immers dat de onderaannemer zelf zorgt voor de uitvoering van een klein deel van de hem toegewezen opdracht (bvb 1 %), waarna hij de rest van deze opdracht verder in onderaanneming kan geven. De enige beperking in dit verband is het feit dat het eveneens verboden is voor een onderaannemer om alleen de coördinatie van de opdracht te behouden. Er werd geoordeeld dat van een dergelijk verbod toch een belangrijk gevolg zal hebben : de onderaannemer moet er zich van bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf zal moeten uitvoeren. Het opzetten van ellenlange cascades wordt aldus tegengegaan, ook in de sectoren die niet als fraudegevoelig zijn aangemerkt (voor de opdrachten voor werken en diensten in de fraudegevoelige sectoren werd de onderaannemingsketen op meer strikte wijze beperkt).

In de mate dat de maatregel minder belemmerend is, moet vlugger worden geoordeeld dat aan de proportionaliteitsvereiste is voldaan. De beperking gaat niet verder dan nodig.

De invoering van het nazicht op afwezigheid van uitsluitingsgronden van onderaannemers (al dan niet verplicht) en de maatregelen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid volstaan op zich namelijk niet als preventieve maatregelen, willen zij hun beoogde effect ressorteren. Een dergelijk nazicht doet immers de administratieve lasten voor de aanbestedende overheid in belangrijke mate toenemen. Als geen enkele bijkomende beperking op de onderaannemingsketen wordt ingevoerd blijven zeer lange onderaannemingsketens perfect mogelijk, hetgeen de

administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken, hetgeen finaal dan ook de effectiviteit van de maatregel zou ondergraven. Als de onderaannemingsketen te lang wordt, dan zal de aanbestedende overheid de facto pas kunnen tussenkomen wanneer reeds onregelmatigheden worden vastgesteld. Echter blijkt duidelijk uit artikel 71.6 dat het mogelijk moet zijn preventieve maatregelen te nemen (zie supra). Vandaar de nood aan bijkomende maatregelen.

Oordelen dat de regelgever naast de in artikel 71.6.a) en b), van richtlijn 2014/24/EU vooropgestelde mogelijke maatregelen, hoe dan ook geen andere maatregelen zou kunnen ontwikkelen, aangezien deze dan buitenproportioneel zouden zijn, strookt niet met de in artikel 86, tweede lid (en 156, § 2, eerste lid) van de wet bedoelde machtigingsbepalingen aan de Koning, waarbij deze laatste in beperkingen van de onderaannemingsketen kan voorzien. Dit zou evenmin stroken met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU zelf, waarbij is aangegeven dat de onder a) en b) opgegeven maatregelen slechts voorbeelden zijn (gelet op het woord “zoals”).

Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU bevat inderdaad een analoge bepaling als artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG en artikel 25, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG komt terug in artikel 71, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU. Echter moet ook rekening worden gehouden met de nieuwe artikelen 18.2, 71.1, 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU (zie supra).

Artikel 71.2 kan in het kader van de strijd tegen de sociale dumping bij onderaannemers geen decisieve rol spelen. Het betreft de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de inschrijver te verzoeken in zijn offerte aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het betreft een eventueel voornemen van de inschrijver. Als de regelgever zou bepalen dat de het verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven niet van toepassing is op mogelijke onderaannemers die reeds in het kader van de plaatsing werden doorgegeven door de inschrijver, dan zou de inschrijver het verbod helemaal kunnen uithollen. Het volstaat in dat geval om een ellenlange lijst op te geven van potentiële onderaannemers die vaak tussen komen in de keten, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken voor de aanbestedende overheid in het kader van zijn preventieve controle.

Uit het Wroclaw-arrest C-406/14 van het Hof van Justitie volgt dat de richtlijn 2004/18/EG eraan in de weg staat dat een aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten de opdrachtnemer ertoe verplicht een in abstracto bepaald deel van de opdracht met eigen middelen uit te voeren. Hoewel er aantal belangrijke verschilpunten vallen te signaleren tussen het in artikel 12/3, § 1, bedoelde verbod en het arrest C-406/14 (in arrest C-406/14 wordt uit de aard der zaak nog niet verwezen naar het nieuwe artikel 71.6 richtlijn 2014/24/EU; in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp betreft het geen verplichting om een in abstracto bepaald deel, bijvoorbeeld 20 %, zelf uit te voeren, maar een verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven), werd het toch raadzaam geacht het verbod niet te veralgemenen naar de opdrachtnemer toe.

De opdrachtnemer (op het moment van de plaatsing nog inschrijver) bevindt zich immers in een heel andere positie dan een onderaannemer. Een inschrijver weet uit de aard der zaak niet of hij een opdracht zal toegewezen krijgen. Vaak zal dit niet het geval zijn. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat een inschrijver geneigd zou kunnen zijn om deel te nemen aan minder overheidsopdrachten tegelijkertijd. In de hypothese dat hij toch alle opdrachten waaraan hij deelnam krijgt toegewezen, kan hij immers moeilijkheden ondervinden om deze gelijktijdig uit te voeren, wetende dat hij als opdrachtnemer niet de totaliteit in onderaanneming zal mogen geven. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, kan hiervan een aanzienlijke mededingingsbelemmerende werking uitgaan. De situatie is anders voor de onderaannemer. Doorgaans zal de onderaannemingsketen, in het geval geen beroep wordt gedaan op de draagkracht van een onderaannemer, pas concreet vorm krijgen zodra de kennisgeving van de gunningsbeslissing is verstuurd. De aanbestedende overheid kan de inschrijvers verzoeken de onderaannemers aan te duiden, maar deze aanduiding is indicatief (gelet op de woorden ‘eventueel voornemens’).

In overweging 32 van de richtlijn 2004/18/EG werd verklaard dat de mogelijkheid van onderaanneming kleine en middelgrote ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dankzij onderaanneming kunnen dergelijke ondernemingen deelnemen aan plaatsingsprocedures en maken zij kans op de gunning ongeacht de omvang van opdracht. Onderaanneming draagt er aldus inderdaad toe bij dat de doelstellingen van de richtlijnen overheidsopdrachten worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten

administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken, hetgeen finaal dan ook de effectiviteit van de maatregel zou ondergraven. Als de onderaannemingsketen te lang wordt, dan zal de aanbestedende overheid de facto pas kunnen tussenkomen wanneer reeds onregelmatigheden worden vastgesteld. Echter blijkt duidelijk uit artikel 71.6 dat het mogelijk moet zijn preventieve maatregelen te nemen (zie supra). Vandaar de nood aan bijkomende maatregelen.

Oordelen dat de regelgever naast de in artikel 71.6.a) en b), van richtlijn 2014/24/EU vooropgestelde mogelijke maatregelen, hoe dan ook geen andere maatregelen zou kunnen ontwikkelen, aangezien deze dan buitenproportioneel zouden zijn, strookt niet met de in artikel 86, tweede lid (en 156, § 2, eerste lid) van de wet bedoelde machtigingsbepalingen aan de Koning, waarbij deze laatste in beperkingen van de onderaannemingsketen kan voorzien. Dit zou evenmin stroken met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU zelf, waarbij is aangegeven dat de onder a) en b) opgegeven maatregelen slechts voorbeelden zijn (gelet op het woord “zoals”).

Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU bevat inderdaad een analoge bepaling als artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG en artikel 25, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG komt terug in artikel 71, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU. Echter moet ook rekening worden gehouden met de nieuwe artikelen 18.2, 71.1, 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU (zie supra).

Artikel 71.2 kan in het kader van de strijd tegen de sociale dumping bij onderaannemers geen decisieve rol spelen. Het betreft de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de inschrijver te verzoeken in zijn offerte aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het betreft een eventueel voornemen van de inschrijver. Als de regelgever zou bepalen dat de het verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven niet van toepassing is op mogelijke onderaannemers die reeds in het kader van de plaatsing werden doorgegeven door de inschrijver, dan zou de inschrijver het verbod helemaal kunnen uithollen. Het volstaat in dat geval om een ellenlange lijst op te geven van potentiële onderaannemers die vaak tussen komen in de keten, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken voor de aanbestedende overheid in het kader van zijn preventieve controle.

Uit het Wroclaw-arrest C-406/14 van het Hof van Justitie volgt dat de richtlijn 2004/18/EG eraan in de weg staat dat een aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten de opdrachtnemer ertoe verplicht een in abstracto bepaald deel van de opdracht met eigen middelen uit te voeren. Hoewel er aantal belangrijke verschilpunten vallen te signaleren tussen het in artikel 12/3, § 1, bedoelde verbod en het arrest C-406/14 (in arrest C-406/14 wordt uit de aard der zaak nog niet verwezen naar het nieuwe artikel 71.6 richtlijn 2014/24/EU; in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp betreft het geen verplichting om een in abstracto bepaald deel, bijvoorbeeld 20 %, zelf uit te voeren, maar een verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven), werd het toch raadzaam geacht het verbod niet te veralgemenen naar de opdrachtnemer toe.

De opdrachtnemer (op het moment van de plaatsing nog inschrijver) bevindt zich immers in een heel andere positie dan een onderaannemer. Een inschrijver weet uit de aard der zaak niet of hij een opdracht zal toegewezen krijgen. Vaak zal dit niet het geval zijn. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat een inschrijver geneigd zou kunnen zijn om deel te nemen aan minder overheidsopdrachten tegelijkertijd. In de hypothese dat hij toch alle opdrachten waaraan hij deelnam krijgt toegewezen, kan hij immers moeilijkheden ondervinden om deze gelijktijdig uit te voeren, wetende dat hij als opdrachtnemer niet de totaliteit in onderaanneming zal mogen geven. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, kan hiervan een aanzienlijke mededingingsbelemmerende werking uitgaan. De situatie is anders voor de onderaannemer. Doorgaans zal de onderaannemingsketen, in het geval geen beroep wordt gedaan op de draagkracht van een onderaannemer, pas concreet vorm krijgen zodra de kennisgeving van de gunningsbeslissing is verstuurd. De aanbestedende overheid kan de inschrijvers verzoeken de onderaannemers aan te duiden, maar deze aanduiding is indicatief (gelet op de woorden ‘eventueel voornemens’).

In overweging 32 van de richtlijn 2004/18/EG werd verklaard dat de mogelijkheid van onderaanneming kleine en middelgrote ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dankzij onderaanneming kunnen dergelijke ondernemingen deelnemen aan plaatsingsprocedures en maken zij kans op de gunning ongeacht de omvang van opdracht. Onderaanneming draagt er aldus inderdaad toe bij dat de doelstellingen van de richtlijnen overheidsopdrachten worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten

voor overheidsopdrachten te vergroten (conclusies van de advocaat-generaal Sharpston in de Zaak C-406/14, punt 30). Anders gesteld : het feit dat inschrijvers-KMO's weten dat zij, in geval zij de opdracht krijgen toegewezen, één of meerdere onderaannemers kunnen aanstellen, moedigt hen aan om ondanks de omvang van de opdracht die voor hen eerder groot kan zijn, toch een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen. Het komt ons voor dat het beginsel dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gehuldigd (waarbij weliswaar nog geen rekening kon worden gehouden met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU) waarbij het beroep op onderaanneming algemeen mogelijk wordt geacht zonder dat daarop, in beginsel, beperkingen mogen worden ingevoerd, in dit licht moet begrepen worden (arrest C 406/14, overweging 32 en verder). Aangezien het verbod van artikel 12/3, § 1, niet van toepassing is op de opdrachtnemer, en dus ook de deelname van inschrijvers of kandidaten aan de plaatsingsprocedure niet kan ontmoedigen, kwam het ons voor dat dit verbod niet problematisch was, noch het licht van het arrest C-406/14, noch in het licht van artikel 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU.

[Antwoord op vraag d)]

De mogelijkheid tot beperking van de onderaannemingsketen zoals die blijkt artikel 62.2 richtlijn 2014/24/EU heeft een andere finaliteit dan het in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp vervatte verbod. In het ene geval betreft het uitzonderlijke kritieke taken die precies door hun kritieke aard beter rechtstreeks door de inschrijver worden verricht. In het andere geval betreft het een verbod ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Gelet op dit gegeven komt het ons voor dat uit de in artikel 62.2 bedoelde mogelijkheid niet a contrario mag worden afgeleid dat elk verbod op onderaanneming in een ander geval niet mogelijk zou zijn.

Het komt ons eerder voor dat uit de voormelde bepaling volgt dat de Europese regelgever in sommige gevallen blijkbaar verregaande beperkingen op onderaanneming met het Europees verdrag gerechtvaardigd acht ».

5.4. Compte tenu de ce qui précède, il est recommandé de situer plus clairement dans le rapport au Roi l'interdiction contenue à l'article 12/3, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 par rapport aux dispositions de la directive correspondantes et d'indiquer par ailleurs pourquoi la disposition en projet peut être réputée faire suffisamment droit à l'exigence de proportionnalité.

6. L'article 12/3, § 2, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 12 du projet) limite également la possibilité de sous-traitance.

Pour cette limitation de la sous-traitance, un fondement juridique exprès ne peut non plus être trouvé dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. L'article 71, paragraphe 5, cinquième alinéa, b), de la directive 2014/24/UE dispose que les obligations en matière de transmission de données de sous-traitants peuvent être étendues aux « sous-traitants des sous-traitants du contractant principal ou se trouvant à des échelons inférieurs de la chaîne de sous-traitance » (10).

La question se pose dès lors de savoir si les mêmes questions que celles posées dans le présent avis à propos de l'article 12/3, § 1^{er}, en projet, ne peuvent pas être soulevées mutatis mutandis à l'égard de l'article 12/3, § 2, en projet.

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

« De antwoorden voor [de voorgaande vraag], a), c) en d) zijn naar analogie ook van toepassing voor het beantwoorden van [deze vraag]. Vandaar dat dan ook wordt verwezen naar het antwoord op vraag 3 en hieronder slechts de specifieke aspecten eigen aan artikel 12/3, § 2, behandeld worden.

Op vraag van sommige leden van de Commissie voor de overheidsopdrachten werd de maatregel, die initieel alleen voorzien was wat de opdrachten voor werken betreft, uitgebreid naar de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren.

De aldus uitgewerkte beperking van de onderaannemingsketen geldt alleen voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren (...). Zelfs in zijn meest strenge vorm gaat de beperking (nog onafgezien van onderstaande doorbrekingsmogelijkheid) niet verder dan het tweede niveau. De opdrachtnemer kan de totaliteit van de opdracht in onderaanneming geven en de onderaannemer van het eerste niveau kan nogmaals in onderaanneming geven maar moet ook een deel van de hem toegewezen opdracht zelf uitvoeren (zie artikel 12/3, § 1).

Als het een opdracht voor werken betreft die volgens zijn aard in een categorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991, dan komt daar nog de mogelijkheid tot een derde niveau bij.

voor overheidsopdrachten te vergroten (conclusies van de advocaat-generaal Sharpston in de Zaak C-406/14, punt 30). Anders gesteld : het feit dat inschrijvers-KMO's weten dat zij, in geval zij de opdracht krijgen toegewezen, één of meerdere onderaannemers kunnen aanstellen, moedigt hen aan om ondanks de omvang van de opdracht die voor hen eerder groot kan zijn, toch een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen. Het komt ons voor dat het beginsel dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gehuldigd (waarbij weliswaar nog geen rekening kon worden gehouden met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU) waarbij het beroep op onderaanneming algemeen mogelijk wordt geacht zonder dat daarop, in beginsel, beperkingen mogen worden ingevoerd, in dit licht moet begrepen worden (arrest C 406/14, overweging 32 en verder). Aangezien het verbod van artikel 12/3, § 1, niet van toepassing is op de opdrachtnemer, en dus ook de deelname van inschrijvers of kandidaten aan de plaatsingsprocedure niet kan ontmoedigen, kwam het ons voor dat dit verbod niet problematisch was, noch het licht van het arrest C-406/14, noch in het licht van artikel 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU.

[Antwoord op vraag d)]

De mogelijkheid tot beperking van de onderaannemingsketen zoals die blijkt artikel 62.2 richtlijn 2014/24/EU heeft een andere finaliteit dan het in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp vervatte verbod. In het ene geval betreft het uitzonderlijke kritieke taken die precies door hun kritieke aard beter rechtstreeks door de inschrijver worden verricht. In het andere geval betreft het een verbod ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Gelet op dit gegeven komt het ons voor dat uit de in artikel 62.2 bedoelde mogelijkheid niet a contrario mag worden afgeleid dat elk verbod op onderaanneming in een ander geval niet mogelijk zou zijn.

Het komt ons eerder voor dat uit de voormelde bepaling volgt dat de Europese regelgever in sommige gevallen blijkbaar verregaande beperkingen op onderaanneming met het Europees verdrag gerechtvaardigd acht.”

5.4. Gelet op hetgeen voorafgaat, verdient het aanbeveling om in het verslag aan de Koning de verbodsbepaling van het ontworpen artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 duidelijker te situeren ten opzichte van de overeenkomstige richtlijnbeperkingen en om erin tevens aan te geven waarom de ontworpen bepaling kan worden geacht voldoende recht te doen aan het evenredigheidsvereiste.

6. Het ontworpen artikel 12/3, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 12 van het ontwerp) houdt eveneens een beperking in van de mogelijkheid tot onderaanneming.

Ook voor deze beperking inzake onderaanneming kan geen uitdrukkelijke grondslag in de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU worden gevonden. Artikel 71, lid 5, vijfde alinea, b), van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat de verplichtingen inzake het overmaken van gegevens van onderaannemers kan worden uitgebreid tot “onderaannemers van de onderaannemers van de hoofdaannemer of verderop in de keten van onderaannemers”(10).

De vraag rijst derhalve of ten aanzien van het ontworpen artikel 12/3, § 2, niet mutatis mutandis de vragen kunnen worden opgeworpen als die welke in dit advies met betrekking tot het ontworpen artikel 12/3, § 1, zijn gesteld.

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“De antwoorden voor [de voorgaande vraag], a), c) en d) zijn naar analogie ook van toepassing voor het beantwoorden van [deze vraag]. Vandaar dat dan ook wordt verwezen naar het antwoord op vraag 3 en hieronder slechts de specifieke aspecten eigen aan artikel 12/3, § 2, behandeld worden.

Op vraag van sommige leden van de Commissie voor de overheidsopdrachten werd de maatregel, die initieel alleen voorzien was wat de opdrachten voor werken betreft, uitgebreid naar de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren.

De aldus uitgewerkte beperking van de onderaannemingsketen geldt alleen voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren (...). Zelfs in zijn meest strenge vorm gaat de beperking (nog onafgezien van onderstaande doorbrekingsmogelijkheid) niet verder dan het tweede niveau. De opdrachtnemer kan de totaliteit van de opdracht in onderaanneming geven en de onderaannemer van het eerste niveau kan nogmaals in onderaanneming geven maar moet ook een deel van de hem toegewezen opdracht zelf uitvoeren (zie artikel 12/3, § 1).

Als het een opdracht voor werken betreft die volgens zijn aard in een categorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991, dan komt daar nog de mogelijkheid tot een derde niveau bij.

Wat de proportionaliteit van de maatregel betreft moet er ook op worden gewezen dat de beperking tot twee dan wel drie niveaus kan worden doorbroken. Meer bepaald dat een bijkomend niveau van onderaanneming mogelijk werd gemaakt mits voorafgaand schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid, of zelfs zonder akkoord van deze laatste, wegens onvoorzienbare omstandigheden. In het laatste lid worden ook in een aantal uitzonderingen voorzien.

Sommige leden van de COO hebben zich in de loop van de bespreking de vraag gesteld of het niet meer aangewezen zou zijn, in het kader van de verenigbaarheid met de Europese Verdragen, de toepassing van de beperking van de onderaannemingsketen afhankelijk te maken van een bepaling in die zin in de opdrachtdocumenten (dus een mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om een dergelijke beperking in te voeren in plaats van een verplichting). Zij waren van mening dat de aanbestedende overheid de hier bedoelde beperking van de onderaannemingsketen aldus meer zou kunnen afstemmen op de eigenheden van elke opdracht (daaraan zou kunnen worden toegevoegd : en zijn eigen verificatiemogelijkheden). Ook op politiek niveau waren de meningen op dit punt initieel verdeeld ».

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

« Gezien de vele vragen vanwege de Raad van State zullen wellicht op dit punt nog inhoudelijke besprekingen moeten gevoerd worden, op basis van het advies van de Raad van State ».

7. L'article 12/4, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 12 du projet) prévoit la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les « sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent, satisfont aux exigences minimales en matière de capacité financière et économique et de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché, sans préjudice de la responsabilité de l'adjudicataire à l'égard de l'adjudicateur, visée à l'article 12, § 1^{er} ».

L'article 71, paragraphe 6, b), de la directive 2014/24/UE prévoit la possibilité pour les adjudicateurs de « [vérifier], conformément aux articles 59, 60 et 61, (...) s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu de l'article 57 ». Par conséquent, cette possibilité concerne les motifs d'exclusion, mais pas les critères de sélection visés à l'article 58 (11). L'article 88, paragraphe 6, b), de la directive 2014/25/UE contient un régime analogue à celui prévu à l'article 71, paragraphe 6, b), de la directive 2014/24/UE.

Par conséquent, le législateur européen semble vouloir répercuter les critères d'exclusion et non pas les critères de sélection à travers la chaîne. Les deux critères ont donc chacun une finalité propre. En outre, l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE prévoit la possibilité « en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4 », d'avoir recours aux capacités d'autres entités. Dans ce cas, l'opérateur économique doit démontrer qu'il pourra disposer des moyens nécessaires, par exemple en produisant un engagement en ce sens de la part de ces autres entités. L'article 79, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE contient une disposition analogue. Pareil régime n'est de toute évidence pas envisageable pour des critères d'exclusion : un soumissionnaire ne peut par exemple pas alléguer qu'il a certes fait l'objet d'une condamnation pour participation à une organisation criminelle (article 57, paragraphe 1, a), de la directive 2014/24/UE), mais qu'un sous-traitant, qui s'est engagé à exécuter également le marché, a encore bel et bien un casier judiciaire vierge.

Bien que le caractère facultatif dans le chef de l'adjudicateur et la limitation à la partie que le sous-traitant concerné exécutera (« proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent ») peuvent quelque peu tempérer l'article 12/4, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, la question subsiste de savoir si cela suffit pour que cette disposition soit compatible avec les directives concernées. En effet, le fait que l'article 12, alinéa 2, 1^o, actuellement en vigueur, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 comporte un régime similaire ne rend pas non plus cette question moins pertinente : les dispositions en matière de sous-traitance contenues dans les directives 2004/17/CE en 2004/18/CE étaient en effet extrêmement limitées et laissaient aux États membres une marge de manoeuvre plus étendue.

8. Les dispositions en projet s'appliquent en principe également aux marchés qui entrent dans le champ d'application du titre 2 de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'.

Wat de proportionaliteit van de maatregel betreft moet er ook op worden gewezen dat de beperking tot twee dan wel drie niveaus kan worden doorbroken. Meer bepaald dat een bijkomend niveau van onderaanneming mogelijk werd gemaakt mits voorafgaand schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid, of zelfs zonder akkoord van deze laatste, wegens onvoorzienbare omstandigheden. In het laatste lid worden ook in een aantal uitzonderingen voorzien.

Sommige leden van de COO hebben zich in de loop van de bespreking de vraag gesteld of het niet meer aangewezen zou zijn, in het kader van de verenigbaarheid met de Europese Verdragen, de toepassing van de beperking van de onderaannemingsketen afhankelijk te maken van een bepaling in die zin in de opdrachtdocumenten (dus een mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om een dergelijke beperking in te voeren in plaats van een verplichting). Zij waren van mening dat de aanbestedende overheid de hier bedoelde beperking van de onderaannemingsketen aldus meer zou kunnen afstemmen op de eigenheden van elke opdracht (daaraan zou kunnen worden toegevoegd : en zijn eigen verificatiemogelijkheden). Ook op politiek niveau waren de meningen op dit punt initieel verdeeld ».

De gemachtigde voegde daar aan toe:

“Gezien de vele vragen vanwege de Raad van State zullen wellicht op dit punt nog inhoudelijke besprekingen moeten gevoerd worden, op basis van het advies van de Raad van State.”

7. Het ontworpen artikel 12/4 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 12 van het ontwerp) voorziet voor de aanbesteder in de mogelijkheid om te eisen dat de “onderaannemers, op welke plaats in de onderaannemingsketen zij ook optreden en in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren, voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd. Dit doet geen afbreuk aan de in artikel 12, § 1, bedoelde aansprakelijkheid van de opdrachtnemer ten aanzien van de aanbesteder”.

Artikel 71, lid 6, b), van richtlijn 2014/24/EU voorziet in de mogelijkheid voor aanbesteders om “conform de artikelen 59, 60 en 61, [te] controleren (...) of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers in de zin van artikel 57 voorhanden zijn”. Deze mogelijkheid betreft bijgevolg de uitsluitingsgronden, maar niet de in artikel 58 bedoelde selectiecriteria. (11) Artikel 88, lid 6, b), van richtlijn 2014/25/EU bevat een gelijkaardige regeling als die in artikel 71, lid 6, b), van richtlijn 2014/24/EU.

Het lijkt bijgevolg de wil van de Europese regelgever te zijn om de uitsluitingscriteria wél en de selectiecriteria niet te laten doorwerken doorheen de keten. Beide criteria hebben dan ook elk een eigen finaliteit. Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU voorziet bovendien in de mogelijkheid om “[m]et betrekking tot de in artikel 58, lid 3, bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid” beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten. In dat geval dient de ondernemer aan te tonen dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door middel van het overleggen van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. Artikel 79, lid 1, van richtlijn 2014/25/EU bevat een gelijkaardige bepaling. Dergelijke regeling is uiteraard niet mogelijk voor uitsluitingscriteria: een inschrijver kan bijvoorbeeld niet opwerpen dat hij weliswaar is veroordeeld voor deelneming aan een criminele organisatie (artikel 57, lid 1, a), van richtlijn 2014/24/EU), maar dat een onderaannemer, die zich ertoe heeft verbonden de opdracht mee uit te voeren, nog wel een blanco strafblad heeft.

Hoewel het facultatieve karakter in hoofdte van de aanbesteder en de beperking tot het gedeelte dat de betrokken onderaannemer zal uitvoeren (“in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren”) de strengheid van het ontworpen artikel 12/4 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 enigszins kan milderen, blijft het de vraag of dit volstaat opdat deze bepaling verenigbaar zou zijn met de betrokken richtlijnen. Ook het gegeven dat het actueel geldende artikel 12, tweede lid, 1^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 een gelijkaardige regeling bevat, maakt die vraag immers niet minder relevant: de bepalingen inzake onderaanneming in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG waren immers uiterst beperkt en lieten aan de lidstaten een ruimere invullingsruimte.

8. De ontworpen bepalingen zijn in beginsel ook van toepassing op opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van titel 2 van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

Une partie des dispositions en projet transposent des éléments des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Les ‘marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité’ font toutefois l’objet de la directive spécifique 2009/81/CE (12). Cette directive ne contient par exemple pas d’équivalent pour les articles 72 de la directive 2014/24/UE et 89 de la directive 2014/25/UE relatifs aux modifications de marchés en cours. Les dispositions du projet qui transposent ces articles s’appliquent toutefois sans restriction aux ‘marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité’.

Partant de la problématique précitée relative à la modification des marchés (13), le délégué a été invité à apporter des éclaircissements en ce qui concerne l’articulation du régime en projet avec les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. Il a répondu en ces termes :

« Het is wel degelijk de bedoeling dat de betreffende bepalingen omtrent wijzigingen aan de opdracht ook van toepassing worden gemaakt op de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied. In de richtlijn 2009/81/EG ‘defensie en veiligheid’ zijn immers geen regels vervat inzake wijzigingen aan de opdracht, zodat de lidstaten, binnen de perken van de Europese Verdragen, in dat verband over een beleidsmarge beschikken. We zien geen objectieve redenen om andere regels in te voeren dan de algemene geldende regels inzake wijzigingen aan de opdracht. In artikel 35, lid 1, van de wet defensie en veiligheid kan rechtsgrond worden gevonden voor de betreffende bepalingen. Deze verwijzing zal toegevoegd moeten worden aan de rechtsgrond.

Op het vlak van de publicatievoorschriften omtrent wijzigingen (art. 38/19) dringt zich voor de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied wel een wijziging op: op Europees niveau zal een dergelijke wijziging niet gepubliceerd kunnen worden. Dit betekent dat er alleen op Belgisch niveau een publicatie mogelijk zal zijn. Dit zal moeten verduidelijkt worden. Daarnaast wordt in artikel 38/7 alleen verwezen naar de wet van 17 juni 2016, daar waar ook verwezen moet worden naar de wet defensie en veiligheid (art. 7) ».

Le point de vue du délégué, selon lequel l’absence de dispositions particulières relatives aux modifications du marché dans la directive 2009/81/CE n’empêche pas d’appliquer également aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité les dispositions y afférentes qui visent à transposer dans le droit interne les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, peut être accueilli et, le cas échéant, pourrait même s’appliquer à d’autres aspects encore du régime en projet (comme par exemple en matière de sous-traitance). Toutefois, il reste indiqué de préciser ce qui précède de manière plus explicite dans le rapport au Roi.

Par ailleurs, on peut également se rallier à la suggestion du délégué de compléter les articles 38/7 et 38/19, en projet, de l’arrêté royal du 14 janvier 2013.

9. Conformément aux articles 71, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE et 88, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE, les États membres peuvent « prévoir que, à la demande du sous-traitant et si la nature du marché le permet, le pouvoir adjudicateur [l’entité adjudicatrice] effectue directement au sous-traitant les paiements dus pour les services, fournitures ou travaux qu’il a fournis à l’opérateur économique auquel le marché public a été attribué (le contractant principal). Ces mesures peuvent comprendre des mécanismes appropriés permettant au contractant principal de s’opposer à des paiements indus. Les dispositions relatives à ce mode de paiement sont exposées dans les documents de marché ».

Les articles 72, paragraphe 1, premier alinéa, *d*), *iii*), de la directive 2014/24/UE et 89, paragraphe 1, premier alinéa, *d*), *iii*), de la directive 2014/25/UE permettent qu’un marché soit modifié sans nouvelle procédure de passation de marché « lorsqu’un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur [l’entité adjudicatrice] a initialement attribué le marché, (...) dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même [l’entité adjudicatrice elle-même] assume les obligations du contractant principal à l’égard de ses sous-traitants lorsque cette possibilité est prévue en vertu de la législation nationale conformément à l’article 71 [l’article 88] ».

Ces dispositions ne paraissent pas avoir été transposées dans la loi du 17 juin 2016, ni dans le projet soumis pour avis. On n’aperçoit pas clairement comment cette constatation s’articule avec le fait qu’en droit belge, l’article 1798 du Code civil (14) permet l’action directe du sous-traitant. Corrélativement, la question se pose de savoir si, dans l’hypothèse où l’on considérerait qu’un paiement effectué en vertu de l’article 1798 du Code civil concerne un paiement au sens de l’article 71, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE et de l’article 88, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE, il ne serait pas préférable de compléter le projet soumis pour avis par des dispositions de transposition supplémentaires sur ce point.

Een deel van de ontworpen bepalingen vormt de omzetting van onderdelen van de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU. De zogenaamde ‘opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied’ maken evenwel het voorwerp uit van de specifieke richtlijn 2009/81/EG. (12) Deze richtlijn bevat bijvoorbeeld geen tegenhanger van artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 89 van richtlijn 2014/25/EU inzake de wijzigingen aan opdrachten gedurende de looptijd. De bepalingen van het ontwerp die deze artikelen omzetten zijn echter onverkort van toepassing op de ‘opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied’.

Vertrekkend van de voornoemde problematiek inzake de wijziging aan opdrachten (13) werd aan de gemachtigde nadere verduidelijking gevraagd in verband met de verhouding van de ontworpen regeling tot de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied. Hij antwoordde:

“Het is wel degelijk de bedoeling dat de betreffende bepalingen omtrent wijzigingen aan de opdracht ook van toepassing worden gemaakt op de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied. In de richtlijn 2009/81/EG ‘defensie en veiligheid’ zijn immers geen regels vervat inzake wijzigingen aan de opdracht, zodat de lidstaten, binnen de perken van de Europese Verdragen, in dat verband over een beleidsmarge beschikken. We zien geen objectieve redenen om andere regels in te voeren dan de algemene geldende regels inzake wijzigingen aan de opdracht. In artikel 35, lid 1, van de wet defensie en veiligheid kan rechtsgrond worden gevonden voor de betreffende bepalingen. Deze verwijzing zal toegevoegd moeten worden aan de rechtsgrond.

Op het vlak van de publicatievoorschriften omtrent wijzigingen (art. 38/19) dringt zich voor de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied wel een wijziging op: op Europees niveau zal een dergelijke wijziging niet gepubliceerd kunnen worden. Dit betekent dat er alleen op Belgisch niveau een publicatie mogelijk zal zijn. Dit zal moeten verduidelijkt worden. Daarnaast wordt in artikel 38/7 alleen verwezen naar de wet van 17 juni 2016, daar waar ook verwezen moet worden naar de wet defensie en veiligheid (art. 7).”

Het standpunt van de gemachtigde volgens hetwelk het ontbreken van bijzondere bepalingen inzake wijzigingen aan de opdracht in richtlijn 2009/81/EG geen beletsel vormt om de desbetreffende bepalingen die strekken tot het omzetten in het interne recht van richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU ook op de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied toe te passen, kan worden bijgetreden, en zou in voorkomend geval zelfs kunnen opgaan voor nog andere aspecten van de ontworpen regeling (zoals bijvoorbeeld inzake onderaanneming). Het blijft evenwel raadzaam om een en ander op een meer expliciete wijze toe te lichten in het verslag aan de Koning.

Voorts kunnen ook de door de gemachtigde gesuggereerde aanvullingen van de ontworpen artikelen 38/7 en 38/19 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 worden bijgetreden.

9. Overeenkomstig artikel 71, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 88, lid 3, van richtlijn 2014/25/EU kunnen lidstaten “bepalen dat de aanbestedende dienst [instantie] verschuldigde betalingen op verzoek van de onderaannemer en wanneer de aard van de opdracht dit mogelijk maakt, rechtstreeks aan de onderaannemer overmaakt voor werken, leveringen of diensten aan de ondernemer aan wie de opdracht is gegund (de hoofdaannemer). Dergelijke maatregelen kunnen onder meer bestaan in passende mechanismen waardoor de hoofdaannemer zich kan verzetten tegen onverschuldigde betalingen. Regelingen betreffende deze wijze van betaling worden in de aanbestedingsdocumenten omschreven”.

Artikel 72, lid 1, eerste alinea, *d*), *iii*), van richtlijn 2014/24/EU en artikel 89, lid 1, eerste alinea, *d*), *iii*), van richtlijn 2014/25/EU laten de wijziging aan een opdracht toe zonder dat een nieuwe plaatsingsprocedure moet worden gevoerd “wanneer een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund, vervangt ten gevolge van (...) het feit dat de aanbestedende dienst [instantie] zelf de verplichtingen van de hoofdaannemer ten aanzien van zijn onderaannemers opneemt, indien overeenkomstig artikel 71 [artikel 88] [in nationale wetgeving] in deze mogelijkheid is voorzien”.

Deze bepalingen lijken niet te zijn omgezet in de wet van 17 juni 2016, noch in het om advies voorgelegde ontwerp. Het is niet duidelijk op welke wijze deze vaststelling zich verhoudt tot het gegeven dat in het Belgische recht de rechtstreekse vordering van de onderaannemer mogelijk is op grond van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek. (14) In samenhang hiermee rijst de vraag of, indien zou worden geoordeeld dat een betaling op grond van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek een betaling betreft zoals bedoeld in artikel 71, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 88, lid 3, van richtlijn 2014/25/EU, het om advies voorgelegde ontwerp niet het best wordt aangevuld met bijkomende omzettingbepalingen op dat vlak.

10. Le délégué a également communiqué ce qui suit :

« We hebben ondertussen vastgesteld dat in de artikelen 8 en 145 van het KB van 14 januari 2013 nog verwijzingen zijn terug te vinden naar het KB plaatsing van 2011 enerzijds en de wet van 2006 anderzijds. Deze verwijzingen zouden moeten aangepast worden (geactualiseerd). We hielden eraan u hiervan op de hoogte te stellen ».

Cette modification peut être accueillie.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

11. Compte tenu des observations formulées dans le présent avis à propos du fondement juridique, on supprimera l'alinéa du préambule qui vise l'article 108 de la Constitution. L'alinéa du préambule qui fait référence à l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 13 août 2011 doit également mentionner les articles 8, alinéa 2, et 37, § 2, de cette loi. Dans l'alinéa du préambule qui fait référence aux dispositions de la loi du 17 juin 2016, la mention de l'article 7, alinéa 2, de cette loi peut être omise. En lieu et place, on peut encore viser l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

12. Au début du texte néerlandais du septième alinéa du préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis, il faut évidemment écrire « Gelet op de adviezen van ... ». Au dixième alinéa du préambule, on écrira « Vu l'avis 61.030/1 du Conseil d'État, donné le 23 mars 2017, en application de ... ».

Article 2

13. L'article 2, alinéa 1^{er}, du projet, prévoit de remplacer dans l'ensemble de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 les mots « pouvoir adjudicateur » par le mot « adjudicateur », afin de mettre la terminologie en concordance avec celle utilisée dans la loi du 17 juin 2016. Comme l'indique également le rapport au Roi accompagnant le projet, la notion d'« adjudicateur » est définie à l'article 2, 5^o, de la loi du 17 juin 2016 et comprend tant les pouvoirs adjudicateurs que les entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs.

L'arrêté royal du 14 janvier 2013 fixe par ailleurs les règles d'exécution des marchés qui entrent dans le champ d'application du titre 2 de la loi du 13 août 2011. Le titre 2 de cette loi n'utilise pas la notion d'« adjudicateur », mais bien chaque fois les mots « pouvoir adjudicateur » (le titre 3 concerne les entités adjudicatrices). Il en va de même des modifications que la loi du 17 juin 2016 apporte aux dispositions du titre 2 de la loi du 13 août 2011.

Dès lors que la notion d'« adjudicateur » n'est pas définie dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013, elle doit être réputée avoir la même signification que celle qu'elle a dans la norme supérieure que l'arrêté met en œuvre. En l'espèce, si cela ne soulève aucun problème au regard de la loi du 17 juin 2016, il s'agit toutefois d'une source d'insécurité juridique au regard de la loi du 13 août 2011. Il est conseillé d'adapter le projet afin d'éclaircir ce point.

Article 6

14. Dans le prolongement de sa réponse reproduite au point 3.4, le délégué a encore relevé ce qui suit :

« Op de in artikel 6, § 1, 7^o, van het ontwerp bedoelde “uitgesloten” opdrachten blijven (net zoals bij de andere “uitgesloten” opdrachten) toch nog een beperkt aantal bepalingen van toepassing, namelijk de artikelen 37 tot 38/6, 38/19, 62, eerste lid, 1^o, en tweede lid, alsook artikel 62/1 (zie art. 6, § 2, tweede lid, van het ontwerp). Naar aanleiding van het beantwoorden van uw vraag stel ik vast dat artikel 12/1, in verband met de transparantie in de onderaannemingsketen, in dit lijstje ontbreekt. Dit artikel zou toegevoegd moeten worden aan de lijst, aangezien deze bepaling verband houdt met de omzetting van een bepaling van de Europese richtlijnen waarvan de omzetting verplicht is (art. 71.5 van richtlijn 2014/24/EU en art. 84.5 van richtlijn 2014/25/EU) ».

On peut se rallier à ce point de vue.

Article 10

15. Par analogie avec le texte français de l'article 11, alinéa 4, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 10, 2^o, du projet), on écrira dans le texte néerlandais « in de loop van de uitvoering van de opdracht ».

Article 12

16. À l'article 12/2, § 2, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le membre de phrase « en van het verzoek om de nodige maatregelen te nemen », dans le texte néerlandais, ne correspond pas au membre de phrase « et la demande de remplacement »

10. De gemachtigde deelde ook nog het volgende mee:

“We hebben ondertussen vastgesteld dat in de artikelen 8 en 145 van het KB van 14 januari 2013 nog verwijzingen zijn terug te vinden naar het KB plaatsing van 2011 enerzijds en de wet van 2006 anderzijds. Deze verwijzingen zouden moeten aangepast worden (geactualiseerd). We hielden eraan u hiervan op de hoogte te stellen.”

Met deze wijziging kan worden ingestemd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

11. Gelet op hetgeen in dit advies met betrekking tot de rechtsgrond is opgemerkt, schrapte men het lid van de aanhef dat verwijst naar artikel 108 van de Grondwet. In het lid van de aanhef dat verwijst naar artikel 7, § 1, van de wet van 13 augustus 2011, moet ook nog melding worden gemaakt van de artikelen 8, tweede lid, en 37, § 2, van die wet. In het lid van de aanhef waarin wordt gerefereerd aan bepalingen van de wet van 17 juni 2016, kan de vermelding van artikel 7, tweede lid, van die wet worden weggelaten. In de plaats ervan kan ook nog worden verwezen naar artikel 9, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016.

12. Het zevende lid van de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd, dient in de Nederlandse tekst uiteraard aan te vangen met de woorden “Gelet op de adviezen van ...”. In het tiende lid van de aanhef moet worden geschreven “Gelet op advies 61.030/1 van de Raad van State, gegeven op 23 maart 2017, met toepassing van ...”.

Artikel 2

13. Artikel 2, eerste lid, van het ontwerp, voorziet in de vervanging doorheen het koninklijk besluit van 14 januari 2013 van het begrip “aanbestedende overheid” door “aanbesteder”, teneinde de terminologie in overeenstemming te brengen met deze van de wet van 17 juni 2016. Zoals ook in het verslag aan de Koning bij het ontwerp wordt vermeld, wordt het begrip “aanbesteder” gedefinieerd in artikel 2, 5^o, van de wet van 17 juni 2016 en omvat het zowel de aanbestedende overheden als de aanbestedende entiteiten die geen aanbestedende overheid zijn.

Het koninklijk besluit van 14 januari 2013 stelt tevens de uitvoeringsregels vast voor de opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van titel 2 van de wet van 13 augustus 2011. In titel 2 van die wet wordt het begrip “aanbesteder” niet gebezigd, maar wordt telkens melding gemaakt van “aanbestedende overheid” (titel 3 betreft aanbestedende entiteiten). Dat is ook het geval voor de wijzigingen die de wet van 17 juni 2016 aanbrengt aan de bepalingen van titel 2 van de wet van 13 augustus 2011.

Aangezien het begrip “aanbesteder” niet wordt gedefinieerd in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 moet dit begrip geacht worden dezelfde betekenis te hebben als in de hogere norm waaraan het besluit uitvoering geeft. In casu doet dit geen probleem rijzen ten aanzien van de wet van 17 juni 2016, maar creëert dit wel rechtsonzekerheid ten aanzien van de wet van 13 augustus 2011. Het is raadzaam dat het ontwerp wordt aangepast teneinde dit te verduidelijken.

Artikel 6

14. In aansluiting op zijn antwoord, zoals weergegeven sub 3.4, merkte de gemachtigde ook nog het volgende op:

“Op de in artikel 6, § 1, 7^o, van het ontwerp bedoelde “uitgesloten” opdrachten blijven (net zoals bij de andere “uitgesloten” opdrachten) toch nog een beperkt aantal bepalingen van toepassing, namelijk de artikelen 37 tot 38/6, 38/19, 62, eerste lid, 1^o, en tweede lid, alsook artikel 62/1 (zie art. 6, § 2, tweede lid, van het ontwerp). Naar aanleiding van het beantwoorden van uw vraag stel ik vast dat artikel 12/1, in verband met de transparantie in de onderaannemingsketen, in dit lijstje ontbreekt. Dit artikel zou toegevoegd moeten worden aan de lijst, aangezien deze bepaling verband houdt met de omzetting van een bepaling van de Europese richtlijnen waarvan de omzetting verplicht is (art. 71.5 van richtlijn 2014/24/EU en art. 84.5 van richtlijn 2014/25/EU).”

Hiermee kan worden ingestemd.

Artikel 10

15. Naar analogie van de Franse tekst van het ontworpen artikel 11, vierde lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 10, 2^o, van het ontwerp), schrijve men in de Nederlandse tekst “in de loop van de uitvoering van de opdracht”.

Artikel 12

16. In het ontworpen artikel 12/2, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, stemt de zinsnede “en van het verzoek om de nodige maatregelen te nemen”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de zinsnede “et la demande de remplacement”, in de

dans le texte français. Comme c'est le cas dans le texte néerlandais de l'article 12/2, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, il semble qu'il faille également écrire « en van het verzoek tot vervanging » à l'article 12/2, § 2, alinéa 2, en projet.

17. Dans un souci de lisibilité, on écrira dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 12/3, § 2, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 « is in de volgende gevallen echter ».

Article 20

18. Aucune des dispositions en projet à l'article 20 du projet ne semble transposer les articles 72, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE et 89, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE qui disposent que le prix actualisé est la valeur de référence lorsque le marché comporte une clause d'indexation.

19. La phrase introductive de l'article 38/7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 mentionne l'« application de l'article 10 de la loi ». Toutefois, la disposition en projet s'applique également aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité et implique dès lors une application de l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 13 août 2011. Ceci ne ressort pas de la phrase introductive de l'article 38/7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, qui fait uniquement mention de l'« application de l'article 10 de la loi ». Il semble que le texte du projet doive être complété sur ce point.

20. Par souci de clarté, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 38/15, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 « indien hij bondig de invloed van de ingeroepen feiten of omstandigheden op het verloop en de kostprijs van de opdracht aan de aanbesteder doet kennen ». De cette manière, on obtiendra également une meilleure concordance avec le texte français.

21. Le texte français de l'article 38/16, 2^o, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et d'autres dispositions du projet (15) mentionne le mot « notification », qui a chaque fois le mot « betekening » pour équivalent dans la version néerlandaise. Toutefois, conformément à l'article 32 du Code judiciaire, la notion de « betekening » (« signification » en français) est exclusivement utilisée pour les exploits d'huissier, tandis que pour les envois postaux, c'est le mot « kennisgeving » (« notification » en français) qui doit être utilisé. La question se pose dès lors de savoir s'il ne vaudrait pas mieux utiliser chaque fois la notion de « kennisgeving » dans le texte néerlandais des dispositions précitées du projet.

22. Par souci de concordance avec le texte français, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 38/19 en projet « , dat de inlichtingen bevat opgenomen in bijlage 2. De aanbesteder maakt hierbij gebruik van de elektronische standaardformulieren opgemaakt en ter beschikking gesteld door de ter zake bevoegde federale overheidsdienst ».

Article 25

23. Il convient de rédiger le début du texte néerlandais de l'article 48, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, comme suit : « Onverminderd de in artikel 70 van de wet bedoelde mogelijkheid om ... ».

LE GREFFIER

- LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

Notes

1. 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'.

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

3. 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'.

4. Voir à cet égard, l'avis C.E. 51.586/1/V du 2 août 2012 sur un projet devenu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics', n° 7.1, MB 14 février 2013, 8801.

5. L'entrée en vigueur de l'arrêté royal en projet est fixée au 30 juin 2017 (article 47 du projet). Conformément à l'article 132 du projet d'arrêté royal 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques' sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a

Franse tekst. Zoals in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 12/2, § 1, derde lid, het geval is, lijkt ook in het ontworpen artikel 12/2, § 2, tweede lid, te moeten worden geschreven "en van het verzoek tot vervanging".

17. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel 12/3, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 "is in de volgende gevallen echter".

Artikel 20

18. Geen van de ontworpen bepalingen onder artikel 20 van het ontwerp lijkt de omzetting in te houden van artikel 72, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 89, lid 3, van richtlijn 2014/25/EU, waarin wordt bepaald dat, voor zover de opdracht in een indexerings-clausule voorziet, de geactualiseerde prijs als referentiewaarde wordt gehanteerd.

19. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 38/7, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 wordt melding gemaakt van de "toepassing van artikel 10 van de wet". De ontworpen bepaling geldt evenwel ook voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied en houdt derhalve een toepassing in van artikel 7, § 1, van de wet van 13 augustus 2011. Dit blijkt niet uit de inleidende zin van het ontworpen artikel 38/7, § 1, eerste lid, waarin uitsluitend van de "toepassing van artikel 10 van de wet" melding wordt gemaakt. De tekst van het ontwerp lijkt op dit punt aan een aanvulling toe.

20. Ter wille van de duidelijkheid schrijve men in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 38/15, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 "indien hij bondig de invloed van de ingeroepen feiten of omstandigheden op het verloop en de kostprijs van de opdracht aan de aanbesteder doet kennen". Op die wijze wordt tevens een grotere overeenstemming met de Franse tekst in de hand gewerkt.

21. In het ontworpen artikel 38/16, 2^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, en in nog andere bepalingen van het ontwerp, (15) wordt in de Franse tekst melding gemaakt van het woord "notification". In de Nederlandse tekst stemt hiermee telkens de term "betekening" overeen. Overeenkomstig artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek wordt het begrip "betekening" evenwel uitsluitend gebruikt voor deurwaardersexploaten, terwijl voor poststukken de term "kennisgeving" moet worden gebruikt. Vraag is derhalve of in de Nederlandse tekst van de voornoemde bepalingen van het ontwerp niet telkens beter melding wordt gemaakt van het begrip "kennisgeving".

22. Ter wille van de overeenstemming met de Franse tekst schrijve men in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 38/19 " , dat de inlichtingen bevat opgenomen in bijlage 2. De aanbesteder maakt hierbij gebruik van de elektronische standaardformulieren opgemaakt en ter beschikking gesteld door de ter zake bevoegde federale overheidsdienst".

Artikel 25

23. Het ontworpen artikel 48, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 dient aan te vangen als volgt: "Onverminderd de in artikel 70 van de wet bedoelde mogelijkheid om ...".

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

Nota's

1. 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'.

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

3. Wet van 13 augustus 2011 'inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied'.

4. Zie wat dat betreft adv.RvS 51.586/1/V van 2 augustus 2012 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken', nr. 7.1, BS 14 februari 2013, 8801.

5. De inwerkingtreding van het ontworpen koninklijk besluit is vastgelegd op 30 juni 2017 (artikel 47 van het ontwerp). Overeenkomstig artikel 132 van het ontwerp van koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren', waarover de Raad van

donné, le 13 mars 2017, l'avis 60.903/1, « [p]our les marchés publics qui relèvent du titre 2 de la loi, les articles de la loi qui ne sont pas encore entrés en vigueur, à l'exception des dispositions visées à l'article 133 du présent arrêté, entrent en vigueur le 30 juin 2017, 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 ». Il faut veiller à ce que les dispositions concernées de la loi du 17 juin 2016 entrent également en vigueur en temps utile en ce qui concerne les marchés publics qui relèvent du champ d'application du titre 3 de cette loi.

6. Voir l'avis C.E., 51.586/1/V du 2 août 2012, n° 7.1, MB 14 février 2013, 8801, précité.

7. Voir, par exemple, pour les articles 38/7 et 38/9, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

8. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 'relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services'.

9. Voir en particulier l'arrêt C-406/14 du 14 juillet 2016, Wroclaw.

10. Voir également dans ce sens l'article 88, paragraphe 5, cinquième alinéa, b), de la directive 2014/25/UE.

11. Les critères concernés peuvent avoir trait à « l'aptitude à exercer l'activité professionnelle », à « la capacité économique et financière » et aux « capacités techniques et professionnelles ».

12. Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE'.

13. Voir les articles 37 à 38/19, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

14. La loi du 17 juin 2016 ne contient pas d'équivalent de l'article 43 de la loi du 15 juin 2006, qui traitait des « Droits des tiers sur les créances ». Or, la loi du 13 août 2011 contient encore toujours un article 42 ayant une telle portée.

15. Voir l'article 38/17, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

22 JUIN 2017. — Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services

PHILIPPE, Roi des Belges,

A tous, présents et à venir, Salut.

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, l'article 7, § 1^{er}, 8, alinéa 2, 35, alinéa 1^{er}, et 37, § 2 ;

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les articles 9, alinéa 1^{er}, 10, alinéa 2, 11, alinéa 2, 12, alinéa 2, 86 et 156 ;

Vu la loi du 16 février 2016 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'article 63 ;

Vu l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité ;

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ;

Vu les avis de la Commission des marchés publics, donnés le 9 décembre 2016 et le 23 décembre 2016 ;

Vu l'avis de l'Inspecteur des Finances, donné le 18 janvier 2017 ;

Vu l'accord du Ministre du Budget, donné le 13 février 2017 ;

Vu l'avis 61.030/1 du Conseil d'Etat, donné le 23 mars 2017, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 ;

State, afdeling Wetgeving, op 13 maart 2017 advies 60.903/1 uitbracht treden, "[v]oor de overheidsopdrachten die onder het toepassingsveld van titel 2 van de wet vallen, (...) de artikelen van de wet die nog niet in werking zijn getreden, met uitzondering van de in artikel 133 van dit besluit vermelde bepalingen, in werking 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". Er moet over gewaakt worden dat de betrokken bepalingen van de wet van 17 juni 2016 eveneens tijdig in werking treden wat de overheidsopdrachten betreft die onder het toepassingsgebied van titel 3 van deze wet vallen.

6. Zie het reeds vermelde adv.RvS 51.586/1/V van 2 augustus 2012, nr. 7.1, BS 14 februari 2013, 8801.

7. Zo bijvoorbeeld voor de ontworpen artikelen 38/7 en 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

8. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 'betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten'.

9. Zie in het bijzonder het arrest C-406/14 van 14 juli 2016, Wroclaw.

10. Zie in die zin ook artikel 88, lid 5, vijfde alinea, b), van richtlijn 2014/25/EU.

11. De betrokken criteria kunnen betrekking hebben op "de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen", "de economische en financiële draagkracht" en "de technische en beroepsbekwaamheid".

12. Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 'betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG'.

13. Zie de ontworpen artikelen 37 tot 38/19 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

14. De wet van 17 juni 2016 bevat geen tegenhanger van artikel 43 van de wet van 15 juni 2006, dat handelde over "Derdenrechten op schuldvorderingen". De wet van 13 augustus 2011 bevat wel nog steeds een artikel 42 met dergelijke strekking.

15. Zie het ontworpen artikel 38/17, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

22 JUNI 2017. — Koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten

FILIP, Koning der Belgen,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.

Gelet op de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, artikelen 7, § 1, 8, tweede lid, 35, eerste lid en 37, § 2 ;

Gelet op de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, de artikelen 9, eerste lid, 10, tweede lid, 11, tweede lid, 12, tweede lid, 86 en 156 ;

Gelet op de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, artikel 63 ;

Gelet op het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied van 23 januari 2012 ;

Gelet op het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken ;

Gelet op de adviezen van de Commissie voor de overheidsopdrachten, gegeven op 9 december 2016 en 23 december 2016 ;

Gelet op het advies van de Inspecteur van Financiën, gegeven op 18 januari 2017 ;

Gelet op de akkoordbevinding van de Minister van Begroting, gegeven op 13 februari 2017 ;

Gelet op de advies 61.030/1 van de Raad van State, gegeven op 23 maart 2017, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 ;