

**SERVICE PUBLIC FEDERAL
CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE**

[2017/203313]

**18 JUIN 2017. — Arrêté royal relatif à la passation
des marchés publics dans les secteurs spéciaux**

RAPPORT AU ROI

Sire,

Table des matières

Titre 1 ^{er} - Dispositions générales	
Chapitre 1 ^{er} - Définitions, taxe sur la valeur ajoutée et champ d'application	
Section 1 ^{re} - Disposition liminaire	
Art. 1 ^{er}	
Section 2 - Définitions	
Art. 2	
Section 3 - Taxe sur la valeur ajoutée	
Art. 3	
Section 4 - Champ d'application	
Art. 4 et 5	
Chapitre 2 - Estimation du montant du marché	
Art. 6 et 7	
Chapitre 3 - Publicité	
Section 1 ^{re} - Règles générales de publicité	
Art. 8 à 10	
Section 2 - Seuils européens	
Art. 11 et 12	
Section 3 - Publicité européenne	
Art. 13	
Sous-section 1 ^{re} - Règles générales	
Art. 14 à 20	
Sous-section 2 - Services sociaux et autres services spécifiques	
Art. 21 et 22	
Section 4 - Publicité belge	
Art. 23	
Sous-section 1 ^{re} - Règles générales	
Art. 24 à 30	
Sous-section 2 - Services sociaux et autres services spécifiques	
Art. 31 et 32	
Chapitre 4 - Détermination et composantes des prix	
Art. 33 à 40	
Chapitre 5 - Correction des erreurs et vérification des prix ou des coûts	
Art. 41 à 45	
Chapitre 6 - Le document unique de marché européen (DUME) et la déclaration implicite sur l'honneur	
Art. 46 à 48	
Chapitre 7 - Règles applicables aux signatures et aux moyens de communication	
Art. 49 à 55	
Chapitre 8 - Options	
Art. 56	
Chapitre 9 - Lots	
Art. 57 et 58	
Chapitre 10 - Dépôt des demandes de participation et des offres	
Section 1 ^{re} - Invitation des candidats sélectionnés à introduire une offre	
Art. 59	
Section 2 - Modalités d'introduction des demandes de participation et des offres	
Art. 60 à 62	
Section 3 - Introduction et report	
Art. 63	
Section 4 - Délai d'engagement	
Art. 64	
Chapitre 11 - Choix des participants	
Section 1 ^{re} - Dispositions générales	
Art. 65 et 66	
Section 2 - Motifs d'exclusion	

**FEDERALE OVERHEIDSDIENST
KANSELARIJ VAN DE EERSTE MINISTER**

[2017/203313]

**18 JUNI 2017. — Koninklijk besluit plaatsing
overheidsopdrachten in de speciale sectoren**

VERSLAG AAN DE KONING

Sire,

Inhoudsopgave

Titel 1 - Algemene bepalingen	
Hoofdstuk 1 - Definities, belasting over de toegevoegde waarde en toepassingsgebied	
Afdeling 1 - Inleidende bepaling	
Art. 1	
Afdeling 2 - Definities	
Art. 2	
Afdeling 3 - Belasting over de toegevoegde waarde	
Art. 3	
Afdeling 4 - Toepassingsgebied	
Art. 4 en 5	
Hoofdstuk 2 - Raming van het opdrachtbedrag	
Art. 6 en 7	
Hoofdstuk 3 - Bekendmaking	
Afdeling 1 - Algemene bekendmakingsregels	
Art. 8 tot 10	
Afdeling 2 - Europese drempels	
Art. 11 en 12	
Afdeling 3 - Europese bekendmaking	
Art. 13	
Onderafdeling 1 - Algemene regels	
Art. 14 tot 20	
Onderafdeling 2 - Sociale en andere specifieke diensten	
Art. 21 en 22	
Afdeling 4 - Belgische bekendmaking	
Art. 23	
Onderafdeling 1 - Algemene regels	
Art. 23 tot 30	
Onderafdeling 2 - Sociale en andere specifieke diensten	
Art. 31 en 32	
Hoofdstuk 4 - Prijsvaststelling en prijsbestanddelen	
Art. 33 tot 40	
Hoofdstuk 5 - Verbetering van fouten en nazicht van prijzen of kosten	
Art. 41 tot 45	
Hoofdstuk 6 - Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) en de impliciete verklaring op erewoord	
Art. 46 tot 48	
Hoofdstuk 7 - Regels van toepassing op de handtekeningen en op de communicatiemiddelen	
Art. 49 tot 55	
Hoofdstuk 8 - Opties	
Art. 56	
Hoofdstuk 9 - Percelen	
Art. 57 en 58	
Hoofdstuk 10 - Indiening van de aanvragen tot deelneming en offertes	
Afdeling 1 - Uitnodiging van de geselecteerde kandidaten tot indiening van een offerte	
Art. 59	
Afdeling 2 - Indieningsmodaliteiten voor de aanvragen tot deelneming en offertes	
Art. 60 tot 62	
Afdeling 3 - Indiening en verdaging	
Art. 63	
Afdeling 4 - Verbintenistermijn	
Art. 64	
Hoofdstuk 11 - Keuze van de deelnemers	
Afdeling 1 - Algemene bepalingen	
Art. 65 en 66	
Afdeling 2 - Uitsluitingsgronden	

Art. 67 à 69
 Section 3 - Critères de sélection, recours à des sous-traitants et autres entités
 Art. 70 à 73
 Chapitre 12 - Régularité des offres
 Art. 74
 Titre 2 - Attribution en procédure ouverte et en procédure restreinte
 Chapitre 1^{er} - Forme et contenu des offres
 Art. 75 et 76
 Chapitre 2 - Métré récapitulatif et inventaire
 Art. 77
 Chapitre 3 - Interprétation, erreurs et omissions
 Art. 78 à 80
 Chapitre 4 - Dépôt et ouverture
 Art. 81 à 83
 Chapitre 5 - Correction des offres
 Art. 84
 Chapitre 6 - Attribution du marché
 Art. 85
 Chapitre 7 - Conclusion du marché
 Art. 86 et 87
 Titre 3 - Attribution en procédure négociée sans mise en concurrence préalable et en procédure négociée avec mise en concurrence préalable
 Chapitre 1^{er} - Seuils spécifiques
 Art. 88
 Chapitre 2 - Déroulement et conclusion du marché
 Art. 89 à 92
 Titre 4 - Attribution en dialogue compétitif
 Art. 93 à 96
 Titre 5 - Marchés et procédures spécifiques et complémentaires
 Chapitre 1^{er} - Système d'acquisition dynamique
 Art. 97 à 101
 Chapitre 2 - Enchère électronique
 Art. 102 à 107
 Chapitre 3 - Catalogues électroniques
 Art. 108 à 112
 Chapitre 4 - Concours
 Section 1^{ère} - Conditions d'application et jury
 Art. 113 à 116
 Section 2 - Estimation et publicité
 Art. 117 à 119
 Titre 6 - Exclusion relative aux activités directement exposées à la concurrence - Procédure de demande d'exemption
 Art. 120
 Titre 7 - Marchés publics de faible montant
 Art. 121
 Titre 8 - Marchés publics pour la désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure
 Art. 122
 Titre 9 - Dispositions finales, abrogatoires, transitoires et d'entrée en vigueur
 Demande d'accès à Télémarc
 Art. 123
 Dispositions abrogatoires
 Art. 124
 Dispositions transitoires
 Art. 125 à 128
 Mesures d'entrée en vigueur
 Art. 129 à 131
 Disposition finale
 Art. 132
 La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après « la loi ») a pour objet de transposer en droit belge les dispositions des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

Art. 67 tot 69
 Afdeling 3 - Selectiecriteria, beroep op onderaannemers en op andere entiteiten
 Art. 70 tot 73
 Hoofdstuk 12 - Regelmatigheid van de offertes
 Art. 74
 Titel 2 - Gunning bij openbare of niet-openbare procedure
 Hoofdstuk 1 - Vorm en inhoud van de offerte
 Art. 75 en 76
 Hoofdstuk 2 - Samenvattende opmeting en inventaris
 Art. 77
 Hoofdstuk 3 - Interpretatie, fouten en leemten
 Art. 78 tot 80
 Hoofdstuk 4 - Indiening en opening
 Art. 81 tot 83
 Hoofdstuk 5 - Verbetering van de offertes
 Art. 84
 Hoofdstuk 6 - Gunning van de opdracht
 Art. 85
 Hoofdstuk 7 - Sluiting van de opdracht
 Art. 86 en 87
 Titel 3 - Gunning bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging en bij onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging
 Hoofdstuk 1 - Specifieke drempels
 Art. 88
 Hoofdstuk 2 - Verloop en sluiting van de opdracht
 Art. 89 tot 92
 Titel 4 - Gunning bij concurrentiegericht dialogoog
 Art. 93 tot 96
 Titel 5 - Specifieke en aanvullende opdrachten en procedures
 Hoofdstuk 1 - Dynamisch aankoopstelsel
 Art. 97 tot 101
 Hoofdstuk 2 - Elektronische veiling
 Art. 102 tot 107
 Hoofdstuk 3 - Elektronische catalogi
 Art. 108 tot 112
 Hoofdstuk 4 - Prijsvragen
 Afdeling 1 - Toepassingsvoorwaarden en jury
 Art. 113 tot 116
 Afdeling 2 - Raming en bekendmaking
 Art. 117 tot 119
 Titel 6 - Uitsluiting voor activiteiten die rechtstreeks blootstaan aan concurrentie - Procedure vrijstellingsvragen
 Art. 120
 Titel 7 - Overheidsopdrachten van beperkte waarde
 Art. 121
 Titel 8 - Overheidsopdrachten tot aanstelling van een advocaat in het kader van een vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een procedure
 Art. 122
 Titel 9 - Eind-, opheffings-, overgangs- en inwerkingtredingsbepalingen
 Vraag tot toegang tot Telemarc
 Art. 123
 Opheffingsbepalingen
 Art. 124
 Overgangsbepalingen
 Art. 125 tot 128
 Inwerkingtredingsbepalingen
 Art. 129 tot 131
 Slotbepaling
 Art. 132
 De wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna "de wet" genaamd) is erop gericht de bepalingen van de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 om te zetten naar Belgisch recht.

Le présent projet d'arrêté royal exécute le titre 3 de la loi précitée. Il constitue une refonte et une fusion de deux arrêtés royaux, à savoir :

- l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (communément appelés "secteurs spéciaux publics"); et

- l'arrêté royal du 24 juin 2013 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (communément appelés "secteurs spéciaux privés").

Les règles de passation prévues par les deux arrêtés précités sont désormais harmonisées. Un certain nombre de dispositions déjà présentes dans l'arrêté royal du 16 juillet 2012 ont dès lors été étendues aux secteurs spéciaux privés. Cette nouvelle approche est guidée par un souci d'uniformité et de simplification. Elle a pour conséquence de n'appliquer qu'un seul régime, sauf exception.

Comme ce fût le cas dans les nouvelles lois en matière de marchés publics et de contrats de concession, la nouvelle terminologie des directives européennes en matière de dénomination des procédures a été respectée dans le présent projet.

Outre les dispositions spécifiques à la directive 2014/25/UE, le présent projet est largement inspiré de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Des assouplissements ont toutefois été prévus et ce, de deux manières :

1) certaines dispositions présentes dans l'arrêté « secteurs classiques » n'ont pas été reprises.

Il s'agit principalement :

- la disposition concernant les conflits d'intérêts - Tourniquet (notons néanmoins que l'article 6 de la loi reste d'application). Une telle disposition serait en effet trop sévère pour la mobilité des travailleurs dans les secteurs concernés, notamment pour les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs;

- des règles relatives au soumissionnaire personne physique qui, au cours de la procédure de passation, transfère son activité professionnelle à une personne morale;

- certaines des conditions qui s'appliquent en secteurs classiques pour la vérification des offres de manière « anticipée » (c'est-à-dire avant de vérifier l'aptitude des soumissionnaires) pour la procédure ouverte et pour la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, n'ont pas été reprises (vérification obligatoire préalable des dettes fiscale/sociales et, le cas échéant, évaluation des mesures correctrices);

2) d'autres dispositions, bien que reprises dans le présent projet, ont été atténuées par l'ajout des mots « sauf disposition contraire dans les documents du marché ». Il s'agit principalement des articles 70 (critères de sélection), 76 (indications de l'offre) et 82 (ouverture des offres en procédure ouverte et restreinte).

Même s'il s'agit d'une évidence, l'attention est attirée sur le fait qu'il peut y avoir des négociations dans toute procédure permettant les négociations.

A noter qu'aucun seuil permettant l'utilisation sans condition de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable n'a été prévu puisque cette procédure n'est pas une procédure d'exception, contrairement à ce qui est prévu pour la procédure concurrentielle avec négociation de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Il est en outre prévu dans le projet, pour ce qui concerne l'utilisation de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, que l'entité adjudicatrice puisse faire usage de cette procédure lorsque la dépense à approuver est inférieure au montant de 418.000 euros (actuellement). Il s'agit d'une augmentation du seuil de 170.000 euros qui est actuellement en principe d'application pour les secteurs spéciaux publics (pour certains services, un seuil de 418.000 euros est déjà d'application; voir article 104, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux).

Het onderhavig ontwerp van koninklijk besluit is gericht op de uitvoering van titel 3 van de voormelde wet en vormt een wijziging en samenvoeging van twee koninklijke besluiten, te weten :

- het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren van 16 juli 2012 (waarnaar doorgaans verwezen wordt als zijnde de "publieke speciale sectoren"); en

- het koninklijk besluit van 24 juni 2013 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Unie van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (waarnaar doorgaans verwezen wordt als zijnde de "private speciale sectoren").

De in beide voormelde besluiten voorziene plaatsingsregels worden geharmoniseerd. Een aantal bepalingen die reeds voorzien waren in het koninklijk besluit van 16 juli 2012 werden dan ook veralgemeend naar de private speciale sectoren. Deze nieuwe aanpak is ingegeven vanuit een streven naar eenvormigheid en vereenvoudiging. Hieruit volgt dat nog slechts één stelsel aan regels zal toegepast worden, behoudens uitzondering.

Zoals het geval is in de nieuwe wetten inzake overheidsopdrachten en betreffende de concessieovereenkomsten, werd de nieuwe Europese terminologie wat de benamingen in de procedures betreft overgenomen in het onderhavige ontwerp.

De bepalingen die eigen zijn aan richtlijn 2014/25/EU niet te na gelaten, is het onderhavig ontwerp in belangrijke mate geïnspireerd op het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017. Echter werd voorzien in versoepelingen en wel via de volgende twee wijzen :

1) een aantal bepalingen van het koninklijk besluit "klassieke sectoren" werden niet overgenomen.

Het betreft voornamelijk :

- de bepaling omtrent belangenconflicten - draaieurconstructie (waarbij er evenwel op gewezen moet worden dat artikel 6 van de wet van toepassing blijft). Een dergelijke bepaling zou inderdaad te streng zijn voor de arbeidsmobiliteit in de betreffende sectoren, met name voor de overheidsbedrijven en de personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten;

- de bepalingen omtrent de inschrijver-natuurlijke persoon die in de loop van de plaatsingsprocedure zijn beroepsactiviteit onderbrengt in een rechtspersoon;

- sommige van de voorwaarden die van toepassing zijn voor het "vervroegd" nazicht van de offertes in de openbare procedure of in de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging (meer bepaald nog vóór de geschiktheid van de inschrijvers wordt beoordeeld), werden niet overgenomen (verplicht voorafgaand nazicht van de fiscale/sociale schulden en verplicht voorafgaandelijk nazicht, in voorkomend geval, van de corrigerende maatregelen);

2) de werking van een aantal andere bepalingen, hoewel hernomen in het onderhavige ontwerp, werd verzacht ingevolge de toevoeging van de woorden "behoudens andersluidend beding in de opdracht-documenten". Het betreft voornamelijk de artikelen 70 (selectiecriteria), 76 (vermeldingen in de offerte) en 82 (opening van de offertes bij de openbare of de niet-openbare procedures).

Zelfs al is dit een evidentie, toch wordt de aandacht gevestigd op het feit dat er onderhandelingen kunnen gevoerd worden in elke procedure die onderhandelingen toelaat.

Er wordt aan herinnerd dat geen enkele drempel werd voorzien wat het gebruik zonder verdere voorwaarden betreft van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, aangezien deze procedure geen uitzonderingsprocedure is, in tegenstelling tot hetgeen het geval is voor de mededingingsprocedure met onderhandeling in het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

In het ontwerp is daarnaast voorzien, wat het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging betreft, dat de aanbestedende entiteit gebruik kan maken van deze procedure wanneer de keuren uitgave lager ligt dan een bedrag van (op heden) 418.000 euro. Dit is een verhoging ten opzichte van de thans in de publieke speciale sectoren normaliter van toepassing zijnde drempel van 170.000 euro (voor bepaalde diensten geldt nu evenwel al een drempel van 418.000 euro; zie artikel 104, § 1, 1^o, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren van 16 juli 2012).

Il convient également de préciser que bien que le présent projet soit étendu aux secteurs spéciaux publics et privés, une différence importante subsiste. En effet, le projet déroge au régime unique en ce qu'il n'est pas d'application aux marchés publics, dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne lorsque lesdits marchés sont passés :

- par des entreprises publiques 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,
- par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ou
- par des pouvoirs adjudicateurs pour les marchés qui se rapportent à la production d'électricité.

Le projet contient également une série de dispositions dont une mise en exergue s'impose :

- secteurs sensibles à la fraude :

Le projet contient des dispositions spécifiques concernant la vérification des prix/coûts (calcul de la moyenne) pour les marchés de services dans les secteurs précités. Il s'agit des marchés de services passés 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. Le lien suivant permet de trouver les arrêtés d'exécution concernés de la loi du 12 avril 1965 précité (onglet « exécutions ») : http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?page=articles&c=detail_get&d=detail&docid=426015.

- Utilisation des motifs d'exclusion et des critères de sélection (articles 67, 68 et 70 de l'arrêté)

Selon l'article 151 de la loi, une différence existe au niveau des entités adjudicatrices. Lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur, elle doit inclure les motifs d'exclusion énumérés aux articles 67 à 69 de la loi. Par contre, lorsque l'entité adjudicatrice n'est pas un pouvoir adjudicateur, elle peut inclure tout ou partie des motifs d'exclusion précités. Il s'agit dès lors ici uniquement d'une faculté. A noter qu'aucun obstacle n'est fait à ce qu'il soit tenu compte des mesures correctrices. Des critères de sélection peuvent en outre être prévus, indépendamment de ce que l'entité adjudicatrice soit ou non un pouvoir adjudicateur.

Les motifs d'exclusion qui peuvent ou doivent, selon le cas, être utilisés par les entités adjudicatrices sont *mutatis mutandis* identiques à ceux prévus dans l'arrêté « secteurs classiques ». Il est dès lors renvoyé au rapport au Roi de cet arrêté pour de plus amples informations à ce sujet.

Pour ce qui concerne les critères de sélection, l'article 70 précise que, sauf disposition contraire dans les documents du marché, les articles 65 à 69 et 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont d'application.

- Document unique de marché européen (en abrégé le DUME; article 46 de l'arrêté)

L'article 46 du projet différencie les marchés publics qui sont passés par un pouvoir adjudicateur de ceux passés par une entité adjudicatrice qui n'est pas un pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'un marché public est passé par une entité adjudicatrice qui est un pouvoir adjudicateur, les candidats ou les soumissionnaires produisent le DUME. Il n'y a en effet aucune contradiction en la matière puisque ledit pouvoir adjudicateur doit inclure les motifs d'exclusion énumérés aux articles 67 à 69 de la loi (voir supra).

Par contre, lorsqu'un marché public est passé par une entité adjudicatrice qui n'est pas un pouvoir adjudicateur, elle peut inclure tout ou partie des motifs d'exclusion précités (voir supra) sans y être obligée. Le DUME doit également être produit. Toutefois, il est précisé que certaines parties du DUME ne doivent pas être remplies pour ce qui concerne les motifs d'exclusion. En effet, les parties à remplir dépendront des motifs d'exclusion choisis. Il n'aurait que peu d'intérêt pour un opérateur économique de remplir les parties du DUME relatives à des motifs d'exclusion qui n'auraient pas été retenus par l'entité adjudicatrice précitée.

Pour de plus amples informations sur le DUME, il est renvoyé au rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

- Agrégation d'entrepreneurs de travaux (article 71 de l'arrêté)

Il est tenu compte dans le présent projet de ce que la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, modifiée dernièrement par la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, impose que les travaux ne puissent être exécutés que par

Er moet eveneens worden herinnerd aan het feit dat in het onderhavige ontwerp nog steeds een onderscheid wordt gemaakt tussen de publieke en private speciale sectoren, ondanks de eenmaking van de stelsels. Inderdaad wijkt het ontwerp af van de regel dat slechts één stelsel van toepassing is, daar waar gesteld is dat het ontwerp niet van toepassing is op de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempels voor de Europese bekendmaking geplaatst door :

- overheidsbedrijven voor de opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie,
- personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten, of door
- aanbestedende overheden voor de opdrachten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit.

Omtrent de volgende bepalingen is nadere toelichting vereist :

- fraudegevoelige sectoren :

Het ontwerp omvat specifieke bepalingen omtrent het nazicht van de prijzen/kosten (berekening van het gemiddelde) voor de overheidsopdrachten van diensten in de voormelde sectoren. Het gaat om de opdrachten van diensten 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 die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden. De volgende link laat toe om de betreffende uitvoeringsbesluiten van de voormelde wet van 12 april 1965 te vinden (tab "uitvoeringen") : http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?page=articles&c=detail_get&d=detail&docid=426015&tab=&lang=nl

- Gebruik van de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria (de artikelen 67, 68 en 70 van het besluit)

In artikel 151 van de wet wordt een verschil ingevoerd al naargelang het type aanbestedende entiteit. Wanneer de aanbestedende entiteit een aanbestedende overheid is, dan moet zij de in de artikelen 67 tot 69 van de wet bedoelde uitsluitingsgronden hernemen. Het is anders gesteld wanneer de aanbestedende entiteit geen aanbestedende overheid is. In dat laatste geval kan zij alle of een deel van de voormelde uitsluitingsgronden hernemen en betreft het dus slechts een mogelijkheid. Er wordt op gewezen dat niets verhindert dat rekening wordt gehouden met de corrigerende maatregelen. Daarnaast mogen ook selectiecriteria worden ingesteld, onafhankelijk van het feit of de aanbestedende entiteit al dan niet een aanbestedende overheid is.

De uitsluitingsgronden die, afhankelijk van het geval, kunnen of moeten gebruikt worden door de aanbestedende entiteiten, zijn *mutatis mutandis* dezelfde als deze die voorzien zijn in het koninklijk besluit "klassieke sectoren". Vandaar dan ook dat verwezen wordt naar het verslag aan de Koning bij dit laatste besluit voor nadere toelichting.

Wat de selectiecriteria betreft verduidelijkt artikel 70 dat, behoudens andersluidend beding in de opdrachtdocumenten, de artikelen 65 tot 69 en 72 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 van toepassing zijn.

- Uniform Europees Aanbestedingsdocument (afgekort het UEA; artikel 46 van het besluit)

Artikel 46 van het ontwerp voert een onderscheid in al naar gelang het een overheidsopdracht betreft die wordt geplaatst door een aanbestedende overheid of door een aanbestedende entiteit die geen aanbestedende overheid is.

Wanneer een overheidsopdracht wordt geplaatst door een aanbestedende entiteit die een aanbestedende overheid is, dan moeten de kandidaten of inschrijvers het UEA voorleggen. Er is inderdaad geen tegenspraak aangezien de voormelde aanbestedende overheid de in de artikelen 67 tot 69 van de wet bedoelde uitsluitingsgronden moet hernemen (zie supra).

Wanneer het echter een overheidsopdracht betreft die wordt geplaatst door een aanbestedende entiteit die geen aanbestedende overheid is, dan kan deze entiteit alle of bepaalde voormelde uitsluitingsgronden (zie supra) toepassen, zonder hiertoe verplicht te zijn. Ook in dat geval moet het UEA worden voorgelegd. Echter wordt verduidelijkt, wat de uitsluitingsgronden betreft, dat bepaalde delen van het UEA niet ingevuld moeten worden. De delen die ingevuld moeten worden hangen af van de gekozen uitsluitingsgronden. Het zou inderdaad weinig zinvol zijn voor een ondernemer om de delen van het UEA in te vullen die betrekking hebben op uitsluitingsgronden die door de voormelde aanbestedende entiteit niet weerhouden werden.

Voor nadere toelichting omtrent het UEA wordt verwezen naar het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

- Erkenning van aannemers (artikel 71 van het besluit)

In het onderhavige ontwerp wordt rekening gehouden met het feit dat de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, laatst gewijzigd door de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, vereist dat de werken slechts

des opérateurs économiques qui, soit sont agréés à cet effet, soit satisfont aux conditions à cet effet ou ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par ou en vertu de ladite loi pour être agréés (voir article 3 de la loi du 20 mars précitée, modifiée par la loi du 17 juin 2016 précitée).

Dès lors, contrairement à ce qui est prévu pour les critères de sélection qui ne sont que facultatifs (voir supra), l'opérateur doit soit disposer de l'agrément requis, soit être titulaire d'un certificat ou être inscrit sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre Etat-membre de l'Union européenne, soit invoquer l'application de l'article 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi précitée du 20 mars 1991.

Le texte est largement inspiré de ce qui existe dans l'arrêté royal «secteurs classiques». Toutefois, il est important de noter que le présent article n'est pas d'application aux marchés publics de travaux passés par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. Cette limitation du champ d'application se justifie de par le fait que la loi précitée du 20 mars 1991 ne leur est pas non plus applicable.

Pour de plus amples informations, il est renvoyé au rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

- Procédure de demande d'exemption pour les activités directement exposées à la concurrence (article 120 de l'arrêté)

Conformément à l'article 116 de la loi, les entités adjudicatrices peuvent demander à être exemptées de l'application de la législation «marchés publics» pour la poursuite des activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, si l'activité prestée est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

L'entité adjudicatrice, qui entend faire usage de cette procédure d'exemption doit transmettre au point de contact visé à l'article 163, § 2, de la loi, sa demande ainsi qu'un dossier circonstancié et motivé. Le point de contact susmentionné est le seul habilité à transmettre une telle demande d'exemption à la Commission européenne qui prendra une décision en la matière.

Néanmoins, pendant une période transitoire, les demandes peuvent être envoyées au Premier Ministre, et ce jusqu'à la désignation par le Roi, du point de contact susmentionné.

Pour de plus amples informations sur la procédure utilisée par la Commission européenne, il convient de se référer à la décision d'exécution (UE) 2016/1804 de la Commission du 10 octobre 2016 relative aux modalités d'application des articles 34 et 35 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil 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.

- Examen de la régularité (article 74 de l'arrêté)

Il convient de préciser que l'examen de la régularité est analogue à ce qui est prévu dans l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Comme c'est le cas dans les secteurs précités, l'entité adjudicatrice ne dispose d'aucune marge d'appréciation par rapport aux cas énumérés à l'article 74, paragraphe 1^{er}, alinéa 4.

- Dispositions transitoires pour l'utilisation des moyens de communication électroniques

Comme c'est le cas dans l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en ce qui concerne l'utilisation obligatoire des moyens de communication électroniques, des mesures transitoires sont prévues jusqu'au 17 octobre 2018 pour les marchés supérieurs aux seuils européens et jusqu'au 31 décembre 2019 pour les marchés inférieurs à ces seuils (sauf exceptions). Lorsqu'une entité adjudicatrice souhaite utiliser cette disposition transitoire, elle indique dans les documents du marché quel moyen de communication sera utilisé pour l'échange d'information, à savoir : la poste ou un autre porteur approprié, le fax, la communication électronique (sans utilisation des plateformes électroniques pour l'introduction des demandes de participation ou des offres) ou une combinaison de ces moyens. Le cas échéant, les exigences au niveau de la signature du DUME, de la demande de participation ou des offres doivent également être indiquées dans les documents du marché.

Toutes les dispositions du projet ne sont pas commentées dans le présent rapport au Roi. Néanmoins, un certain nombre de dispositions correspondent avec celles reprises dans l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Pour de plus amples explications concernant ces dispositions, il peut être renvoyé au rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

uitgevoerd kunnen worden door ondernemers die ofwel hiervoor erkend zijn, ofwel aan de voorwaarden ertoe voldoen of het bewijs hebben geleverd dat zij de voorwaarden opgelegd door of krachtens de wet om erkend te worden vervullen (zie artikel 3 de voormelde wet van 20 maart 1991, vervangen door de voormelde wet van 17 juni 2016).

Zodoende zal de ondernemer, in tegenstelling tot hetgeen voorzien is voor de selectiecriteria waarvan de toepassing slechts facultatief is (zie supra), ofwel moeten beschikken over de vereiste erkenning, ofwel houder moeten zijn van een certificaat of ingeschreven moeten zijn op een officiële lijst van erkende aannemers in een andere lidstaat van de Europese Unie, ofwel de toepassing moeten invoeren van artikel 3, eerste lid, 2^o, van de voormelde wet van 20 maart 1991.

De tekst is in grote mate geïnspireerd op het koninklijk besluit "klassieke sectoren". Echter moet erop gewezen worden dat het onderhavige artikel niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor werken geplaatst door de personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten. Deze beperking van het toepassingsgebied is ingegeven door het feit dat de voormelde wet van 20 maart 1991 evenmin van toepassing is op de voormelde personen.

Voor nadere toelichting wordt verwezen naar het verslag aan de Koning van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

- Procedure vrijstellingsaanvragen voor activiteiten die rechtstreeks blootstaan aan concurrentie (artikel 120 van het besluit)

De aanbestedende entiteiten kunnen, overeenkomstig artikel 116 van de wet, vragen om van de toepassing van de wetgeving "overheidsopdrachten" vrijgesteld te worden voor de uitoefening van activiteiten in de sectoren water, energie, transport en postale diensten, indien de uitgeoefende activiteit rechtstreeks blootgesteld is aan de mededinging op een markt waar de toegang niet beperkt is.

De aanbestedende entiteit die gebruik wenst te maken van deze vrijstellingsprocedure moet aan het in artikel 163, § 2, van de wet bedoelde aanspreekpunt haar aanvraag alsook een omstandig en gemotiveerd dossier overmaken. Het voormelde aanspreekpunt is als enige bevoegd om deze vrijstellingsaanvraag door te sturen naar de Europese Commissie die een beslissing ter zake zal nemen.

In een overgangperiode kunnen de aanvragen echter doorgestuurd worden naar de Eerste Minister, en dit tot de instelling door de Koning van het voormelde aanspreekpunt.

Voor nadere toelichting omtrent de door de Europese Commissie te gebruiken procedure, moet verwezen worden naar het Uitvoeringsbesluit (EU) 2016/1804 van de Commissie van 10 oktober 2016 betreffende de nadere regels voor de toepassing van de artikelen 34 en 35 van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

- Regelmatigheidsonderzoek (artikel 74 van het besluit)

Er moet op worden gewezen dat het regelmatigheidsonderzoek op analoge wijze is opgevat als in het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017. Zoals in de voormelde sectoren het geval is, beschikt de aanbestedende entiteit niet over een beoordelingsruimte in de in artikel 74, § 1, vierde lid, bedoelde gevallen.

- Overgangsbepalingen wat het gebruik van elektronische communicatiemiddelen betreft

Net zoals het geval is in het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 wordt wat het verplicht gebruik van elektronische communicatiemiddelen betreft, in bepaalde overgangsmaatregelen voorzien tot 17 oktober 2018 voor de opdrachten boven de Europese drempels en tot 31 december 2019 wat de opdrachten onder deze drempels betreft (behoudens uitzonderingen). Als een aanbestedende entiteit gebruikt wenst te maken van de overgangsmaatregel, geeft zij in de opdrachtdocumenten aan van welke van volgende communicatiemiddelen gebruik mag worden gemaakt: post of via een andere geschikte vervoerder, fax, via communicatie door middel van elektronische middelen (zonder gebruik, voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of offertes, van elektronische platformen), of door een combinatie van deze middelen. De vereisten die desgevallend van toepassing zijn op het vlak van de ondertekening van het UEA, de aanvraag tot deelneming of de offertes, moeten eveneens worden vermeld in de opdrachtdocumenten.

In het onderhavige verslag aan de Koning worden niet alle bepalingen van het ontwerp becommentarieerd. Heel wat bepalingen komen echter overeen met een bepaling van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017. Voor nadere toelichting omtrent deze bepalingen kan worden verwezen naar het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

Un certain nombre d'autres dispositions, notamment celles qui concernent les règles de publicité, sont suffisamment claires et ne nécessitent pas d'explications complémentaires.

Enfin, il a été tenu compte des remarques formulées dans l'avis 61.457 /1 du Conseil d'Etat donné le 6 juin 2017. Néanmoins, il n'a pas été donné suite à la recommandation du Conseil d'Etat qui demandait qu'il soit clarifié dans l'article 5 du projet (tel que soumis au Conseil d'Etat) quelle sanction s'applique lorsqu'il n'est pas fait mention de la liste contenant les dispositions auxquelles il est dérogé. En effet, l'objectif n'est pas de prévoir une sanction. L'article 9, § 4, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution dans les marchés publics n'en prévoit d'ailleurs pas. La disposition précitée ne sanctionne que le non-respect de l'obligation de motivation expresse mais le projet pour lequel l'avis a été sollicité concernait uniquement une obligation de prévoir les dérogations au début du cahier spécial des charges. Après réflexion, il a été jugé, à la lumière de l'absence d'une quelconque sanction, qu'il serait préférable de supprimer la disposition. Ceci permet d'éviter que le présent projet ne soit plus sévère sur ce point que l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. En effet, ce dernier arrêté ne contient pas une telle obligation. Néanmoins, la pratique consistant à lister au début du cahier des charges les dispositions auxquelles il est dérogé (dans les cas autorisés) est une bonne pratique. Les entités adjudicatrices sont donc encouragées à le faire afin d'assurer pour les opérateurs économiques une lisibilité plus importante des documents du marché.

Il est prévu, dans l'article 72, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, alinéa 1^{er}, en ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels du prestataire de services ou du titulaire ou du personnel dirigeant de l'entreprise, ou des critères relatifs à l'expérience professionnelle correspondante, que l'opérateur économique ne peut avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Le Conseil d'Etat fait remarquer que ces dispositions constituent une limitation au droit de faire appel à la capacité d'autres entités « quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités ». Pour cette limitation, il n'y aurait aucun point de rattachement dans l'article 79 de la directive 2014/25/UE. Contrairement à ce qui est mis en exergue par le Conseil d'Etat, l'article 79 de la directive précitée offre un point de rattachement pour l'introduction d'une telle limitation. En effet, l'article 79.2 stipule ce qui suit :

"2.... En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels du prestataire de services ou du titulaire ou des cadres de l'entreprise, ou les critères relatifs à l'expérience professionnelle correspondante, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises ». Une disposition similaire se trouve à l'article 79.1 (concernant le cas où usage est fait d'un système de qualification). Afin de maintenir la correspondance avec la directive, l'article 72 du projet ne peut être adapté sur le fond. La version néerlandaise a été améliorée du point de vue rédactionnel.

J'ai l'honneur d'être,

Sire,
de Votre Majesté,
le très respectueux
et très fidèle serviteur,
Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL

Avis 61.457/1 du 6 juin 2017 du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux"

Le 4 mai 2017, le Conseil d'Etat, 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 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux".

Le projet a été examiné par la première chambre le 30 mai 2017. La chambre était composée de Marnix Van Damme, président de chambre, Wilfried Van Vaerenbergh et Wouter Pas, conseillers d'Etat, Marc Rigaux et Michel Tison, assesseurs, et Wim Geurts, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas Riemsdagh, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix Van Damme, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 juin 2017.

Een aantal andere bepalingen, met name wat de bekendmakingsvoorschriften betreft, zijn voldoende duidelijk en behoeven geen nadere toelichting.

Ten slotte is rekening gehouden met de opmerkingen in het advies 61.457/1 van de Raad van State, gegeven op 6 juni 2017. Echter werd geen gevolg gegeven aan de aanbeveling van de Raad van State om in artikel 5 van het ontwerp (zoals voorgelegd voor advies aan de Raad van State) te verduidelijken wat de sanctie is indien in het bestek geen melding wordt gemaakt van de lijst van de bepalingen waarvan wordt afgeweken. Het is immers geenszins de bedoeling om in een sanctionering te voorzien. Overigens is evenmin in een sanctie voorzien in artikel 9, § 4, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten. Enkel de miskenning van de bijzondere motiveringsplicht wordt in de voormelde bepaling gesanctioneerd, maar in het om advies voorgelegd ontwerp betrof het alleen een verplichting om de afwijkingen vooraan in het bestek te vermelden. Bij nader inzien werd geoordeeld, in het licht van de afwezigheid van enige sanctie, dat de bepaling beter achterwege wordt gelaten. Op die manier wordt ook vermeden dat het onderhavig ontwerp omtrent dit punt strenger zou zijn dan het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017. In dat laatste koninklijk besluit is immers niet voorzien in een dergelijke verplichting. De praktijk waarbij de bepalingen waarvan wordt afgeweken (voor zover toegelaten) vooraan in het bestek worden vermeld, is echter een goede praktijk. De aanbestedende entiteiten worden dan ook aangeraden om dit te doen met het oog op een betere leesbaarheid van de opdrachtdocumenten door de ondernemers.

In artikel 72, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, van het ontwerp wordt gesteld dat de ondernemer, wat betreft de criteria inzake studie- en beroepskwalificaties van de dienstverlener of van de titularis of van het leidinggevend personeel van de onderneming, of de criteria betreffende de overeenstemmende beroepservaring, slechts beroep kan doen op de draagkracht van andere entiteiten, wanneer deze laatste de werken of de diensten waarvoor hun draagkracht vereist is zelf uitvoeren of leveren. Volgens de Raad van State houdt dit een beperking in op het recht om beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten "ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten", beperking waarvoor geen aanknopingspunt te vinden zou zijn in artikel 79 van richtlijn 2014/25/EU. Anders dan de Raad van State aangeeft verschaft artikel 79 van de voormelde richtlijn een aanknopingspunt voor het invoeren van een dergelijke beperking. Artikel 79.2 bepaalt immers hetgeen volgt :

"2.... Wat betreft de criteria inzake de onderwijs- en beroepskwalificaties van de dienstverlener of de aannemer of die van het leidinggevend personeel van de onderneming of inzake de relevante beroepservaring, mogen ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de capaciteit van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die vereist is, zal verrichten". Een soortgelijke bepaling is vervat in artikel 79.1 (voor het geval waarbij gebruik wordt gemaakt van een kwalificatiesysteem). Om de overeenstemming met de richtlijn te bewaren mag artikel 72 van het ontwerp inhoudelijk niet worden aangepast. Op redactioneel vlak werd de Nederlandse versie wel verbeterd.

Ik heb de eer te zijn,

Sire,
van Uwe Majesteit,
de zeer eerbiedige
en zeer getrouwe dienaar,
De Eerste Minister,
Ch. MICHEL

Advies 61.457/1 van 6 juni 2017 van de Raad van State over een ontwerp van koninklijk besluit "plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren"

Op 4 mei 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 "plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren".

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 mei 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix Van Damme, kamervoorzitter, Wilfried Van Vaerenbergh en Wouter Pas, staatsraden, Marc Rigaux en Michel Tison, assessoren, en Wim Geurts, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas Riemsdagh, 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 6 juni 2017.

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

*
* *

Portée et fondement juridique du projet

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

Le projet vise à parfaire la transposition en droit interne de la 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" (ci-après : la Directive 2014/25/UE). La loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" (ci-après : la loi du 17 juin 2016) avait déjà mis en chantier cette transposition.

Le projet tend à exécuter diverses dispositions du titre 3 (« Marchés publics dans les secteurs spéciaux ») de la loi du 17 juin 2016 et règle l'entrée en vigueur de certaines dispositions de celle-ci.

Pour l'essentiel, le dispositif en projet est destiné à se substituer à terme à celui qui est actuellement inscrit dans l'arrêté royal du 16 juillet 2012 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux" (ci-après : l'arrêté royal du 16 juillet 2012) et dans l'arrêté royal du 24 juin 2013 "relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux" (ci-après : l'arrêté royal du 24 juin 2013).

L'arrêté royal en projet réforme assez profondément les réglementations contenues dans les arrêtés royaux des 16 juillet 2012 et 24 juin 2013. Les règles de passation prévues dans ces arrêtés sont harmonisées pour constituer un dispositif nouveau, largement similaire à celui de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques", sur lequel le Conseil d'Etat, section de législation, a donné, le 13 mars 2017, l'avis 60.903/1 ^[1].

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

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

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

Le titre 3 porte sur l'attribution en procédure négociée sans mise en concurrence préalable et en procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Il prévoit à cet effet des seuils d'application spécifiques (chapitre 1^{er}) et des règles propres pour le déroulement et la conclusion du marché (chapitre 2).

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

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

1. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*
* *

Strekking en rechtsgrond van het ontwerp

2. De regeling die in het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit is vervat, betreft de plaatsing van overheidsopdrachten in de zogenaamde "speciale sectoren", zijnde de overeenkomsten onder bezwarende titel die worden gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende entiteiten en die betrekking hebben op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten.

Het ontwerp strekt tot een verdere omzetting in het interne recht van Richtlijn 2014/25/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" (hierna : Richtlijn 2014/25/EU). Met die omzetting werd eerder een begin gemaakt met de wet van 17 juni 2016 "inzake overheidsopdrachten" (hierna : de wet van 17 juni 2016).

Het ontwerp beoogt diverse bepalingen van titel 3 ("Overheidsopdrachten in de speciale sectoren") van de wet van 17 juni 2016 uit te voeren en regelt de inwerkingtreding van sommige bepalingen van die wet.

De ontworpen regeling is in essentie bedoeld om mettertijd in de plaats te komen van de regeling die nu is vervat in het koninklijk besluit "plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren" van 16 juli 2012 (hierna : het koninklijk besluit van 16 juli 2012) en in het koninklijk besluit van 24 juni 2013 "betreffende de mededinging in het raam van de Europese Unie van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten" (hierna : het koninklijk besluit van 24 juni 2013).

Het ontworpen koninklijk besluit houdt een vrij grondige hervorming in van de in de koninklijke besluiten van 16 juli 2012 en 24 juni 2013 vervatte regelingen. De plaatsingsregels die zijn vervat in deze besluiten worden geharmoniseerd tot één nieuwe regeling die in belangrijke mate gelijkenissen vertoont met het koninklijk besluit "plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren" van 18 april 2017 waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 13 maart 2017 advies 60.903/1 uitbracht. ^[1]

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

Titel 1 bevat een aantal algemene bepalingen waarin onder meer het toepassingsgebied wordt omschreven (hoofdstuk 1), en regelt voorts de raming van het opdrachtbedrag (hoofdstuk 2), de bekendmaking (hoofdstuk 3), de vaststelling, samenstelling en verbetering van prijzen (hoofdstukken 4 en 5), de opdrachtdocumenten (hoofdstuk 6), de onder-tekening en de communicatiemiddelen (hoofdstuk 7), de opties (hoofdstuk 8), de percelen (hoofdstuk 9), de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes (hoofdstuk 11), de keuze van de deelnemers (hoofdstuk 12) en het onderzoek en de voorwaarden voor de regelmatigheid van de offertes (hoofdstuk 13). ^[2]

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

Titel 3 heeft betrekking op de gunning bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging en bij onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging. Daarvoor wordt voorzien in specifieke toepassingsdrempels (hoofdstuk 1) en eigen regels voor het verloop en de sluiting van de opdracht (hoofdstuk 2).

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

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

Le titre 6 concerne la procédure de demande d'exemption, qui permet d'échapper au champ d'application du titre 3 de la loi du 17 juin 2016 lorsque les activités exercées sont directement exposées à la concurrence sur un marché dont l'accès n'est pas limité.

Ensuite, les titres 7 et 8 traitent respectivement des marchés publics de faible montant et des marchés publics pour la désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure.

Enfin, le titre 9 porte les dispositions finales, abrogatoires, transitoires et d'entrée en vigueur.

4.1. La plupart des articles du projet peuvent être réputés trouver un fondement juridique dans les dispositions de la loi du 17 juin 2016 mentionnées au deuxième alinéa du préambule du projet, tel qu'il est soumis pour avis. Il est toutefois recommandé de préciser ou de corriger quelques-unes des dispositions légales énumérées à l'alinéa précité du préambule, en visant les articles 14, §§ 5 et 7, alinéa 4 (pas "14"), 68, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, et § 2 (pas "68"), 71, alinéa 3 (pas "71"), et 171, alinéa 1^{er} (pas : "171")^[3].

4.2. En ce qui concerne les articles 151 et 153, 1^o et 3^o, de la loi du 17 juin 2016, il faut observer que ceux-ci ne prévoient pas directement une habilitation au Roi, mais qu'ils rendent applicables des dispositions du titre 2 de la loi 'relative aux marchés publics dans les secteurs classiques', qui renferment à leur tour une délégation au Roi (à savoir les articles 67, § 1^{er}, alinéa 2, 68, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, et § 2, 71, alinéa 3, 74, 75, 81, § 5, et 84, alinéa 1^{er}, cette dernière disposition n'étant toutefois pas mentionnée dans le deuxième alinéa du préambule).

4.3. Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas quelles dispositions du projet pourraient être considérées comme donnant exécution aux habilitations prévues aux articles 90, § 4, et 123, § 3, de la loi du 17 juin 2016. A défaut de pareille exécution, la mention de ces dispositions sera omise du deuxième alinéa du préambule.

4.4. Dans le deuxième alinéa du préambule, l'énumération des dispositions procurant le fondement juridique doit être complétée par la mention de l'article 84, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, que l'article 153, 3^o, de cette loi rend applicable aux marchés publics tombant dans le champ d'application du titre 3 de la loi. Cette disposition procure un fondement juridique à certaines parties du projet qui concernent la vérification des prix et des coûts (par exemple, les articles 44 et 45 du projet).

4.5. Certaines dispositions du projet trouvent un fondement juridique dans le pouvoir général d'exécution des lois que confère au Roi l'article 108 de la Constitution, combiné avec certaines dispositions de la loi du 17 juin 2016, dont certaines sont mentionnées dans le deuxième alinéa du préambule, et d'autres pas. Toutefois, il ressort déjà du premier alinéa du préambule du projet, qui vise l'article 108 de la Constitution, et de la référence à la loi du 17 juin 2016 dans son ensemble, que le pouvoir général d'exécution est invoqué^[4]. Mieux vaudrait dès lors omettre du deuxième alinéa du préambule les références aux articles 47, § 3, 58, § 2, 73, 108, alinéa 1^{er}, 118, § 2, 1^o, 124, § 2, 129, alinéa 4, 137, 141, 143, 149 et 162 de la loi du 17 juin 2016.

Examen du texte

Préambule

5. Le deuxième alinéa du préambule du projet sera adapté au regard des observations relatives au fondement juridique.

Article 4

6. Dans le texte néerlandais de l'article 4, § 1^{er}, 2^o, du projet, il est question de "bijzondere of alleenrechten". L'article 2, 3^o, de la loi du 17 juin 2016 fait cependant état de "bijzondere of exclusieve rechten". L'article 94, alinéa 1^{er}, 2^o, b), de la même loi, fait quant à lui état des "speciale of exclusieve rechten" bedoeld in artikel 2, 3^o.

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré que «[i]n plaats van "alleenrechten" [...] beter [wordt] gesproken over "exclusieve rechten", zoals in de wet. Wat de "bijzondere" rechten betreft is de situatie iets ingewikkelder. In de wet is er namelijk zowel sprake van "bijzondere rechten" (in de definities) als "speciale rechten" (artikel 94) maar telkens worden dezelfde rechten bedoeld. Het begrip wordt wellicht beter gebruikt zoals het wordt gedefinieerd in de wet ("bijzondere rechten"). Ook in de huidige wet van 2006 is sprake van "bijzondere rechten" ».

On peut se rallier à cette proposition.

Titel 6 betreft de procedure voor de aanvraag tot vrijstelling op grond waarvan de uitsluiting van het toepassingsgebied van titel 3 van de wet van 17 juni 2016 mogelijk is wanneer de uitgeoefende activiteiten rechtstreeks blootstaan aan mededinging op een markt waar de toegang niet beperkt is.

Voorts handelen de titels 7 en 8 respectievelijk over de overheidsopdrachten van beperkte waarde en tot aanstelling van een advocaat in het kader van vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een procedure.

In titel 9 zijn ten slotte de eind-, opheffings-, overgangs- en inwerkingtredingsbepalingen opgenomen.

4.1. Het merendeel van de artikelen van het ontwerp kan worden geacht rechtsgrond te vinden in de bepalingen van de wet van 17 juni 2016 waarvan melding wordt gemaakt in het tweede lid van de aanhef van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd. Het verdient wel aanbeveling om enkele van de in het voornoemde lid van de aanhef opgesomde wetsbepalingen te specificeren of te corrigeren, door te verwijzen naar de artikelen 14, § 5 en 7, vierde lid (niet "14"), 68, § 1, eerste lid, 1^o, en § 2 (niet "68"), 71, derde lid (niet "71"), 116, tweede lid (niet "116, lid 2"), en 171, eerste lid (niet: "171").^[3]

4.2. Wat de artikelen 151 en 153, 1^o en 3^o, van de wet van 17 juni 2016 betreft, moet worden opgemerkt dat deze zelf geen machtiging aan de Koning bevatten, maar dat zij bepalingen uit titel 2 van de wet "betreffende opdrachten in de klassieke sectoren" van toepassing verklaren die op hun beurt een machtiging aan de Koning bevatten (namelijk de artikelen 67, § 1, tweede lid, 68, § 1, eerste lid, 1^o, en § 2, 71, derde lid, 74, 75, 81, § 5, en 84, eerste lid, al ontbreekt de vermelding van die laatste bepaling in het tweede lid van de aanhef).

4.3. De Raad van State ziet niet in welke bepalingen van het ontwerp zouden kunnen worden beschouwd als een uitvoering van de machtigingen in artikel 90, § 4, en artikel 123, § 3, van de wet van 17 juni 2016. Bij gebreke van een zodanige uitvoering dient de vermelding van deze bepalingen te worden weggelaten in het tweede lid van de aanhef.

4.4. De opsomming van rechtsgrond biedende bepalingen in het tweede lid van de aanhef moet worden vervolledigd met de vermelding van artikel 84, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, dat in artikel 153, 3^o, van deze wet van toepassing wordt verklaard op overheidsopdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 3 van de wet vallen. Deze bepaling biedt rechtsgrond voor sommige onderdelen van het ontwerp die betrekking hebben op het prijs- en kostenonderzoek (b.v. artikelen 44 en 45 van het ontwerp).

4.5. Een aantal bepalingen van het ontwerp vindt rechtsgrond in de algemene bevoegdheid om de wet uit te voeren die de Koning put uit artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van de wet van 17 juni 2016, waarvan er een aantal worden vermeld in het tweede lid van de aanhef, maar andere niet. Dat een beroep wordt gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid blijkt evenwel reeds uit het eerste lid van de aanhef van het ontwerp waarin wordt verwezen naar artikel 108 van de Grondwet en uit de verwijzing naar de wet van 17 juni 2016 in haar geheel.^[4] De verwijzingen naar de artikelen 47, § 3, 58, § 2, 73, 108, eerste lid, 118, § 2, 1^o, 124, § 2, 129, vierde lid, 137, 141, 143, 149 en 162 van de wet van 17 juni 2016 worden derhalve het best weggelaten in het tweede lid van de aanhef.

Onderzoek van de tekst

Aanhef

5. Het tweede lid van de aanhef van het ontwerp moet in overeenstemming worden gebracht met hetgeen is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond.

Artikel 4

6. In de Nederlandse tekst van artikel 4, § 1, 2^o, van het ontwerp is sprake van "bijzondere of alleenrechten". In artikel 2, 3^o, van de wet van 17 juni 2016 is evenwel sprake van "bijzondere of exclusieve rechten". In artikel 94, eerste lid, 2^o, b), van dezelfde wet, is op zijn beurt sprake van "speciale of exclusieve rechten" bedoeld in artikel 2, 3^o.

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde dat «[i]n plaats van "alleenrechten" [...] beter [wordt] gesproken over "exclusieve rechten", zoals in de wet. Wat de "bijzondere" rechten betreft is de situatie iets ingewikkelder. In de wet is er namelijk zowel sprake van "bijzondere rechten" (in de definities) als "speciale rechten" (artikel 94) maar telkens worden dezelfde rechten bedoeld. Het begrip wordt wellicht beter gebruikt zoals het wordt gedefinieerd in de wet ("bijzondere rechten"). Ook in de huidige wet van 2006 is sprake van "bijzondere rechten" ».

Met dit voorstel kan worden ingestemd.

7. L'article 4, § 3, du projet dispose que "seuls les articles 7 et 8 du présent arrêté sont d'application aux marchés publics de faible montant visés au chapitre 7 du titre 3 de la loi". Cette disposition sera complétée par l'article 122 du projet, qui s'applique également aux marchés publics de faible montant ^[5].

8. Le délégué a déclaré :

« En vérifiant les renvois, on a constaté les erreurs suivantes :

- Article 4, § 2, 1^o : remplacer la référence à l'article 21 par une référence à l'article 22 (en néerlandais uniquement);
- Article 4, § 2, 3^o : remplacer la référence à l'article 58 par une référence à l'article 59 (en français uniquement);
- Article 4, § 4 : remplacer la référence à l'article 125 par une référence à l'article 123 (en français et en néerlandais) ».

Ces modifications peuvent être accueillies.

Article 5

9. A l'article 5 du projet, plusieurs références sont erronées.

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

« Dans la version française, l'article 43, §§ 2, 4 et 6 doit en effet être remplacé par l'article 45, §§ 2, 4 et 6.

Le renvoi vers l'article 38 ne devrait viser que l'alinéa 1^{er} de cette disposition (dans les deux langues). Le renvoi vers l'article 92 est erroné et doit être enlevé.

Il en résulte que les renvois suivants seraient plus justes :

"Conformément aux articles 34, 38, alinéa 1^{er}, 41, 45, §§ 2, 4 et 6, 48, § 1^{er}, alinéa 3, 52, § 1^{er}, 59, 62, § 3, 63, alinéas 2 et 3, 65, alinéa 1^{er}, 71, 75, § 4, alinéa 3, 77, alinéa 1^{er}, 79 et 83, alinéa 1^{er}, il peut être dérogé aux dispositions y mentionnées"

"Overeenkomstig de artikelen 34, 38, eerste lid, 41, 45, §§ 2, 4 en 6, 48, § 1, derde lid, 52, § 1, 59, 62, § 3, 63, tweede en derde lid, 65, eerste lid, 71, 75, § 4, derde lid, 77, eerste lid, 79 en 83, eerste lid mag afgeweken worden van de aldaar bedoelde bepalingen..." »

On peut se rallier à ces propositions, pour autant, en outre, que la référence à l'article 41, § 1^{er}, soit remplacée par une référence à l'article 41 dans son ensemble et qu'une référence à l'article 71 soit ajoutée.

10. A l'article 5 du projet, il est recommandé de préciser la sanction qui s'applique dans le cas où la liste des dispositions auxquelles il est dérogé n'est pas mentionnée au début du cahier spécial des charges. ^[6]

Article 9

11. Dans l'avis 60.903/1, déjà cité ci-dessus, le Conseil d'État, section de législation, avait observé ce qui suit :

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

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

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

7. Artikel 4, § 3, van het ontwerp, bepaalt dat "alleen de artikelen 7 en 8 van dit besluit van toepassing [zijn] op de in hoofdstuk 7 van titel 3 van de wet bedoelde overheidsopdrachten van beperkte waarde". Deze bepaling moet worden aangevuld met artikel 122 van het ontwerp, dat eveneens van toepassing is op de betrokken overheidsopdrachten van beperkte waarde. ^[5]

8. De gemachtigde verklaarde :

« En vérifiant les renvois, on a constaté les erreurs suivantes :

- Article 4, § 2, 1^o : remplacer la référence à l'article 21 par une référence à l'article 22 (en néerlandais uniquement);
- Article 4, § 2, 3^o : remplacer la référence à l'article 58 par une référence à l'article 59 (en français uniquement);
- Article 4, § 4 : remplacer la référence à l'article 125 par une référence à l'article 123 (en français et en néerlandais) ».

Met deze wijzigingen kan worden ingestemd.

Artikel 5

9. Artikel 5 van het ontwerp bevat diverse foutieve verwijzingen.

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde :

« Dans la version française, l'article 43, §§ 2, 4 et 6 doit en effet être remplacé par l'article 45, §§ 2, 4 et 6.

Le renvoi vers l'article 38 ne devrait viser que l'alinéa 1^{er} de cette disposition (dans les deux langues). Le renvoi vers l'article 92 est erroné et doit être enlevé.

Il en résulte que les renvois suivants seraient plus justes :

« Conformément aux articles 34, 38, alinéa 1^{er}, 41, 45, §§ 2, 4 et 6, 48, § 1^{er}, alinéa 3, 52, § 1^{er}, 59, 62, § 3, 63, alinéas 2 et 3, 65, alinéa 1^{er}, 71, 75, § 4, alinéa 3, 77, alinéa 1^{er}, 79 et 83, alinéa 1^{er}, il peut être dérogé aux dispositions y mentionnées »

"Overeenkomstig de artikelen 34, 38, eerste lid, 41, 45, §§ 2, 4 en 6, 48, § 1, derde lid, 52, § 1, 59, 62, § 3, 63, tweede en derde lid, 65, eerste lid, 71, 75, § 4, derde lid, 77, eerste lid, 79 en 83, eerste lid mag afgeweken worden van de aldaar bedoelde bepalingen..." »

Met deze voorstellen, waarbij tevens de verwijzing naar artikel 41, § 1, wordt vervangen door een verwijzing naar het gehele artikel 41 en een verwijzing naar artikel 71 wordt toegevoegd, kan worden ingestemd.

10. Het verdient aanbeveling om in artikel 5 van het ontwerp te verduidelijken wat de sanctie is indien vooraan in het bestek geen melding wordt gemaakt van de lijst van de bepalingen waarvan wordt afgeweken. ^[6]

Artikel 9

11. In het reeds eerder vermelde advies 60.903/1 merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op :

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

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

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

Bien que l'article 10, alinéa 1^{er}, du projet fasse expressément référence au "Service public fédéral Stratégie et Appui", l'article 9, § 3, du projet continue à faire état du "service public fédéral compétent". L'article 11, alinéa 2, du projet fait également mention du « service public fédéral compétent ».

Le délégué a confirmé que, dans les deux cas, il s'agit d'une erreur :

« Ook in artikel 9, § 3, moet verwezen worden naar de FOD BOSA die op dit vlak bevoegd is. Hetzelfde geldt voor artikel 11, tweede lid, van het ontwerp. ».

Article 10

12. Dans le texte néerlandais de l'article 10, alinéa 1^{er}, du projet, on omettra les mots "ter zake" avant "Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning".

Article 30

13. L'article 30, alinéa 2, du projet, qui figure dans la section 4 du chapitre 3 du titre 1^{er} du projet, laquelle concerne la "publicité belge", dispose que l'entité adjudicatrice précise la durée de validité du système de qualification dans l'avis sur l'existence dudit système et qu'elle notifie à l'Office des Publications de l'Union européenne et au *Bulletin des Adjudications* tout changement de cette durée.

Invité à fournir des précisions à propos du rôle du *Journal officiel de l'Union européenne*, le délégué a déclaré :

« In het tweede lid is vermeld dat elke wijziging van de geldigheidsduur betekend moet worden aan het *Bulletin der Aanbestedingen* en het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Er is zodoende steeds een kennisgeving vereist op het Europees niveau, ook wanneer het kwalificatiesysteem uitsluitend gebruikt zou worden voor de opdrachten onderworpen aan de Belgische bekendmaking, maar deze "Europese" kennisgeving gebeurt de facto via de diensten van het *Bulletin der Aanbestedingen*. Deze aanpak ligt in lijn met artikel 43, 2°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, dat verduidelijkt dat de opdrachten onderworpen aan de Belgische bekendmaking in mededinging kunnen worden gesteld via een aankondiging betreffende het bestaan van een kwalificatiesysteem. Dit laatste systeem moet dan wel ingevoerd zijn overeenkomstig artikel 40, dus overeenkomstig de regels die ter zake gelden voor de Europese bekendmaking. ».

Il semble que le projet mérite d'être précisé sur ce point. A tout le moins, des précisions à cet égard devraient être apportées dans le rapport au Roi.

Article 34

14. L'article 34 dispose que "[s]auf disposition contraire dans les documents du marché, les prix sont énoncés dans l'offre en euros et le montant total de l'offre est exprimé en toutes lettres".

Interrogé sur la nécessité de fixer des règles de conversion de et vers l'euro (concernant par exemple le moment à prendre en considération pour déterminer les cours de change applicables), le délégué a déclaré :

« Les prix devant être en principe énoncés en euros dans l'offre, il n'y a (en principe) pas d'intérêt à fixer les règles de conversion de la monnaie. Lorsque les documents du marché dérogent à l'utilisation obligatoire de l'euro, c'est différent. Dans ce cas, il convient de fixer les règles de conversion de la monnaie dans les documents du marché. Néanmoins, la question se pose si une dérogation à l'utilisation de l'euro a beaucoup d'utilité. La possibilité de dérogation porte surtout sur le fait de mettre le montant de l'offre en toutes lettres. »

En outre, l'article 34 ne prévoit pas seulement, à strictement parler, que "le montant total de l'offre est exprimé en toutes lettres", mais aussi qu'"[i]l en va de même pour les prix unitaires". Le délégué a déclaré à ce sujet :

« En effet, la rédaction de l'article 34 laisse penser que le prix exprimé en toutes lettres est également d'application pour les prix unitaires. Ce n'est pas le but de l'article. De cette manière, la disposition serait trop contraignante. Pour ne pas induire en erreur, il pourrait être envisagé tout simplement de ne pas aborder cette problématique de manière expresse dans le projet (il existe déjà une possibilité de dérogation pour l'indication en toutes lettres du montant total). »

Eu égard aux réponses citées, le délégué a proposé d'adapter l'article 34 du projet comme suit :

« Art. 34. Les prix sont énoncés dans l'offre en euros.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le montant total de l'offre est exprimé en toutes lettres. »

Hoewel in artikel 10, eerste lid, van het ontwerp uitdrukkelijk wordt verwezen naar de "Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning", is in artikel 9, § 3, van het ontwerp nog steeds sprake van "de ter zake bevoegde federale overheidsdienst". Ook in artikel 11, tweede lid, van het ontwerp is sprake van "de bevoegde federale overheidsdienst".

De gemachtigde bevestigde dat dit in beide gevallen op een vergissing berust :

« Ook in artikel 9, § 3, moet verwezen worden naar de FOD BOSA die op dit vlak bevoegd is. Hetzelfde geldt voor artikel 11, tweede lid, van het ontwerp. ».

Artikel 10

12. In de Nederlandse tekst van het ontwerp moeten in artikel 10, eerste lid, de woorden "ter zake" voor "Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning" worden weggelaten.

Artikel 30

13. In artikel 30, tweede lid, van het ontwerp, dat deel uitmaakt van afdeling 4 van hoofdstuk 3 van titel 1 van het ontwerp, die de "Belgische bekendmaking" betreft, wordt bepaald dat de aanbestedende entiteit de geldigheidsduur van het kwalificatiesysteem verduidelijkt in de aankondiging betreffende het bestaan van dit systeem en dat zij elke wijziging van deze duur "betekent aan het Publicatieblad van de Europese Unie en aan het *Bulletin der Aanbestedingen*".

Gevraagd om een nadere toelichting omtrent de rol van het *Publicatieblad van de Europese Unie* verklaarde de gemachtigde :

« In het tweede lid is vermeld dat elke wijziging van de geldigheidsduur betekend moet worden aan het *Bulletin der Aanbestedingen* en het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Er is zodoende steeds een kennisgeving vereist op het Europees niveau, ook wanneer het kwalificatiesysteem uitsluitend gebruikt zou worden voor de opdrachten onderworpen aan de Belgische bekendmaking, maar deze "Europese" kennisgeving gebeurt de facto via de diensten van het *Bulletin der Aanbestedingen*. Deze aanpak ligt in lijn met artikel 43, 2°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, dat verduidelijkt dat de opdrachten onderworpen aan de Belgische bekendmaking in mededinging kunnen worden gesteld via een aankondiging betreffende het bestaan van een kwalificatiesysteem. Dit laatste systeem moet dan wel ingevoerd zijn overeenkomstig artikel 40, dus overeenkomstig de regels die ter zake gelden voor de Europese bekendmaking. ».

Het ontwerp lijkt op dit punt baat te hebben bij een verduidelijking. Minstens is het raadzaam om desbetreffend een en ander toe te lichten in het verslag aan de Koning.

Artikel 34

14. Artikel 34 bepaalt dat "[b]ehoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten [...] de prijzen in de offerte in euro [worden] uitgedrukt en [...] het totale offertebedrag voluit [wordt] geschreven".

Ondervraagd omtrent de noodzaak van een regeling inzake de conversie van en naar de euro (zoals bijvoorbeeld inzake het tijdstip dat als basis wordt genomen voor de toepasselijke wisselkoersen) verklaarde de gemachtigde :

« Les prix devant être en principe énoncés en euros dans l'offre, il n'y a (en principe) pas d'intérêt à fixer les règles de conversion de la monnaie. Lorsque les documents du marché dérogent à l'utilisation obligatoire de l'euro, c'est différent. Dans ce cas, il convient de fixer les règles de conversion de la monnaie dans les documents du marché. Néanmoins, la question se pose si une dérogation à l'utilisation de l'euro a beaucoup d'utilité. La possibilité de dérogation porte surtout sur le fait de mettre le montant de l'offre en toutes lettres. »

Artikel 34 bepaalt bovendien strikt genomen dat niet alleen "het totale offertebedrag voluit [wordt] geschreven", maar ook dat "[h]etzelfde geldt voor de eenheidsprijzen". De gemachtigde verklaarde hieromtrent :

« En effet, la rédaction de l'article 34 laisse penser que le prix exprimé en toutes lettres est également d'application pour les prix unitaires. Ce n'est pas le but de l'article. De cette manière, la disposition serait trop contraignante. Pour ne pas induire en erreur, il pourrait être envisagé tout simplement de ne pas aborder cette problématique de manière expresse dans le projet (il existe déjà une possibilité de dérogation pour l'indication en toutes lettres du montant total). »

Gelet op de geciteerde antwoorden stelde de gemachtigde voor om artikel 34 van het ontwerp als volgt aan te passen :

« Art. 34. Les prix sont énoncés dans l'offre en euros.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le montant total de l'offre est exprimé en toutes lettres. »

On peut se rallier à cette proposition de texte, étant entendu que la référence à l'article 34, figurant à l'article 5 du projet, doit alors être remplacée par une référence à l'article 34, alinéa 2.

Article 46

15. A l'article 46, alinéa 1^{er}, du projet, la référence aux "articles 43 ou 44" sera remplacée par une référence aux articles "44 ou 45".

Article 48

16. Au début du premier alinéa de l'article 48 du projet, la mention "§ 1." semble faire défaut.

Titre 1^{er}, chapitre 11

17. Le titre 1^{er} du projet ne comporte pas de chapitre 10. Le chapitre 11 du titre 1^{er} (articles 60 à 65) doit par conséquent devenir le chapitre 10. Les chapitres 12 et 13 doivent également être renumérotés.

Article 62

18. Dans le texte néerlandais du projet, la mention "Art. 61. § 1" doit être remplacée par "Art. 62. § 1".

Article 66

19. L'article 66, 2^o, du projet dispose que, dans certains cas, l'entité adjudicatrice peut "exiger de toute personne morale, ayant introduit une demande de participation ou une offre, la production de ses statuts ou actes de société ainsi que de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants, pour autant qu'il s'agisse de documents et d'informations qui ne peuvent être obtenus en application de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions".

La loi précitée du 16 janvier 2003 a toutefois été abrogée par la loi du 17 juillet 2013 « portant insertion du livre III "Liberté d'établissement, de prestation de service et obligations générales des entreprises", dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre III et des dispositions d'application de la loi propres au livre III, dans les livres I et XV du Code de droit économique », qui est entrée en vigueur le 9 mai 2014.

La référence à la loi du 16 janvier 2003 doit par conséquent être remplacée par une référence aux dispositions pertinentes du Code de droit économique.

Articles 68 et 69

20. Dans le texte néerlandais des articles 68 et 69 du projet, les mots "het koninklijk besluit plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017" seront remplacés par les mots "het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017".

Article 71

21. Le délégué a déclaré que la référence aux "articles 66 à 70 et 73 de l'arrêté royal du... relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques" doit être remplacée par une référence aux articles 65 à 69 et 72 de cet arrêté.

Il faut en outre mentionner la date (18 avril 2017) de l'arrêté royal "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques".

Article 72

22. Le délégué a déclaré qu'à l'article 72, §§ 2, 3 et 4, du projet, la référence à "l'article 124, § 1^{er}, 4^o, 5^o, 6^o, 8^o, 9^o et 11^o" de la loi du 17 juin 2016 devait être remplacée par une référence à "article 124, § 1^{er}, 4^o, 5^o, 6^o, et 8^o" de cette loi. On peut se rallier à cette proposition.

23. L'article 72, § 5, du projet sera complété par les mots "de la loi".

Article 73

24. La lecture du texte néerlandais de l'article 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, est très malaisée. Pour assurer la sécurité juridique et la transparence de la réglementation, il est recommandé de soumettre cette disposition à un contrôle rédactionnel supplémentaire. L'article 73, § 2, alinéa 1^{er}, du projet, comporte une réglementation analogue et est sensiblement plus clair.

25. L'article 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, alinéa 1^{er}, du projet, comporte une limitation en vertu de laquelle "l'opérateur économique ne peut avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises".

Met dit tekstvoorstel kan worden ingestemd, met dien verstande dat de verwijzing naar artikel 34, in artikel 5 van het ontwerp, in dat geval moet worden vervangen door een verwijzing naar artikel 34, tweede lid.

Artikel 46

15. In artikel 46, eerste lid, van het ontwerp, moet de verwijzing naar "de artikelen 43 of 44" worden vervangen door een verwijzing naar "de artikelen 44 of 45".

Artikel 48

16. Aan het begin van het eerste lid van artikel 48 van het ontwerp lijkt de aanduiding "§ 1." te ontbreken.

Titel 1, hoofdstuk 11

17. Titel 1 van het ontwerp bevat geen hoofdstuk 10. Hoofdstuk 11 van titel 1 (artikelen 60 tot 65) dient bijgevolg hoofdstuk 10 te worden. Ook de hoofdstukken 12 en 13 dienen te worden hernummerd.

Artikel 62

18. In de Nederlandse tekst van het ontwerp moet de aanduiding "Art. 61. § 1" worden vervangen door "Art. 62. § 1".

Artikel 66

19. Artikel 66, 2^o, van het ontwerp, bepaalt dat de aanbestedende entiteit in bepaalde gevallen "van elke rechtspersoon die een aanvraag tot deelneming of een offerte heeft ingediend de voorlegging [kan] eisen van zijn statuten of vennootschapsakten, evenals van elke wijziging van de inlichtingen betreffende zijn bestuurders of zaakvoerders, voor zover het documenten en inlichtingen betreft die niet met toepassing van de wet van 16 januari 2003 tot oprichting van de Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen, kunnen worden verkregen."

De voornoemde wet van 16 januari 2003 werd echter opgeheven bij de wet van 17 juli 2013 « houdende invoeging van Boek III "Vrijheid van vestiging, dienstverlening en algemene verplichtingen van de ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek III en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek III, in boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht », die op 9 mei 2014 in werking is getreden.

De verwijzing naar de wet van 16 januari 2003 dient bijgevolg te worden vervangen door een verwijzing naar de relevante bepalingen in het Wetboek van economisch recht.

Artikelen 68 en 69

20. In de Nederlandse tekst van de artikelen 68 en 69 van het ontwerp moeten de woorden "het koninklijk besluit plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017" worden vervangen door de woorden "het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017".

Artikel 71

21. De gemachtigde verklaarde dat de verwijzing naar "de artikelen 66 tot 70 en 73 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren" moet worden vervangen door een verwijzing naar de artikelen 65 tot 69 en 72 van dat besluit.

Tevens dient de datum van het koninklijk besluit "plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren" (18 april 2017) te worden vermeld.

Artikel 72

22. De gemachtigde verklaarde dat in artikel 72, §§ 2, 3 en 4, van het ontwerp, de verwijzing naar "artikel 124, § 1, 4^o, 5^o, 6^o, 8^o, 9^o en 11^o" van de wet van 17 juni 2016 moet worden vervangen door een verwijzing naar "artikel 124, § 1, 4^o, 5^o, 6^o, en 8^o" van die wet. Daarmee kan worden ingestemd.

23. Artikel 72, § 5, van het ontwerp, dient te worden aangevuld met de woorden "van de wet".

Artikel 73

24. De Nederlandse tekst van artikel 73, § 1, eerste lid, van het ontwerp, is zeer moeilijk leesbaar. Met het oog op de rechtszekerheid en de transparantie van de regelgeving is het raadzaam om deze bepaling aan een bijkomend redactioneel nazicht te onderwerpen. Artikel 73, § 2, eerste lid, van het ontwerp, bevat een gelijkaardige regeling en is enigszins duidelijker.

25. Artikel 73, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, van het ontwerp, bevatten een beperking waardoor "de ondernemers slechts beroep [kunnen] doen op de draagkracht van andere entiteiten, voor zover deze laatste zelf de werken zullen uitvoeren of de diensten zullen presteren waarvoor deze draagkracht nodig is".

Cette disposition constitue une restriction au droit de recourir aux capacités d'autres entités "quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités". Cette limitation ne paraît pas pouvoir s'appuyer sur l'article 79 de la Directive 2014/25/UE.

L'auteur du projet doit soumettre ces dispositions à un examen complémentaire au regard de l'article 79 de la Directive 2014/25/UE. Le cas échéant, on justifiera la compatibilité avec cette disposition de la directive dans le rapport au Roi.

Article 86

26. Dans l'avis 60.903/1, le Conseil d'Etat, section de législation, observait ce qui suit :

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

La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 86 du projet. Interrogé à propos du fait qu'il n'a apparemment pas été tenu compte de l'observation citée dans l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques", le délégué a déclaré ce qui suit :

« Inderdaad. Dit moet ons zijn ontgaan. De Nederlandse versie wordt wellicht beter aangepast als volgt :

'Wanneer verscheidene regelmatige offertes in gelijke mate als economisch meest voordelige worden beschouwd, vraagt de aanbestedende entiteit de inschrijvers in kwestie, om ze van elkaar te kunnen onderscheiden, ~~met het oog op een beslissing~~ schriftelijke prijsverminderingen of verbeteringsvoorstellen voor hun offerte in te dienen' . »

Article 93

27. Dans l'avis 60.903/1, le Conseil d'Etat, section de législation, observait ce qui suit :

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

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

Le projet actuellement à l'examen tient compte dans une large mesure de cette observation. L'article 93, 2^o, du projet fait cependant état, tant de "kennisgeving", que de "betekening". Il est recommandé d'utiliser systématiquement la notion de "kennisgeving". Au demeurant, la notion de "betekening" vise plutôt la remise d'une copie de l'acte par exploit d'huissier de justice ^[7].

Article 109

28. A l'article 109 du projet, la référence à l'article 127 doit être remplacée par une référence à l'article 128.

Article 121

29. L'article 121, § 2, du projet correspond pour l'essentiel à l'article 34, paragraphe 2, de la Directive 2014/25/UE. Ces dispositions comportent des éléments qui sont pris en considération pour apprécier une demande d'exemption. Cette décision d'exemption est cependant prise par la Commission européenne, qui doit tenir compte des articles 34 et 35 de la Directive 2014/25/UE. Bien que la mention d'éléments d'appréciation dans l'article 121, § 2, du projet puisse avoir une valeur informative pour l'entité adjudicatrice concernée, cette disposition est, en tant que telle, dépourvue de valeur normative et doit être omise du projet.

Il en va de même *mutatis mutandis* pour l'article 121, § 3, et l'annexe 11 du projet, qui correspondent respectivement à l'article 34, paragraphe 3, et à l'annexe III de la Directive 2014/25/UE.

Article 123

30. Dans l'avis 60.903/1, le Conseil d'Etat, section de législation, observait ce qui suit :

« 83. Dans l'intitulé du titre 7 et dans l'article 126 du projet, les mots "procédure judiciaire" seront remplacés par le mot "procédure". En effet, il ressort de l'article 28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, a) et b) (et non : "l'article 28, § 1^{er}, 4^o, a) et b)"), de la loi du 17 juin 2016 que les marchés

Deze bepaling vormt een beperking op het recht om beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten "ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten". Deze beperking lijkt geen aanknopingspunt te vinden in artikel 79 van Richtlijn 2014/25/EU.

De auteur van het ontwerp dient deze bepalingen aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen in het licht van artikel 79 van Richtlijn 2014/25/EU. In voorkomend geval dient een verantwoording over de verenigbaarheid met deze richtlijnbeepaling in het verslag aan de Koning te worden opgenomen.

Artikel 86

26. In advies 60.903/1 merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op :

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

Dezelfde opmerking kan worden gemaakt ten aanzien van artikel 86 van het ontwerp. Ondervraagd over het gegeven dat met de geciteerde opmerking ogenschijnlijk geen rekening was gehouden in het koninklijk besluit "plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren" van 18 april 2017 verklaarde de gemachtigde :

« Inderdaad. Dit moet ons zijn ontgaan. De Nederlandse versie wordt wellicht beter aangepast als volgt :

"Wanneer verscheidene regelmatige offertes in gelijke mate als economisch meest voordelige worden beschouwd, vraagt de aanbestedende entiteit de inschrijvers in kwestie, om ze van elkaar te kunnen onderscheiden, ~~met het oog op een beslissing~~ schriftelijke prijsverminderingen of verbeteringsvoorstellen voor hun offerte in te dienen". »

Artikel 93

27. In advies 60.903/1 merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op :

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

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

Het actueel voorliggende ontwerp houdt in grote mate rekening met deze opmerking. In artikel 93, 2^o, van het ontwerp is echter sprake van zowel "kennisgeving" als van "betekening". Het is aangewezen om telkens het begrip "kennisgeving" te gebruiken. Het begrip "betekening" refereert trouwens veeleer aan de afgifte van een afschrift van een akte van rechtspleging bij gerechtsdeurwaardersexploat. ^[7]

Artikel 109

28. In artikel 109 van het ontwerp moet de verwijzing naar artikel 127 worden vervangen door een verwijzing naar artikel 128.

Artikel 121

29. Artikel 121, § 2, van het ontwerp, stemt goeddeels overeen met artikel 34, lid 2, van Richtlijn 2014/25/EU. Deze bepalingen bevatten elementen die bij de beoordeling van een aanvraag tot vrijstelling worden betrokken. Deze beslissing inzake de vrijstelling wordt echter genomen door de Europese Commissie, die rekening dient te houden met de artikelen 34 en 35 van Richtlijn 2014/25/EU. Hoewel het opnemen van de beoordelingselementen in artikel 121, § 2, van het ontwerp, een informatieve waarde kan hebben voor de betrokken aanbestedende entiteit, heeft deze bepaling als dusdanig geen normatieve waarde en dient deze uit het ontwerp te worden weggelaten.

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor artikel 121, § 3, en bijlage 11 bij het ontwerp, die overeenstemmen met respectievelijk artikel 34, lid 3, en bijlage III bij Richtlijn 2014/25/EU.

Artikel 123

30. In advies 60.903/1 merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op :

« 83. In het opschrift van titel 7 en in artikel 126 van het ontwerp, dienen de woorden "procedure in rechte" te worden vervangen door het woord "procedure". Uit artikel 28, § 1, eerste lid, 4^o, a) en b) (niet : "artikel 28, § 1, 4^o, a) en b)"), van de wet van 17 juni 2016,

publics (et non : “marchés”) visés dans cette disposition légale ainsi que dans l’article 126 du projet ne doivent pas nécessairement porter sur une procédure devant une autorité juridictionnelle. »

Bien que l’intitulé du titre 8 tienne compte de l’observation citée, l’article 123 du projet continue à faire référence à une “procédure judiciaire”. La rédaction de l’article 123 doit par conséquent être adaptée également.

Article 128

31. Il faut viser les articles 126 et 127 et non pas les articles 128 et 129. En outre, il y a lieu d’éliminer la discordance entre les textes français (“articles 128 et 129”) et néerlandais (“artikelen 128 of 129”).

Article 131

32. Dans la phrase introductive de l’article 131 du projet, les références aux articles 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 74, § 2, de la loi du 17 juin 2016 doivent être remplacées par des références aux articles 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 73, § 2, de la loi précitée.

Article 132

33. L’article 132 du projet, comporte une contradiction interne relativement à la disposition qui entre en vigueur non pas le 30 juin 2017, mais le 1^{er} mai 2018 (article 124 ou 126). Cette incohérence varie en outre selon la version linguistique de la disposition.

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

« Wat artikel 132 betreft is het de bedoeling dat het besluit in werking treedt op 30 juni 2017. De regel is echter anders wat de bepaling betreft omtrent de vraag tot toegang tot Telemarc (art. 124). Deze laatste bepaling treedt slechts in werking op 1 mei 2018.

Artikel 132 hoort dan ook te luiden als volgt :

“Art. 132. Dit besluit, met uitzondering van artikel 124, treedt in werking op 30 juni 2017.

Artikel 124 treedt in werking op 1 mei 2018.” ».

Le greffier,
Wim Geurts

Le président,
Marnix Van Damme

[1] Avis C.E. 60.903/1 du 13 mars 2017 sur un projet devenu l’arrêté royal du 18 avril 2017 “relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques”.

[2] Le titre 1^{er} du projet ne comporte pas de chapitre 10.

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

[4] Voir également *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, recommandation n° 23.1, d), à consulter sur le site internet du Conseil d’Etat (www.raadvst-consetat.be).

[5] Voir également l’article 4, § 3, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 “relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques” : « Conformément à l’article 92 de la loi, seuls les articles 6, 7 et 124 du présent arrêté sont d’application aux marchés publics de faible montant visés au chapitre 7 du titre 2 de la loi. »

[6] A titre de comparaison, on peut citer l’article 9, § 4, de l’arrêté royal du 14 janvier 2013 “établissant les règles générales d’exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics”, qui ne sanctionne, il est vrai, que la méconnaissance de l’obligation de motivation spéciale.

[7] Voir l’article 32, 1^o, du C.J.

18 JUIN 2017. — Arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux

PHILIPPE, Roi des Belges,

A tous, présents et à venir, Salut.

Vu la Constitution, l’article 108;

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les articles 8, § 2, alinéa 2, 9, alinéa 1^{er}, 14, § 5 et 7, alinéa 4, 16, alinéa 1^{er}, 28, § 2, 67, § 1^{er}, alinéa 2, 68, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, et § 2, 71, alinéa 3, 74, 75, 81, § 5, 84, alinéa 1^{er}, 93, alinéa 2, 94, alinéa 2, 116, alinéa 2, 118, § 5, 119, § 3, 120, § 3, 121, § 8, alinéa 2, 122, § 7, 124, § 1^{er}, 1^o et § 3, 126, alinéa 2, 127,

blijkt immers dat de in die wetsbepaling en de in artikel 126 van het ontwerp beoogde overheidsopdrachten (niet : “opdrachten”) niet noodzakelijk op een procedure voor een rechterlijke instantie betrekking hoeven te hebben. »

Hoewel het opschrift van titel 8 rekening houdt met de geciteerde opmerking, wordt in artikel 123 van het ontwerp nog steeds verwezen naar “een procedure in rechte”. Ook de redactie van artikel 123 moet bijgevolg worden aangepast.

Artikel 128

31. Er moet worden verwezen naar de artikelen 126 en 127 in plaats van naar de artikelen 128 en 129. Tevens moet de discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst (“artikelen 128 of 129” en “articles 128 et 129”) worden weggewerkt.

Artikel 131

32. De verwijzingen naar de artikelen 15, § 1, eerste lid, en 74, § 2, van de wet van 17 juni 2016, in de inleidende zin van artikel 131 van het ontwerp moeten worden vervangen door verwijzingen naar de artikelen 14, § 1, eerste lid, en 73, § 2, van de voornoemde wet.

Artikel 132

33. Artikel 132 van het ontwerp bevat een interne tegenstrijdigheid omtrent de bepaling die niet op 30 juni 2017, maar op 1 mei 2018 in werking treedt (artikel 124 dan wel 126). Deze inconsistentie verschilt bovendien naargelang de taalversie van de bepaling.

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde :

« Wat artikel 132 betreft is het de bedoeling dat het besluit in werking treedt op 30 juni 2017. De regel is echter anders wat de bepaling betreft omtrent de vraag tot toegang tot Telemarc (art. 124). Deze laatste bepaling treedt slechts in werking op 1 mei 2018.

Artikel 132 hoort dan ook te luiden als volgt :

« Art. 132. Dit besluit, met uitzondering van artikel 124, treedt in werking op 30 juni 2017.

Artikel 124 treedt in werking op 1 mei 2018.” ».

De griffier,
Wim Geurts

De voorzitter,
Marnix Van Damme

[1] Adv. RvS 60.903/1 van 13 maart 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit “plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren” van 18 april 2017.

[2] Titel 1 van het ontwerp bevat geen hoofdstuk 10.

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

[4] Zie ook *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 23.1, d), te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

[5] Vgl. ook met artikel 4, § 3, van het koninklijk besluit “plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren” van 18 april 2017 : “Overeenkomstig artikel 92 van de wet zijn alleen de artikelen 6, 7 en 124 van dit besluit van toepassing op de in hoofdstuk 7 van titel 2 van de wet bedoelde overheidsopdrachten van beperkte waarde.”

[6] Ter vergelijking kan gewezen worden op artikel 9, § 4, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 “tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken”, waarbij weliswaar enkel de miskenning van de bijzondere motiveringsplicht wordt gesanctioneerd.

[7] Zie artikel 32, 1^o, Ger.W.

18 JUNI 2017. — Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren

FILIP, Koning der Belgen,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.

Gelet op de Grondwet, artikel 108;

Gelet op de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, de artikelen 8, § 2, tweede lid, 9, eerste lid, 14, § 5 en 7, vierde lid, 16, eerste lid, 28, § 2, 67, § 1, tweede lid, 68, § 1, eerste lid, 1^o, en § 2, 71, derde lid, 74, 75, 81, § 5, 84, eerste lid, 93, tweede lid, 94, tweede lid, 116, tweede lid, 118, § 5, 119, § 3, 120, § 3, 121, § 8, tweede lid, 122, § 7, 124,

alinéa 2, 128, alinéa 2, 132, alinéa 1^{er}, 136, § 4, 139, § 3, 140, alinéa 3, 142, alinéa 2, 144, 146, § 2, alinéa 2, 150, § 3, 151, 153, 1^o et 3^o, 160, § 4, 171, alinéa 1^{er} et 193;

Vu l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux;

Vu l'arrêté royal du 24 juin 2013 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;

Vu l'avis de la Commission des marchés publics, donné le 17 mars 2017;

Vu l'analyse d'impact de la réglementation du 17 mars 2017;

Vu l'avis de l'Inspecteur des Finances, donné le 7 avril 2017;

Vu l'accord de la Ministre du Budget, donné le 24 avril 2017;

Vu l'avis 61.457/1 du Conseil d'Etat, donné le 6 juin 2017, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Sur la proposition du Premier Ministre et de l'avis des Ministres qui en ont délibéré en Conseil,

Nous avons arrêté et arrêtons :

TITRE 1^{er}. — Dispositions générales

CHAPITRE 1^{er}. — Définition, taxe sur la valeur ajoutée et champ d'application

Section 1^{ère}. — Disposition liminaire

Article premier. Le présent arrêté transpose partiellement la 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.

Section 2. — Définitions

Art. 2. Pour l'application du présent arrêté, on entend par :

1^o la loi : la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;

2^o le marché : le marché public, l'accord-cadre et le concours, définis à l'article 2, 17^o, 18^o, 20^o, 21^o, 31^o et 35^o, de la loi;

3^o le marché à prix global : le marché dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations du marché ou de chacun des postes;

4^o le marché à bordereau de prix : le marché dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en oeuvre;

5^o le marché à remboursement : le marché dans lequel le prix des prestations effectuées est déterminé après vérification des prix réclamés en fonction des précisions contenues dans les documents du marché relatives aux éléments de coût qui peuvent être pris en compte, la manière d'établir ceux-ci et l'importance des marges à y appliquer;

6^o le marché mixte : le marché dont les prix sont fixés selon plusieurs des modes décrits aux 3^o à 5^o;

7^o le métré récapitulatif : dans un marché de travaux, le document du marché qui fractionne les prestations en postes différents et précise pour chacun d'eux la quantité ou le mode de détermination du prix;

8^o l'inventaire : dans un marché de fournitures ou de services, le document du marché qui fractionne les prestations en postes différents et précise pour chacun d'eux la quantité ou le mode de détermination du prix;

9^o la signature électronique qualifiée : la signature électronique avancée visée à l'article 3, 12^o, du règlement 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique;

§ 1, 1^o et § 1, 126, deuxième lid, 127, deuxième lid, 128, deuxième lid, 132, eerste lid, 136, § 4, 139, § 3, 140, derde lid, 142, deuxième lid, 144, 146, § 2, tweede lid, 150, § 3, 151, 153, 1^o en 3^o, 160, § 4, 171, eerste lid en 193;

Gelet op het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren van 16 juli 2012;

Gelet op het koninklijk besluit van 24 juni 2013 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Unie van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten;

Gelet op het advies van de Commissie voor de Overheidsopdrachten, gegeven op 17 maart 2017;

Gelet op de regelgevingsimpactanalyse van 17 maart 2017;

Gelet op het advies van de Inspecteur van Financiën, gegeven op 7 april 2017;

Gelet op het akkoord van de Minister van begroting, gegeven op 24 april 2017;

Gelet op het advies 61.457/1 van de Raad van State, gegeven op 6 juni 2017 in toepassing van artikel 84, eerste paragraaf, eerste lid, 2^o, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Op de voordracht van de Eerste minister en op het advies van de in raad vergaderde ministers,

Hebben Wij besloten en besluiten Wij :

TITEL 1. — Algemene bepalingen

HOOFDSTUK 1. — Definitie, belasting over de toegevoegde waarde en toepassingsgebied

Afdeling 1. — Inleidende bepaling

Artikel 1. Onderhavig besluit geeft gedeeltelijk omzetting aan de richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van de richtlijn 2004/17/EG.

Afdeling 2. — Definities

Art. 2. Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder:

1^o de wet : de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;

2^o de opdracht : de overheidsopdracht, raamovereenkomst en prijsvraag, bepaald in artikel 2, 17^o, 18^o, 20^o, 21^o, 31^o en 35^o, van de wet;

3^o de opdracht tegen globale prijs: de opdracht waarbij een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties van de opdracht of van elke post dekt;

4^o de opdracht tegen prijslijst : de opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, worden vermoed of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden;

5^o de opdracht tegen terugbetaling: de opdracht waarbij de prijs van de uitgevoerde prestaties wordt vastgesteld na onderzoek van de gevorderde prijzen op basis van wat de opdrachtdocumenten bepalen over de kostenbestanddelen die mogen worden aangerekend, de berekeningswijze van de kosten en de omvang van de daarop toe te passen marges;

6^o de opdracht met gemengde prijsvaststelling : de opdracht waarbij de prijzen worden vastgesteld op de verschillende wijzen zoals omschreven in de bepalingen onder 3^o tot 5^o;

7^o de samenvattende opmeting: het opdrachtdocument waarin de prestaties van een opdracht voor werken over verschillende posten worden gefractioneerd en waarbij voor iedere post de hoeveelheid of de wijze van prijsvaststelling wordt vermeld;

8^o de inventaris: het opdrachtdocument waarin de prestaties van een opdracht voor leveringen of diensten over verschillende posten worden gefractioneerd en waarbij voor iedere post de hoeveelheid of de wijze van prijsvaststelling wordt vermeld;

9^o de gekwalificeerde elektronische handtekening : de in artikel 3, 12^o, van de verordening nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG bedoelde geavanceerde elektronische handtekening die is aangemaakt met een gekwalificeerd middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen en die gebaseerd is op een gekwalificeerd certificaat voor elektronische handtekeningen;