



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 61.030/1
van 23 maart 2017

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 61.030/1
du 23 mars 2017

sur

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

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

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

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 maart 2017.

*

Le 22 février 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services’.

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

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

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

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

*

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt in hoofdzaak tot het wijzigen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’. De ontworpen wijzigingen hangen samen met de totstandkoming van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en de ontworpen uitvoeringsbesluiten ervan.

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

De inhoudelijke wijzigingen houden onder meer in dat een nieuwe en meer omvangrijke regeling inzake onderaanneming wordt tot stand gebracht, waarvan bepaalde onderdelen moeten worden gesitueerd in de strijd tegen sociale dumping. Er wordt tevens een uitgebreide regeling inzake de wijziging aan opdrachten tijdens de looptijd ingevoerd. Deze regelingen vormen, althans gedeeltelijk, de omzetting van sommige bepalingen van de richtlijnen 2014/24/EU¹ en 2014/25/EU².

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

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

3.1. In de eerste vier leden van de aanhef van het ontwerp wordt melding gemaakt van de volgende rechtsgrond biedende bepalingen: artikel 108 van de Grondwet waarin wordt gerefereerd aan de algemene bevoegdheid van de Koning om de wetten uit te voeren, artikel 7, § 1, van de wet van 13 augustus 2011³, de artikelen 7, tweede lid, 10, tweede lid, 11, tweede lid,

¹ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’.

² Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG’.

³ Wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

12, tweede lid, 86 en 156 van de voornoemde wet van 17 juni 2016, en artikel 63 van de eveneens al genoemde wet van 16 februari 2017.

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

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

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

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

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

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

⁴ Zie wat dat betreft adv.RvS 51.586/1/V van 2 augustus 2012 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, nr. 7.1, BS 14 februari 2013, 8801.

⁵ De inwerkingtreding van het ontworpen koninklijk besluit is vastgelegd op 30 juni 2017 (artikel 47 van het ontwerp). Overeenkomstig artikel 132 van het ontwerp van koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 13 maart 2017 advies 60.903/1 uitbracht treden, “[v]oor de overheidsopdrachten die onder het toepassingsveld van titel 2 van de wet vallen, (...) de artikelen van de wet die nog niet in werking zijn getreden, met uitzondering van de in artikel 133 van dit besluit vermelde bepalingen, in werking op 30 juni 2017, voor de opdrachten die vanaf die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte”. Er moet over gewaakt worden dat de betrokken bepalingen van de wet van 17 juni 2016 eveneens tijdig in werking treden wat de overheidsopdrachten betreft die onder het toepassingsgebied van titel 3 van deze wet vallen.

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

In zoverre het koninklijk besluit van 14 januari 2013 deze opdrachten betreft, vond het in beginsel rechtsgrond in artikel 35, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011, op grond waarvan de Koning “de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten” bepaalt. Sommige onderdelen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 vonden rechtsgrond in een meer specifieke rechtsgrondbepaling van de wet van 13 augustus 2011.⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 2, 1°, behalve in het onder 2°, c, bedoelde geval;
- b) de overheidsbedrijven bedoeld in artikel 2, 2°, voor de opdrachten die betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, decreet of ordonnantie;

⁶ Zie het reeds vermelde adv.RvS 51.586/1/V van 2 augustus 2012, nr. 7.1, BS 14 februari 2013, 8801.

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

- a) de overheidsbedrijven bedoeld in artikel 2, 2°, voor de opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie;
- b) de personen die genieten van de speciale of exclusieve rechten bedoeld in artikel 2, 3°;
- c) de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 2, 1°, voor de opdrachten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit.”

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

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

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

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

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

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde:

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

Met deze laatste suggestie van de gemachtigde kan worden ingestemd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ Zo bijvoorbeeld voor de ontworpen artikelen 38/7 en 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

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

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

ALGEMENE OPMERKINGEN

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

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

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

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

Hieromtrent om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ook kan men zich afvragen of de ontworpen bepaling en het erin vervatte verbod in hoofde van onderaannemers zonder meer spoort met de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot richtlijn 2004/18/EG⁸⁻⁹ (vraag b).

Staat de verbodsbepaling van het ontworpen artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 niet op gespannen voet met het bepaalde in artikel 71, lid 8, van richtlijn 2014/24/EU, waarin wordt bepaald dat de lidstaten de betrokken maatregelen kunnen aannemen “met inachtneming van het Unierecht”, en met artikel 71, lid 6, van dezelfde richtlijn, dat veeleer wijst in de richting van transparantie en een aantal specifieke verplichtingen op het vlak van onder meer de hoofdelijke aansprakelijkheid en de controle van de uitsluitingscriteria, maar niet in de richting van een absoluut verbod? Kan m.a.w. de verbodsbepaling nog worden beschouwd als een “passende maatregel” waarop in het verslag aan de Koning wordt gealludeerd (vraag c)?

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

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

“Antwoord op de vragen a), b) en c):

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

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

De precieze draagwijdte van de in artikel 71.6 bedoelde preventieve maatregelen is in de richtlijn niet precies omlijnd. In dit verband is het niet onbelangrijk artikel 18.2 van richtlijn 2014/24/EU opnieuw onder de aandacht te brengen, waarin de naleving van het

⁸ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

⁹ Zie in het bijzonder het arrest C-406/14 van 14 juli 2016, *Wroclaw*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In overweging 32 van de richtlijn 2004/18/EG werd verklaard dat de mogelijkheid van onderaanneming kleine en middelgrote ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dankzij onderaanneming kunnen dergelijke ondernemingen deelnemen aan plaatsingsprocedures en maken zij kans op de gunning ongeacht de omvang van opdracht. Onderaanneming draagt er aldus inderdaad toe bij dat de doelstellingen van de richtlijnen overheidsopdrachten worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten voor overheidsopdrachten te vergroten (conclusies van de advocaat-generaal Sharpston in de Zaak C-406/14, punt 30). Anders gesteld : het feit dat inschrijvers-KMO's weten dat zij, in geval zij de opdracht krijgen toegewezen, één of meerdere onderaannemers kunnen aanstellen, moedigt hen aan om ondanks de omvang van de opdracht die voor hen eerder groot kan zijn, toch een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen. Het komt ons voor dat het beginsel dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gehuldigd (waarbij weliswaar nog geen rekening kon worden

gehouden met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU) waarbij het beroep op onderaanneming algemeen mogelijk wordt geacht zonder dat daarop, in beginsel, beperkingen mogen worden ingevoerd, in dit licht moet begrepen worden (arrest C-406/14, overweging 32 en verder). Aangezien het verbod van artikel 12/3, § 1, niet van toepassing is op de opdrachtnemer, en dus ook de deelname van inschrijvers of kandidaten aan de plaatsingsprocedure niet kan ontmoedigen, kwam het ons voor dat dit verbod niet problematisch was, noch het licht van het arrest C-406/14, noch in het licht van artikel 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU.

[Antwoord op vraag d)]

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

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

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

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

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

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

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“De antwoorden voor [de voorgaande vraag], a), c) en d) zijn naar analogie ook van toepassing voor het beantwoorden van [deze vraag]. Vandaar dat dan ook wordt

¹⁰ Zie in die zin ook artikel 88, lid 5, vijfde alinea, b), van richtlijn 2014/25/EU.

verwezen naar het antwoord op vraag 3 en hieronder slechts de specifieke aspecten eigen aan artikel 12/3, § 2, behandeld worden.

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

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

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

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

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

De gemachtigde voegde daar aan toe:

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

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

Artikel 71, lid 6, b), van richtlijn 2014/24/EU voorziet in de mogelijkheid voor aanbesteders om “conform de artikelen 59, 60 en 61, [te] controleren (...) of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers in de zin van artikel 57 voorhanden zijn”. Deze mogelijkheid

betreft bijgevolg de uitsluitingsgronden, maar niet de in artikel 58 bedoelde selectiecriteria.¹¹ Artikel 88, lid 6, b), van richtlijn 2014/25/EU bevat een gelijkaardige regeling als die in artikel 71, lid 6, b), van richtlijn 2014/24/EU.

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

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

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

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

¹¹ De betrokken criteria kunnen betrekking hebben op “de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen”, “de economische en financiële draagkracht” en “de technische en beroepsbekwaamheid”.

¹² Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG’.

Vertrekkend van de voornoemde problematiek inzake de wijziging aan opdrachten¹³ werd aan de gemachtigde nadere verduidelijking gevraagd in verband met de verhouding van de ontworpen regeling tot de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied. Hij antwoordde:

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

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

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

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

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

¹³ Zie de ontworpen artikelen 37 tot 38/19 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

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

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

10. De gemachtigde deelde ook nog het volgende mee:

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

Met deze wijziging kan worden ingestemd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

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

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

¹⁴ De wet van 17 juni 2016 bevat geen tegenhanger van artikel 43 van de wet van 15 juni 2006, dat handelde over “Derdenrechten op schuldvorderingen”. De wet van 13 augustus 2011 bevat wel nog steeds een artikel 42 met dergelijke strekking.

Artikel 2

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

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

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

Artikel 6

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

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

Hiermee kan worden ingestemd.

Artikel 10

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

Artikel 12

16. In het ontworpen artikel 12/2, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, stemt de zinsnede “en van het verzoek om de nodige maatregelen te nemen”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de zinsnede “et la demande de remplacement”, in de Franse tekst. Zoals in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 12/2, § 1, derde lid, het geval is, lijkt ook in het ontworpen artikel 12/2, § 2, tweede lid, te moeten worden geschreven “en van het verzoek tot vervanging”.

17. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men in de Nederlandse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel 12/3, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 “is in de volgende gevallen echter”.

Artikel 20

18. Geen van de ontworpen bepalingen onder artikel 20 van het ontwerp lijkt de omzetting in te houden van artikel 72, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 89, lid 3, van richtlijn 2014/25/EU, waarin wordt bepaald dat, voor zover de opdracht in een indexeringsclausule voorziet, de geactualiseerde prijs als referentiewaarde wordt gehanteerd.

19. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 38/7, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 wordt melding gemaakt van de “toepassing van artikel 10 van de wet”. De ontworpen bepaling geldt evenwel ook voor opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied en houdt derhalve een toepassing in van artikel 7, § 1, van de wet van 13 augustus 2011. Dit blijkt niet uit de inleidende zin van het ontworpen artikel 38/7, § 1, eerste lid, waarin uitsluitend van de “toepassing van artikel 10 van de wet” melding wordt gemaakt. De tekst van het ontwerp lijkt op dit punt aan een aanvulling toe.

20. Ter wille van de duidelijkheid schrijve men in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 38/15, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 “indien hij bondig de invloed van de ingeroepen feiten of omstandigheden op het verloop en de kostprijs van de opdracht aan de aanbesteder doet kennen”. Op die wijze wordt tevens een grotere overeenstemming met de Franse tekst in de hand gewerkt.

21. In het ontworpen artikel 38/16, 2°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, en in nog andere bepalingen van het ontwerp,¹⁵ wordt in de Franse tekst melding gemaakt van het woord “notification”. In de Nederlandse tekst stemt hiermee telkens de term “betekening” overeen. Overeenkomstig artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek wordt het begrip “betekening” evenwel uitsluitend gebruikt voor deurwaardersexploaten, terwijl voor poststukken de term “kennisgeving” moet worden gebruikt. Vraag is derhalve of in de Nederlandse tekst van de voornoemde bepalingen van het ontwerp niet telkens beter melding wordt gemaakt van het begrip “kennisgeving”.

¹⁵ Zie het ontworpen artikel 38/17, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

22. Ter wille van de overeenstemming met de Franse tekst schrijve men in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 38/19 “, dat de inlichtingen bevat opgenomen in bijlage 2. De aanbesteder maakt hierbij gebruik van de elektronische standaardformulieren opgemaakt en ter beschikking gesteld door de ter zake bevoegde federale overheidsdienst”.

Artikel 25

23. Het ontworpen artikel 48, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 dient aan te vangen als volgt: “Onverminderd de in artikel 70 van de wet bedoelde mogelijkheid om ...”.

*

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

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

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

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

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

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

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

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

¹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE'.

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

³ Loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ L'entrée en vigueur de l'arrêté royal en projet est fixée au 30 juin 2017 (article 47 du projet). Conformément à l'article 132 du projet d'arrêté royal 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques' sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné, le 13 mars 2017, l'avis 60.903/1, « [p]our les marchés publics qui relèvent du titre 2 de la loi, les articles de la loi qui ne sont pas encore entrés en vigueur, à l'exception des dispositions visées à l'article 133 du présent arrêté, entrent en vigueur le 30 juin 2017, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date ». Il faut veiller à ce que les dispositions concernées de la loi du 17 juin 2016 entrent également en vigueur en temps utile en ce qui concerne les marchés publics qui relèvent du champ d'application du titre 3 de cette loi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2, 1^o, sauf dans le cas visé au 2^o, c;
- b) les entreprises publiques définies à l'article 2, 2^o, pour les marchés qui ont trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ;

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

- a) les entreprises publiques définies à l'article 2, 2^o, pour les marchés qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ;
- b) les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs définies à l'article 2, 3^o;
- c) les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2, 1^o, pour les marchés qui se rapportent à la production d'électricité ».

⁶ Voir l'avis C.E., 51.586/1/V du 2 août 2012, n^o 7.1, MB 14 février 2013, 8801, précité.

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

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

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

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

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

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

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

Cette dernière suggestion du délégué peut être accueillie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En outre, le tableau fait référence à l'article 11 de la loi du 17 juin 2016, qui donne pouvoir au Roi de définir « [p]our les marchés qu'il détermine (...) un mécanisme de révision pour les cas de bouleversement de l'équilibre contractuel, au cas où cette révision résulte de

⁷ Voir, par exemple, pour les articles 38/7 et 38/9, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

circonstances imprévisibles ». La loi du 13 août 2011 ne comporte pas de délégation analogue pour les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

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

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

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

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

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

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

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Le projet soumis pour avis introduit la notion de « secteur sensible à la fraude » dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013. L'article 2, 25°, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 4, g), du projet) définit un « marché dans un secteur sensible à la fraude »

comme un marché de travaux ou un marché « de services passé dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales ».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13 janvier 2014, la sous-traitance de ce type de services de gardiennage n'est en principe pas autorisée, sauf sous une série de conditions strictes ».

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

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

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

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

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

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

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

L'interdiction contenue à l'article 12/3, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne se heurte-t-elle pas à l'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE qui énonce que les États membres peuvent adopter les mesures concernées « dans le respect du droit de l'Union » et à l'article 71, paragraphe 6, de la même directive, qui va plutôt dans le sens de la transparence et d'un certain nombre d'obligations spécifiques concernant notamment la responsabilité solidaire et le contrôle des critères d'exclusion, mais pas dans le sens d'une interdiction absolue? En d'autres termes, l'interdiction peut-elle encore être considérée comme une « mesure appropriée » à laquelle fait allusion le rapport au Roi (question c)?

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

⁸ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 'relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services'.

⁹ Voir en particulier l'arrêt C-406/14 du 14 juillet 2016, *Wroclaw*.

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

« Antwoord op de vragen a), b) en c):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In overweging 32 van de richtlijn 2004/18/EG werd verklaard dat de mogelijkheid van onderaanneming kleine en middelgrote ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dankzij onderaanneming kunnen dergelijke ondernemingen deelnemen aan plaatsingsprocedures en maken zij kans op de gunning ongeacht de omvang van opdracht. Onderaanneming draagt er aldus inderdaad toe bij dat de doelstellingen van de richtlijnen overheidsopdrachten worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten voor overheidsopdrachten te vergroten (conclusies van de advocaat-generaal Sharpston in de Zaak C-406/14, punt 30). Anders gesteld : het feit dat inschrijvers-KMO's weten dat zij, in geval zij de opdracht krijgen toegewezen, één of meerdere onderaannemers kunnen aanstellen, moedigt hen aan om ondanks de omvang van de opdracht die voor hen eerder groot kan zijn, toch een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen. Het komt ons voor dat het beginsel dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gehuldigd (waarbij weliswaar nog geen rekening kon worden gehouden met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU) waarbij het beroep op onderaanneming algemeen mogelijk wordt geacht zonder dat daarop, in beginsel, beperkingen mogen worden ingevoerd, in dit licht moet begrepen worden (arrest C-406/14, overweging 32 en verder). Aangezien het verbod van artikel 12/3, § 1, niet van toepassing is op de opdrachtnemer, en dus ook de deelname van inschrijvers of kandidaten aan de plaatsingsprocedure niet kan ontmoedigen, kwam het ons voor dat dit verbod niet problematisch was, noch het licht van het arrest C-406/14, noch in het licht van artikel 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU.

[Antwoord op vraag d)]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Voir également dans ce sens l'article 88, paragraphe 5, cinquième alinéa, b), de la directive 2014/25/UE.

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

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

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

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

L'article 71, paragraphe 6, b), de la directive 2014/24/UE prévoit la possibilité pour les adjudicateurs de « [vérifier], conformément aux articles 59, 60 et 61, (...) s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu de l'article 57 ». Par conséquent, cette possibilité concerne les motifs d'exclusion, mais pas les critères de sélection visés à l'article 58¹¹. L'article 88, paragraphe 6, b), de la directive 2014/25/UE contient un régime analogue à celui prévu à l'article 71, paragraphe 6, b), de la directive 2014/24/UE.

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

¹¹ Les critères concernés peuvent avoir trait à « l'aptitude à exercer l'activité professionnelle », à « la capacité économique et financière » et aux « capacités techniques et professionnelles ».

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

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

Une partie des dispositions en projet transposent des éléments des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Les 'marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité' font toutefois l'objet de la directive spécifique 2009/81/CE¹². Cette directive ne contient par exemple pas d'équivalent pour les articles 72 de la directive 2014/24/UE et 89 de la directive 2014/25/UE relatifs aux modifications de marchés en cours. Les dispositions du projet qui transposent ces articles s'appliquent toutefois sans restriction aux 'marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité'.

Partant de la problématique précitée relative à la modification des marchés¹³, le délégué a été invité à apporter des éclaircissements en ce qui concerne l'articulation du régime en projet avec les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. Il a répondu en ces termes :

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

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

¹² Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE'.

¹³ Voir les articles 37 à 38/19, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

17 juni 2016, daar waar ook verwezen moet worden naar de wet defensie en veiligheid (art. 7) ».

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

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

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

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

Ces dispositions ne paraissent pas avoir été transposées dans la loi du 17 juin 2016, ni dans le projet soumis pour avis. On n'aperçoit pas clairement comment cette constatation s'articule avec le fait qu'en droit belge, l'article 1798 du Code civil¹⁴ permet l'action directe du sous-traitant. Corrélativement, la question se pose de savoir si, dans l'hypothèse où l'on considérerait qu'un paiement effectué en vertu de l'article 1798 du Code civil concerne un paiement au sens de l'article 71, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE et de l'article 88, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE, il ne serait pas préférable de compléter le projet soumis pour avis par des dispositions de transposition supplémentaires sur ce point.

¹⁴ La loi du 17 juin 2016 ne contient pas d'équivalent de l'article 43 de la loi du 15 juin 2006, qui traitait des « Droits des tiers sur les créances ». Or, la loi du 13 août 2011 contient encore toujours un article 42 ayant une telle portée.

10. Le délégué a également communiqué ce qui suit :

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

Cette modification peut être accueillie.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

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

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

Article 2

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

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

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

Article 6

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

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

On peut se rallier à ce point de vue.

Article 10

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

Article 12

16. À l'article 12/2, § 2, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le membre de phrase « en van het verzoek om de nodige maatregelen te nemen », dans le texte néerlandais, ne correspond pas au membre de phrase « et la demande de remplacement » dans le texte français. Comme c'est le cas dans le texte néerlandais de l'article 12/2, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, il semble qu'il faille également écrire « en van het verzoek tot vervanging » à l'article 12/2, § 2, alinéa 2, en projet.

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

Article 20

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

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

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

21. Le texte français de l'article 38/16, 2^o, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et d'autres dispositions du projet¹⁵ mentionne le mot « notification », qui a chaque fois le mot « betekening » pour équivalent dans la version néerlandaise. Toutefois, conformément à l'article 32 du Code judiciaire, la notion de « betekening » (« signification » en français) est exclusivement utilisée pour les exploits d'huissier, tandis que pour les envois postaux, c'est le mot « kennisgeving » (« notification » en français) qui doit être utilisé. La question se pose dès lors de savoir s'il ne vaudrait pas mieux utiliser chaque fois la notion de « kennisgeving » dans le texte néerlandais des dispositions précitées du projet.

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

Article 25

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

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

¹⁵ Voir l'article 38/17, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.