



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.690/1
van 6 juli 2023

avis 73.690/1
du 6 juillet 2023

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de wet van
17 juni 2016 inzake
overheidsopdrachten, wat de
toegang van KMO's betreft'

un avant-projet de loi
'modifiant la loi du
17 juin 2016 relative aux
marchés publics, en ce qui
concerne l'accès des PME'

Op 25 mei 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, wat de toegang van KMO’s betreft’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 22 juni 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Inge VOS, staatsraad, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, 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 Inge VOS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 juli 2023.

*

Le 25 mai 2023, 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 avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en ce qui concerne l'accès des PME’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 22 juin 2023. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Inge VOS, conseiller d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Inge VOS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 juillet 2023.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ om de deelname van kleine en middelgrote ondernemingen (KMO’s) aan de procedures voor overheidsopdrachten te bevorderen door de liquiditeitspositie van de opdrachtnemer te verbeteren, de kostprijs voor het indienen van een offerte te verlagen en de inschrijvers in staat te stellen sneller in te schatten of de uitvoering van de opdracht moet worden ingepland.

Daartoe voegt het voorontwerp vooreerst in de wet van 17 juni 2016 de artikelen 12/1 tot 12/8 in, die een nieuwe regeling inzake het voorschot bevatten (artikel 3 van het voorontwerp). De bestaande machtiging aan de Koning om de voorwaarden voor de toekenning van een voorschot vast te stellen in artikel 12, tweede lid, van die wet en de uitvoeringsbepaling² daarvan worden opgeheven (artikelen 2 en 9).

Het ontworpen artikel 12/9 van de wet van 17 juni 2016 betreft voorts de biedvergoeding die verschuldigd is wanneer de offertes vergezeld moeten gaan van bijvoorbeeld monsters, maquettes, prototypes of tekeningen (artikel 3).

Tot slot wordt artikel 13 van de wet van 17 juni 2016 aangevuld met een regeling op grond waarvan, indien het gaat om een procedure waarbij de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald, in bepaalde gevallen, de aanbesteder gelijktijdig elke inschrijver zijn individuele en voorlopige plaats in het klassement moet meedelen naar aanleiding van of onmiddellijk na de opmaak van het proces-verbaal van opening van de offertes. Op de inschrijvers rust een vertrouwelijkheidsplicht (artikel 4).

¹ Aangezien het gaat om een voorontwerp van wet, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

De voorschotregeling (ontworpen artikel 12/1 tot 12/8)

3. Het voorontwerp bevat een volledig nieuwe regeling inzake het voorschot.

Overeenkomstig het ontworpen artikel 12/1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 wordt door de aanbesteders geen voorschot toegekend, tenzij anders bepaald is in de opdrachtdocumenten.

In afwijking daarvan betaalt de aanbesteder die een administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, krachtens het ontworpen artikel 12/1, tweede lid, een voorschot in de volgende gevallen:

1. de aanbesteder heeft gebruik gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging en daarbij de toepassing van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, a), dan wel artikel 124, § 1, 1°, ingeroepen;
2. de aanbesteder heeft gebruik gemaakt van een andere procedure dan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging en de opdrachtnemer blijkt een KMO te zijn in de zin van artikel 163, § 3, tweede lid, van de wet.

In het onder punt 2 bedoelde geval bedraagt het percentage van het voorschot minstens 5%, 10% of 20%, naargelang de opdrachtnemer een middelgrote, een kleine of een micro-onderneming is (ontworpen artikel 12/3).

Op deze regels gelden nog verschillende uitzonderingen en afwijkingsmogelijkheden.

4.1. Een essentieel kenmerk van de ontworpen regeling is dat KMO's in beginsel genieten van een gunstigere voorschotregeling.

In de actueel geldende overheidsopdrachtenreglementering worden ondernemingen op gelijke wijze behandeld ongeacht hun omvang.³

Gevraagd naar voorbeelden waarbij een onderscheid wordt gemaakt op basis van de omvang van de onderneming, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Hieromtrent zijn voorbeelden beschikbaar in Frankrijk. KMO's worden daarbij anders (...) behandeld op basis van hun grootte. Ingevolge **artikel R2191-7 van de Franse codex inzake overheidsopdrachten** moeten diverse Franse administratieve

³ Zie artikel 12 van de wet van 17 juni 2016 en artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Enkel inzake de monitoring voorziet artikel 163, § 3, van de wet van 17 juni 2016 in een afzonderlijke rapportering ten aanzien van KMO's.

overheden (gemeenten, departementen, gewesten, ...) en de instellingen die ervan afhangen, meer bepaald een voorschot toekennen van minimaal 5 % wanneer het oorspronkelijke opdrachtbedrag hoger is dan 50.000 euro en de uitvoeringstermijn langer is dan twee maanden (ook indien de opdrachtnemer geen KMO is). Diverse administratieve overheden waarvan de werkelijke exploitatie-uitgaven hoger zijn dan 60 miljoen euro, moeten echter een voorschot toekennen van 10 % maar alleen wanneer de opdrachtnemer een KMO is. Voor de Franse Staat geldt een minimaal voorschot van 30 % voor de gevallen waarbij de opdrachtnemer een KMO is.

De regeling die volgt uit de Franse codex R2191-3 à R2191-19⁴ kan voor de Franse aanbesteders meer bepaald als volgt worden samengevat :

1. Obligation de verser des avances **de 5 pourcents** pour les marchés publics:

- a) passés par des collectivités publiques ; et
- b) supérieurs à 50.000 euros ; et
- c) ayant une durée d'exécution supérieure à 2 mois.

Peu importe la qualité de l'adjudicataire.

2. Obligation de verser des avances **de 10 pourcents** pour les marchés publics :

- a) Passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics et groupements établissement public dont les dépenses de fonctionnement dépassent 60 millions d'euros ; et
- b) supérieurs à 50.000 euros ; et
- c) ayant une durée d'exécution supérieure à 2 mois, et
- d) lorsque l'adjudicataire est une PME

3. Obligation de verser des avances **de 30 pourcents**⁵ pour les marchés publics :

- a) Passés par l'état ; et
- b) supérieurs à 50.000 euros ; et
- c) ayant une durée d'exécution supérieure à 2 mois, et
- d) lorsque l'adjudicataire est une PME

4. Les adjudicateurs français visés ci-dessus peuvent octroyer des avances plus importantes.

5. Les autres adjudicateurs ont la possibilité de le faire mais aucune obligation s'applique à eux.

Er werd inspiratie geput uit deze Franse benadering, die gekend is bij de Europese Commissie. Echter werden diverse aanpassingen doorgevoerd waardoor het wetsontwerp niet geheel overeenstemt met de Franse benadering.

⁴ Voetnoot in de aangehaalde tekst: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019/

⁵ Voetnoot in de aangehaalde tekst: Dit minimaal percentage werd recent nog verhoogd ingevolge een Franse besluit van 29 december 2022 : <https://www.economie.gouv.fr/daj/publication-dun-arrete-modifiant-les-ccag>

In haar **mededeling van 18 juni 2021 inzake innovatiegericht aanbesteden** (Publicatieblad van de Europese Unie 2021/C 267/01) moedigt de Europese Commissie de lidstaten en aanbesteders aan om kmo-vriendelijke betalingsregelingen aan te wenden die voorzien in 'vroegtijdige betaling'. In deze mededeling neemt zij omtrent dit ontwerp een afzonderlijke titel 3.1.6 op, waarbij zij het volgende aangeeft:

'Startende bedrijven en innovatieve kmo's moeten vroegtijdig en regelmatig worden betaald, omdat zij niet over dezelfde financiële buffers beschikken als grote bedrijven. Overheidsinkopers kunnen verschillende betalingsregelingen treffen, afhankelijk van de vraag of een kmo een rechtstreekse contractant of een subcontractant is.'

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX%3A52021XC0706%2803%29>

Stelsels van 'vroegtijdige betaling' voor kmo's zijn volgens de Europese Commissie gepast bij startende bedrijven en innovatieve kmo's.

Bij plaatsingsprocedures weet men uit de aard der zaak doorgaans niet welke grootte de opdrachtnemer zal hebben (tenzij in geval van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking), aangezien vooraf de identiteit van de opdrachtnemer uit de aard der zaak niet gekend is. Het is klaarblijkelijk echter niet de bedoeling dat de benadering vooropgestaan door de Europese Commissie doorgetrokken moet worden tot alle ondernemingen. De Europese Commissie drukt erop, afgaande op de voormelde officiële mededeling, alleen dat beleid uitgewerkt wordt ten aanzien van startende bedrijven en innovatie KMO's, in het kader van het beleid inzake innovatiegericht aanbesteden. De Belgische Regering wenst echter een bredere benadering voor alle KMO's. De enige manier om dit te realiseren lijkt een benadering waarbij de ondernemingen aan een licht verschillende regeling onderworpen worden op het vlak van het voorschot, op basis van hun grootte.

De Europese Commissie was zich alleszins bewust bij het aannemen van de voormelde mededeling van de aanpak in Frankrijk. In Frankrijk ontvangen KMO's in sommige hypothesen een hoger minimaal voorschot dan het geval is voor andere ondernemers (zie supra). In de voormelde titel 3.1.6 wordt immers verwezen naar het beleid aangaande voorschotten voor KMO's die hieromtrent door Parijs werd uitgewerkt (deze aanpak staat model voor de aanpak in Frankrijk)."

4.2. De te wijzigen wet van 17 juni 2016 voorziet in de omzetting van de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU.⁶

Een van de grondslagen van het overheidsopdrachtenrecht is het beginsel van de gelijke behandeling. Dat beginsel vindt zijn grondslag in het primair unierecht⁷ en komt tot uiting in de betrokken richtlijnen. Luidens artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU moeten aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en dienen zij te handelen op een transparante en proportionele wijze.⁸ Zo ook bepaalt artikel 76,

⁶ 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' en 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'.

⁷ Zie bv. overweging 1 van richtlijn 2014/24/EU en overweging 2 van richtlijn 2014/25/EU.

⁸ Zie ook artikel 36, lid 1, van richtlijn 2014/25/EU.

lid 1, van richtlijn 2014/24/EU wat de gunning van opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten betreft het volgende:

“De lidstaten stellen nationale regels voor het gunnen van opdrachten op grond van dit hoofdstuk op, om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers naleven.”⁹

Het verbeteren van de toegang tot overheidsopdrachten voor KMO's was een van de doelstellingen van de uniewetgever bij de totstandkoming van de zo-even vermelde richtlijnen. In dat kader werd beoogd om belemmeringen weg te nemen voor het inschrijven voor een opdracht en om de verdeling van een opdracht in percelen nader te regelen.¹⁰ Ook inzake de monitoring is er bijzonder aandacht voor wat de uniewetgever “mkb's” (midden- en kleinbedrijf) noemt.¹¹ De uniewetgever heeft echter niet voorzien in specifieke plaatsings- of uitvoeringsregels ten gunste van KMO's.

Niettegenstaande richtlijnen 2014/24/EU en 2024/25/EU voornamelijk de plaatsing van overheidsopdrachten regelen¹², kan een regeling die veeleer de uitvoeringsfase betreft gevolgen hebben voor de gelijke behandeling van de inschrijvers in de plaatsingsprocedure. Het al dan niet betalen van een voorschot kan immers gevolgen hebben voor de liquiditeit van de onderneming, hetgeen een economisch voordeel vormt voor de betrokken onderneming. De wetenschap een bepaald voorschot te zullen ontvangen in geval van gunning van de opdracht, kan een invloed hebben op de ingediende offerte.¹³

4.3. In de memorie van toelichting wordt de bijzondere voorschotregeling ten gunste van KMO's als volgt verantwoord:

“Deze in te voegen bepalingen zijn erop gericht de deelname van ondernemingen aan overheidsopdrachten aan te moedigen. Het indienen van een offerte in het kader van een plaatsingsprocedure kan immers een aanzienlijke investering betekenen voor ondernemers, met name qua tijd en vooral voor kleinere ondernemingen. De betaling van een voorschot stelt de opdrachtnemer in staat zijn liquiditeiten te vergroten in afwachting van de betaling van de eerste factuur. Met name voor de middelgrote maar nog meer voor de micro- en kleine ondernemingen is het belangrijk om over voldoende liquiditeiten te beschikken.”

Gevraagd om deze verantwoording nader toe te lichten in het licht van het beginsel van de gelijke behandeling, verklaarde de gemachtigde:

“Het beginsel van gelijke behandeling is volgens het Hof van Justitie een van de grondbeginselen van het recht van de Europese Unie (Arresten van het Hof van Justitie 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C- 442/00, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak; en 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.

⁹ Zie ook artikel 93, lid 1, van richtlijn 2014/25/EU.

¹⁰ Zie overwegingen 78 en 79 van richtlijn 2014/24/EU en overwegingen 87 en 88 van richtlijn 2014/25/EU.

¹¹ Artikel 83 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 99 van richtlijn 2014/25/EU.

¹² Beide richtlijnen bevatten niettemin bepalingen over de uitvoering van de opdracht (titel II, hoofdstuk IV, van richtlijn 2014/24/EU en titel II, hoofdstuk IV, van richtlijn 2014/25/EU).

¹³ Zo kan immers aangenomen worden dat in geval van een voorschot een deel van de financieringskost tijdens de uitvoeringsfase zal wegvallen.

(C- 336/19, punt 85). Op het gebied van het Europees recht inzake overheidsopdrachten heeft het beginsel van gelijke behandeling een specifieke uitdrukking gevonden in het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers. Dit laatste beginsel vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun offerte uiteindelijk dezelfde kansen krijgen (Arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C- 27/15punt 3). Zoals de advocaat-generaal opmerkte in zijn conclusie in de zaak Wall (C- 91/08, punt 38) beoogt het beginsel van gelijke behandeling de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die zich kandidaat stellen, te bevorderen. De eerbiediging van dit beginsel moet aldus een objectieve vergelijking van de offerten garanderen.

Een andere behandeling voor een specifieke groep inschrijvers is derhalve alleen toelaatbaar wanneer de twee groepen potentiële inschrijvers niet in gelijksoortige of vergelijkbare situaties verkeren, dan wel wanneer het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. Zoals aangegeven in het arrest Rodríguez Caballero van het Hof van Justitie van 12 december 2002 (C- 442/00, punt 30) vereist het beginsel van gelijke behandeling dat gelijksoortige of vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. Dit wordt eveneens op die manier aangegeven in de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Wall (C- 91/08, punten 35 en 36), in de context van een wijziging van een concessieovereenkomst.

De vraag stelt zich of grote, middelgrootte, kleine en micro-ondernemingen zich eigenlijk wel in vergelijkbare situaties bevinden wat hun beschikbare financiële buffers betreft. De Europese Commissie wees er immers reeds op dat grote ondernemingen enerzijds en start-ups en innovatieve KMO's anderszijds niet over dezelfde financiële buffers beschikken. Zelfs al zou worden geoordeeld dat grote, middelgrootte, kleine en micro-ondernemingen zich toch in vergelijkbare situaties bevinden, dan berust het verschil in behandeling dat gemaakt wordt op een objectief criterium dat redelijkerwijs gerechtvaardigd is vanuit de doestelling om de KMO-toegang te faciliteren.

Het ingevoerde onderscheid berust op een objectief criterium omdat het gebaseerd is op de Europese definitie van een kmo, meer bepaald van de subcategorieën ervan.

Het verschil is gerechtvaardigd omdat kleinere ondernemingen en zeker micro-ondernemingen doorgaans over beperktere liquiditeiten beschikken, waardoor ze, vaker dan het geval is bij de andere ondernemingen, bepaalde bedragen dreigen niet te kunnen voorschieten om met de uitvoering van de opdracht te beginnen, hetgeen hen ervan zou kunnen weerhouden om deel te nemen aan een overheidsopdracht. Ook tussen de ondernemingen die voldoen aan de definitie van KMO zijn er grote verschillen op het vlak van de aanwezige financiële buffers. Micro-ondernemingen beschikken daarbij over minder financiële buffers als kleine ondernemingen. Kleine ondernemingen beschikken over minder financiële buffers als middelgrote ondernemingen en deze laatste beschikken op hun beurt over minder financiële buffers als grote ondernemingen. Vandaar dat een gedifferentieerde benadering per KMO-categorie het meest aangewezen is en ertoe leidt dat de gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen het best bevorderd wordt door de uitgewerkt voorschotregeling.

Er moet benadrukt worden dat het totale bedrag dat door de aanbesteder voor de uitvoering van de opdracht betaald wordt, ongewijzigd blijft. Er is alleen een beperkte verschuiving, gedeeltelijk, van het betalingsmoment, voor KMO's (maar de aanbesteder kan ook aan grote ondernemingen een voorschot toekennen, indien dit voorzien is in de opdrachtdocumenten), ingevolge de toekenning van een voorschot, overeenkomstig regels die vooraf duidelijk bekend zijn voor alle potentiële inschrijvers. Het verplicht voorschot is beperkt in omvang (maximaal 20 % van de in artikel 12/5 bedoelde referentiewaarde en een begrenzing tot 225.000 euro), waardoor het KMO's wel over de streep kan trekken

om effectief deel te nemen, zonder dat het hen in staat stelt een offerte te kunnen indienen aan betere voorwaarden op het vlak van de prijs dan het geval is voor de andere ondernemingen. De dubbele beperking van het voorschot zorgt er op die manier voor dat KMO's niet in staat zullen zijn in te schrijven met een lagere prijs. Overigens zullen de voorwaarden op de commerciële bancaire markt om, moest dit nodig zijn, financiering te bekomen voor eenzelfde bedrag, doorgaans verschillend zijn voor grote ondernemingen, voor middelgrote onderneming, voor kleine ondernemingen en voor micro-ondernemingen. De banken houden bij het beoordelen van het risicoprofiel namelijk rekening met de omzet, de cashpositie en het aantal transacties die doorgevoerd worden.

Het verplicht voorschot veroorzaakt alleen gevolgen in het kader van de uitvoering van de opdracht en heeft zodoende geen invloed heeft op de plaatsingsprocedure. De inschrijver die een KMO is heeft niet meer kans om de opdracht toegewezen te krijgen.

Het verplicht voorschot is er finaal op gericht de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die zich kandidaat stellen, te bevorderen door het faciliteren van de toegang voor KMO's.

De Franse benadering voorziet eveneens, op het vlak van het voorschot en in sommige hypothesen, in specifieke voorwaarden in functie van de ondernemingsgrootte (minimaal voorschot van 10 dan wel 30 %, afhankelijk van het soort aanbesteder, indien de opdrachtnemer een KMO blijkt te zijn, zie supra voor verdere info). De Europese Commissie heeft geen stappen ondernomen om een inbreukprocedure op te starten tegen deze Franse regeling.

Om de voormelde redenen betreft het geen element dat in strijd zou zijn met de Europese richtlijnen overheidsopdrachten of met het gelijksbeginsel.”

4.4. De door de gemachtigde aangereikte argumentatie steunt onder meer op de veronderstelling dat de verschillende voorschotpercentages voldoende groot zijn om “KMO's wel over de streep [te] trekken om effectief deel te nemen” maar tegelijkertijd voldoende beperkt zijn om te verhinderen dat de begunstigden “een offerte (...) kunnen indien[en] aan betere voorwaarden op het vlak van de prijs dan het geval is voor de andere ondernemingen”. Zonder over alle feitelijke elementen te beschikken die haar een volkomen inzicht verschaffen met betrekking tot de desbetreffende problematiek, komt het de afdeling Wetgeving voor dat die argumentatie de verschillende voorschotregeling op een redelijke wijze kan verantwoorden in het licht van het beginsel van de gelijke behandeling. Het zal aan het Hof van Justitie toekomen om zich in voorkomend geval hierover uit te spreken.¹⁴

Het verdient in elk geval aanbeveling om de door de gemachtigde verstrekte nadere verantwoording mee te integreren in de memorie van toelichting.

5. De voorschotregeling ten gunste van KMO's geldt enkel wanneer de aanbesteder gebruik maakt van een andere procedure dan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging.

Wanneer de aanbesteder die eveneens een administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State gebruik maakt van de

¹⁴ Ook wat de door de gemachtigde aangehaalde Franse regeling betreft en de verenigbaarheid ervan met het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, blijkt niet dat het Hof van Justitie hierover reeds uitspraak heeft gedaan.

onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande mededinging en daarbij de toepassing van respectievelijk artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, a) of artikel 124, § 1, 1°, van de wet van 17 juni 2016 inroept, moet in beginsel steeds een voorschot worden betaald, ongeacht of de opdrachtnemer een KMO is (ontworpen artikel 12/1, tweede lid, 1°).

Wordt om een andere reden een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande mededinging gevolgd, dan voorziet het ontworpen artikel 12/1 van de wet van 17 juni 2016 niet in een voorschot, ongeacht of de opdrachtnemer een KMO is.

Gevraagd om deze verschillen in behandeling toe te lichten, rekening houdend met de zo-even vermelde doelstelling om de toegang tot opdrachten voor KMO's te bevorderen, verklaarde de gemachtigde:

“Wanneer de aanbesteder die eveneens een administratieve overheid is gebruik maakt van de openbare procedure, van de niet-openbare procedure, van de mededingingsprocedure met onderhandelingen, van de concurrentiegerichtte dialoog, van het innovatiepartnerschap of van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, is een voorschot vereist wanneer de opdrachtnemer een KMO blijkt te zijn, overeenkomstig de modaliteiten als voorzien in het ontwerp. De aanpak kan niet doorgetrokken worden, zonder enige aanpassing, naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, om onderstaande redenen.

Wanneer de aanbesteder die eveneens een administratieve overheid is en gebruik maakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (of van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging), hangt één en ander af van de bepaling die ingeroepen wordt. Indien deze procedure aangewend wordt omdat de goed te keuren uitgave onder de betreffende door de Koning bepaalde plafondbedrag blijft (op heden 140 000 euro), dan zal hij eveneens een voorschot moeten toekennen, ook als de opdrachtnemer geen KMO blijkt te zijn. In dat geval wordt gewerkt met een percentage van 15%.

Indien gewerkt wordt via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, beslist de aanbesteder uitzonderlijk namelijk zelf wie hij uitnodigt om een offerte in te dienen (in principe is volgens de wet inzake overheidsopdrachten een procedure met voorafgaande formele bekendmaking vereist waardoor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking slechts toegelaten wordt in de in artikel 42 uitdrukkelijk vermelde gevallen en omstandigheden). Zodoende zou hij ertoe geneigd kunnen zijn alleen ondernemingen uit te nodigen waarvoor hij weet dat geen voorschot moet toegekend worden, of slechts een beperkt voorschot. Op die wijze kan hij de betaling van het voorschot, dat voor hem een administratieve last betekent en een beperkt risico, vermijden. Om dergelijk pervers effect te vermijden, werd ervoor geopteerd in dat geval een algemene verplichting tot de toekenning van een voorschot in te voeren die los staat van de grootte van de onderneming. Zo niet dan riskeert men voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voorbij te gaan aan het doel, namelijk de KMO-toegang te faciliteren. Het is van belang een verplichting te kunnen voorzien voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van het bedrag, aangezien de betreffende opdrachten van groot belang zijn, gelet op het bedrag, in het kader van de KMO-toegang.

De voormelde specifieke benadering voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van het bedrag, werd om diverse redenen niet doorgetrokken naar de andere hypothesen waarbij gebruik gemaakt kan worden van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Indien de voormelde artikelen 42, § 1, eerste lid, 1°, a), dan wel 124, § 1, 1°, niet worden ingeroepen om het gebruik te staven van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of oproep tot mededinging, is dan weer de algemene en hierboven besproken regel van artikel 12/1, eerste lid, van toepassing, namelijk dat er in beginsel geen voorschot wordt toegekend, maar dat de aanbesteder hiervan kan afwijken door middel van een bepaling in die zin in de opdrachtdocumenten.

In de hypothese van 'dwingende spoed' (art. 42, § 1, eerste lid, 1°, b) leek het bijvoorbeeld niet raadzaam om de overheidsopdracht ingewikkelder te maken voor de administratieve overheid door middel van de toekenning van een verplicht voorschot. Om een voorschot toe te kennen moet namelijk een bijkomende betaling verricht worden, hetgeen een administratieve last betekent voor de aanbestedende overheid. In veel gevallen zal het echter niet aangewezen zijn een voorschot toe te kennen, aangezien de aanbesteder en de opdrachtnemer hun aandacht beter zoveel als mogelijk richten op de plaatsingsprocedure en de uitvoering van de overheidsopdracht, gelet op de dwingende spoed. Er wordt bijvoorbeeld frequent gebruik gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van de hypothese 'dwingende spoed' om op bepaalde noodsituaties te reageren of deze af te wenden en aldus een crisis te bezweren. Daarnaast werd door diverse experts op gewezen dat er bij 'emergency procurement' een hoger risico bestaat op onregelmatigheden. Het Europese 'Expert Panel on effective ways of investing in Health (EXPH)' wees er in haar advies van 20/10/2020 omtrent de organisatie van een veerkrachtige gezondheidszorg en sociale zorg na de covid-19 pandemie bijvoorbeeld op dat :

'The conventional procurement procedures have, as a central goal, greater transparency as a means of reducing the risk of corruption. Hence, it would be expected that suspension of these procedures would pose a risk of abuse (Group of States against corruption (GRECO) 2020). This concern has been justified by experience, with accounts of bribery and insider dealing, even in countries where this has been uncommon.'

https://health.ec.europa.eu/system/files/2020-12/026_health_socialcare_covid19_en_0.pdf

In het licht van het voormelde risico lijkt de toekenning van een verplicht voorschot bij gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van dwingende spoed niet aangewezen. Overigens, als er dwingende spoed aanwezig is zal de uitvoering uit de aard der zaak in heel wat gevallen vlug volgen en daarmee de betaling, waardoor er doorgaans ook minder nood is aan de toekenning van een voorschot.

Ook als er sprake is van een monopolie (de hypothese behandeld in artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, d), lijkt het niet wenselijk een verplichting tot de toekenning van een voorschot in te voeren. Gelet op het monopolie bevindt de aanbestedende overheid zich in een moeilijke onderhandelingspositie. Het betreft daarenboven gevallen waarbij van meet af aan duidelijk is dat een bekendmaking niet tot meer concurrentie of betere plaatsingsresultaten zal leiden, omdat objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. In dergelijk gevallen kan de toegang niet gefaciliteerd worden voor andere ondernemingen, waaronder KMO's, gelet op het monopolie.

Wanneer het gaat over een herhaling van soortgelijke werken en diensten (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 2°) werd reeds een voorschot en een betaling

toegekend ingevolge de eerste opdracht, waardoor de nood aan een voorschot zich minder doet voelen. Het voorgaande geldt eveneens voor de aanvullende leveringen waarvan sprake in artikel 42, § 1, eerste lid, 4°, b, van de wet van 17 juni 2016.

Wat de hypothese van de aankoop van leveringen en diensten tegen bijzonder gunstige voorwaarden betreft (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, [3°]), zou de toekenning van een verplicht voorschot de situatie nodeloos ingewikkeld maken. Het betreft gevallen waarbij de uitvoering doorgaans vlug zal volgen en er dan ook minder nood is aan een voorschot. Dergelijk verplicht voorschot zou overigens niet van aard zijn om de KMO-toegang te faciliteren.

De toekenning van een voorschot lijkt ook geen toegevoegde waarde te hebben in de hypothese van de op een grondstoffenmarkt genoteerde aan aangekochte levering (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 4°, c). Het betreft in de praktijk handelsplatforms voor basisproducten zoals landbouwproducten en grondstoffen alsook energiebeurzen, waar de gereguleerde en onder toezicht staande multilaterale handelsstructuur de toegang en de marktprijzen garanderen en de betaling doorgaans vlug volgt op de aankoop, waardoor de toekenning van een verplicht voorschot geen toegevoegde waarde zou bieden. Het betreft opdrachten die minder relevant zijn voor de KMO-deelname.

Wat de hypothese van de overheidsopdracht voor diensten die volgt op een prijsvraag betreft (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 5°) zal desgevallend reeds een prijzengeld toegekend zijn of een betaling verricht zijn aan de deelnemers van de prijsvraag, ingevolge artikel 117 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 zodat er minder nood is aan de toekenning van een voorschot en er overigens ook onduidelijkheid zou kunnen ontstaan tussen het prijzengeld, de reeds toegekende betalingen aan deelnemers en het voorschot.

Wat de uitzonderlijke hypothesen van 'producten die uitsluitend voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling worden vervaardigd' (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 4°, a) betreft en 'onderhandelingsprocedure na eerste vruchteloze procedure' (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, c), kan bij nader inzien de vraag inderdaad gesteld worden of niet dezelfde aanpak moet weerhouden worden als bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van het bedrag.

De voormelde toelichting kan mutatis mutandis doorgetrokken worden naar de speciale sectoren. Wat de in artikel 124, § 1, 10°, bedoelde hypothese van de gelegenheidsaankopen betreft, waarbij zich gedurende zeer korte tijd een bijzondere voordelige mogelijkheid tot aanschaffing van leveringen voordoet, lijkt er minder nood te bestaan aan het voorschot. Als de aankoop vlug wordt afgerond zal ook de betaling immers snel volgen. Overigens zou een verplicht voorschot er in die gevallen niet toe leiden dat de KMO-toegang gefaciliteerd wordt."

Uit deze toelichting volgt dat de verschillen in behandeling in belangrijke mate worden verantwoord door de beleidskeuze om in een gunstigere voorschotregeling te voorzien voor KMO's, die in het vorige randnummer werd besproken.

Daarnaast blijkt dat de gevallen die vermeld worden in de voorlaatste alinea van het antwoord van de gemachtigde aan een bijkomend onderzoek dienen te worden onderworpen en dat de ontworpen regeling op die punten desgevallend aangepast dient te worden in het licht van het beginsel van de gelijke behandeling.

In elk geval strekt het tot aanbeveling om de verklaring van de gemachtigde eveneens te integreren in de memorie van toelichting.

6. De ontworpen voorschotregeling komt in de plaats van de bestaande regeling vervat in artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting wordt dat artikel bij artikel 9 van het voorontwerp opgeheven “aangezien de voorschotregeling nu in de wet geregeld wordt”. Artikel 2 van het voorontwerp heft voorts artikel 12, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 op, dat de machtiging aan de Koning bevat om “de materiële en desgevallend procedurele voorwaarden” inzake voorschotten te regelen.

Artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 is echter niet alleen van toepassing ten aanzien van overheidsopdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 17 juni 2016. Zoals blijkt uit artikel 5, eerste lid, ervan, regelt dat koninklijk besluit “de uitvoering van de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titels 2 en 3 van de wet en van titel 2 van de wet defensie en veiligheid vallen”. Met die laatste wet wordt bedoeld op de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.¹⁵

Artikel 8 van de wet van 13 augustus 2011 stemt overeen met artikel 12 van de wet van 17 juni 2016 en bevat een gelijkaardige machtiging aan de Koning om de nadere regels inzake voorschotten vast te stellen.

Hoewel artikel 9 van het voorontwerp de bestaande uitvoeringsbepaling inzake de voorschotten voor beide wetten opheft, komt enkel in de wet van 17 juni 2016 een nieuwe wettelijke regeling in de plaats.

Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Dat de regeling van artikel 67 KB AUR geheel en al zou verdwijnen voor de opdrachten op defensie-en veiligheidsgebied is niet de bedoeling. Dit zou een ongewenst effect zijn. Het lijkt dan ook gepast de opheffingsbepaling aan te passen, namelijk te verduidelijken dat de opheffing alleen geldt voor de opdrachten in de klassieke en speciale sectoren. Dit zou er finaal voor zorgen dat de voorschotregeling anders is voor de opdrachten in de klassieke en speciale sectoren enerzijds en voor de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied anderzijds. Dit stemt overeen met de initiële bedoeling. Deze laatste opdrachten lenen zich minder voor rechtstreekse deelname van KMO's aan de plaatsingsprocedure, zo kwam het ons voor, gelet op de zeer specifieke aard van de betreffende opdrachten en in veel gevallen eveneens hun budgettaire omvang, die uitermate hoog kan zijn.”

¹⁵ Artikel 2, 2°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

Het voorontwerp moet op dit punt aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen. Wat het voorstel van de gemachtigde betreft om de opheffingsbepaling aan te passen, valt vooreerst op te merken dat een partiële opheffing in het licht van de rechtszekerheid af te raden is en dat het veeleer aanbeveling verdient om het toepassingsgebied van het betrokken artikel te wijzigen. Voorts is het raadzaam om de memorie van toelichting aan te vullen met een verantwoording voor het verschil in behandeling waarvoor de door de gemachtigde verstrekte toelichting alvast een aanzet kan vormen.

7. De regeling vervat in het ontworpen artikel 12/1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 geldt enkel wanneer de aanbesteder tevens een administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Bevraagd over de keuze voor dit criterium dat vooralsnog niet gehanteerd wordt in de wet van 17 juni 2016 en waarom niet aangesloten wordt bij de onderverdeling die nu reeds in de wet wordt gehanteerd wat het toepassingsgebied *ratione materiae* betreft¹⁶, verklaarde de gemachtigde:

“De betreffende verplichting werd alleen ingevoerd voor de aanbesteders die tevens een administratieve overheid zijn in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het betreft in dat geval immers doorgaans publiekrechtelijke instellingen of instellingen die gefinancierd worden met publieke middelen. In wat volgt worden deze aangeduid als ‘overheidsinstanties’ (in ruime zin). De inkomensstromen van overheidsinstanties worden doorgaans gekenmerkt door een grotere zekerheid, voorspelbaarheid en continuïteit dan hetgeen het geval is voor de andere aanbesteders. In hoofde van dergelijke overheidsinstanties (in ruime zin) kan worden gesteld dat ze doorgaans over voldoende financiële middelen beschikken en in staat zijn de risico’s en budgettaire gevolgen die gepaard gaan met een toekenning van een voorschot op te vangen en dat ze eveneens over voldoende personeel beschikken om de extra betalingen te verrichten. Dit kan minder gegarandeerd worden voor de andere aanbesteders, die dan ook niet aan de verplichting onderworpen werden.”

De vraag rijst of het criterium van de administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dat ook in artikel 24 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ wordt gehanteerd om de bevoegdheid van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State als verhaalinstantie af te baken, een pertinent criterium is in het licht van het beoogde doel.

Zo lijkt alvast het criterium ontwikkeld door het Hof van Cassatie om bepaalde rechtspersonen van privaatrecht als administratieve overheden te beschouwen – namelijk “beslissingen (...) nemen die derden kunnen binden”¹⁷ – niet relevant in het licht van het beoogde doel van de ontworpen regeling dat in hoofdzaak verband houdt met de financiering.

¹⁶ Zie de artikelen 17, 18, 93 en 94 van de wet van 17 juni 2016 waar telkens wordt terugverwezen naar de onderverdeling vervat in artikel 2 van diezelfde wet.

¹⁷ Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 14 februari 1997 (AR C.96.0211) gewezen dat instellingen opgericht of erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden, maar dat het toevertrouwen aan een naamloze vennootschap van een taak van algemeen belang, ook al is die vennootschap opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij

Daarbij rijst ook de vraag of de ontworpen regeling al dan niet van toepassing is in geval een rechtspersoon afhankelijk van de aard van de bestreden beslissing in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet als een administratieve overheid wordt gekwalificeerd.

Gelet op het voorgaande verdient het dan ook aanbeveling om aansluiting te zoeken bij de bestaande onderverdelingen in de wet van 17 juni 2016, minstens om in het licht van de gelijkheidsbeginsel de keuze voor voormeld criterium nader te verantwoorden.

8. Krachtens het ontworpen artikel 12/2, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 “kan de aanbesteder een hoger percentage bepalen” dan datgene dat is vermeld in het eerste lid.

Gevraagd of dat vooraf moet gebeuren, dan wel of dat hoger percentage ook na de gunning kan worden bepaald, verklaarde de gemachtigde:

“De bedoeling is inderdaad dat dit vooraf duidelijk aangegeven wordt, meer bepaald dat de betreffende modaliteiten op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Het is wellicht aangewezen dit toe te voegen.”

Het verdient in het licht van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel¹⁸ inderdaad aanbeveling dat in de tekst van de ontworpen bepaling te verduidelijken.

9.1. Krachtens het ontworpen artikel 12/6 van de wet van 17 juni 2016 kan de aanbesteder, indien een voorschot wordt toegekend en de betreffende overheidsopdracht kadert binnen een project waarvoor goedkeuring vereist is, de toekenning van het voorschot afhankelijk maken van het verkrijgen van deze vergunning, door middel van een bepaling in die zin in de opdrachtdocumenten.

9.2. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 12/6, eerste lid, wordt tweemaal het woord “autorisation” gebruikt, terwijl in de Nederlandse tekst eerst sprake is van een “goedkeuring” en vervolgens van een “vergunning”.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende:

onderworpen aan een verregaande controle van de overheid, deze haar privaatrechtelijk karakter niet doet verliezen, ingeval zij geen beslissingen kan nemen, die derden kunnen binden. In zijn arrest van 10 juni 2005 (AR C.04.0278) heeft het Hof van Cassatie in dezelfde zin gewezen dat een vennootschap die, ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan de controle van de overheid, geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, niet de aard heeft van een administratieve overheid en dat het hiervoor niet ter zake doet dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd.

¹⁸ In dat verband wordt eraan herinnerd dat het transparantiebeginsel vereist dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle inschrijvers bij het indienen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen, exact de procedurele verplichtingen kennen en er zeker van zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden (HvJ 14 januari 2021, C-387/19, *RTS infra BVBA*, ECLI:EU:C:2021:13, punt 35).

“Het komt me voor dat beter consequent het begrip ‘goedkeuring’ wordt aangewend, dat iets ruimer lijkt te zijn dan ‘vergunning’.”

Indien het de bedoeling is om de meest ruime term te hanteren in de Nederlandse tekst, kan de term “toelating” worden gehanteerd. Het verdient in elk geval aanbeveling om de Nederlandse tekst van deze bepaling aan te passen en daarin op uniforme wijze hetzelfde begrip te hanteren in overeenstemming met de bedoeling van de stellers van het voorontwerp.

9.3. De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat, indien de opdrachtdocumenten geen bepaling in die zin bevatten door een vergetelheid van de aanbesteder, het betrokken voorschot dient te worden toegekend zelfs indien de opdracht omwille van het ontbreken van de vereiste toelating, goedkeuring of vergunning niet kan worden uitgevoerd en de prestaties dus niet worden verricht. Vraag is of dit in overeenstemming is met de bedoeling van de stellers van het voorontwerp en of niet beter wordt voorzien in een regeling waarbij, indien de betreffende overheidsopdracht kadert binnen een project waarvoor een toelating, goedkeuring of vergunning vereist is, de toekenning van het voorschot afhankelijk is van het verkrijgen van de betrokken toelating, goedkeuring of vergunning, tenzij de opdrachtdocumenten dit anders bepalen.

De biedvergoeding (ontworpen artikel 12/9)

10. Het ontworpen artikel 12/9 van de wet van 17 juni 2016 betreft de zogenaamde biedvergoeding. Luidens de tweede zin van het tweede lid van die bepaling kan de aanbesteder erin “voorzien dat geen biedvergoeding wordt toegekend, of slechts een verminderde vergoeding, voor de inschrijvers die een substantieel onregelmatige of onaanvaardbare offerte hebben ingediend”.

In de memorie van toelichting wordt daarover het volgende opgemerkt:

“Deze laatste hypothese heeft onder meer betrekking op gevallen waarbij de aanbesteder tot de vaststelling komt dat de prestaties zoals die blijken uit de offerte manifest onvoldoende zijn. Op die manier kan vermeden worden dat sommige inschrijvers alleen een offerte zouden indienen om de biedvergoeding te bekomen, waardoor de door de aanbesteder te betalen vergoeding te hoog dreigt op te lopen.”

De formulering dat de aanbesteder “kan (...) voorzien” dat geen of een verminderde biedvergoeding wordt toegekend, suggereert dat zulks moet gebeuren in de opdrachtdocumenten¹⁹ en dat, indien dat niet het geval is, de biedvergoeding hoe dan ook verschuldigd is, zelfs indien de offerte substantieel onregelmatig of onaanvaardbaar is. Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

“L'idée est en effet de demander à l'adjudicateur d'indiquer dans les documents du marché s'il souhaite ne pas octroyer d'indemnité de soumission ou n'octroyer qu'une indemnité réduite aux soumissionnaires qui ont présenté une offre substantiellement irrégulière ou inacceptable. Afin d'éviter toute confusion, les mots ‘dans les documents du marché’ pourraient éventuellement être ajoutés dans le dispositif.

¹⁹ Zie in het bijzonder het ontworpen artikel 12/9, zesde lid, van de wet van 17 juni 2016.

Si l'adjudicateur ne le prévoit pas dans les documents du marché, une indemnité de soumission sera octroyée (pour autant que l'adjudicateur ait exigé dans ses documents du marché que son offre soit accompagnée d'échantillons, de maquettes, de prototypes, de dessins ou de toute autre conception graphique dans les domaines des arts plastiques, des arts musicaux, des arts cinématographiques ou des arts du spectacle).

L'objectif est de conscientiser l'adjudicateur. Il doit dans un premier temps examiner s'il est nécessaire d'exiger la présentation d'échantillons, de maquettes, de prototypes, de dessins, d'autres conceptions graphiques ou de projets dans le domaine des arts précités. Il faut éviter ce type d'exigence si elle n'est pas indispensable à l'appréciation des offres. Dans un second temps, il est demandé à l'adjudicateur d'indiquer dans les documents du marché s'il souhaite, en cas d'offre substantiellement irrégulière ou inacceptable, ne pas octroyer d'indemnité de soumission ou n'octroyer qu'une indemnité réduite.

Enfin, le fait de refuser d'octroyer une indemnité de soumission ou de n'octroyer qu'une indemnité réduite a un effet sur le moment du paiement. Il est bien évident que, dans un tel cas, l'indemnité ne pourra être payée qu'une fois que les offres ont été évaluées."

Uit de toelichting door de gemachtigde blijkt dat het de bedoeling is dat de aanbesteder in de opdrachtdocumenten erin kan voorzien dat geen biedvergoeding wordt toegekend, of slechts een verminderde vergoeding, voor de inschrijvers die een substantieel onregelmatige of onaanvaardbare offerte hebben ingediend en dat, indien dat niet het geval is, de biedvergoeding hoe dan ook verschuldigd is. Zoals ook wordt voorgesteld door de gemachtigde verdient het aanbeveling om die bedoeling meer tot uitdrukking te brengen in de tekst van het voorontwerp door de woorden "in de opdrachtdocumenten" toe te voegen in het ontworpen artikel 12/9, tweede lid, tweede zin, van de wet van 17 juni 2016.

De mededeling van de individuele en voorlopige plaats in het klassement (ontworpen artikel 13, § 1, eerste lid, tweede en derde zin, en § 3/1)

11. De ontworpen aanvulling van artikel 13, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt dat, in bepaalde gevallen, en wanneer de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald, de aanbesteder gelijktijdig elke inschrijver zijn individuele en voorlopige plaats in het klassement meedeelt naar aanleiding van of onmiddellijk na de opmaak van het proces-verbaal van opening van de offertes.

Die regeling geldt niet wanneer het een overheidsopdracht betreft die betrekking heeft op een door de Koning bepaalde sector met een verhoogd risico op mededingingsvertekenende afspraken.

Daaromtrent verklaarde de gemachtigde het volgende:

"A l'heure d'aujourd'hui, les secteurs n'ont pas encore été déterminés. Un contact doit encore être pris avec l'Autorité belge de la concurrence afin de déterminer, le cas échéant, ces secteurs."

12. Het ontworpen artikel 13, § 3/1, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt dat de informatie die ingevolge paragraaf 1, eerste lid, tweede zin, door de inschrijver verkregen wordt

omtrent zijn individuele plaats in het klassement, in de loop van de plaatsingsprocedure “niet [mag] meegedeeld worden aan andere kandidaten, deelnemers of inschrijvers, noch aan derden”.

De gemachtigde verklaarde dat er geen specifieke sanctie geldt in geval van miskenning van het betrokken verbod.

Voorts verklaarde de gemachtigde dat het niet de bedoeling is dat het verbod betrekking heeft op werknemers van de inschrijvers of op potentiële onderaannemers voor de uitvoering van de opdracht, die al dan niet als dusdanig in de offerte zijn vermeld.

De exacte draagwijdte van het verbod wordt het best verduidelijkt in de tekst van de ontworpen bepaling of minstens in de memorie van toelichting. Daarnaast is het raadzaam om het voormelde verbod in de memorie van toelichting bijkomend te verantwoorden in het licht van het beoogde doel.

*

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 ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' afin de promouvoir la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux procédures de marchés publics en améliorant la situation de trésorerie de l'adjudicataire, en réduisant le coût pour la remise d'une offre et en permettant aux soumissionnaires d'évaluer plus rapidement si l'exécution du marché doit être planifiée.

À cet effet, l'avant-projet insère tout d'abord dans la loi du 17 juin 2016 les articles 12/1 à 12/8, qui contiennent un nouveau régime en matière d'avances (article 3 de l'avant-projet). L'habilitation actuelle au Roi lui permettant de fixer les conditions d'octroi d'une avance, prévue à l'article 12, alinéa 2, de cette loi et la disposition d'exécution de celle-ci ² sont abrogées (articles 2 et 9).

L'article 12/9, en projet, de la loi du 17 juin 2016 concerne en outre l'indemnité de soumission qui est due lorsque les offres doivent être accompagnées, par exemple, d'échantillons, de maquettes, de prototypes ou de dessins (article 3).

Enfin, l'article 13 de la loi du 17 juin 2016 est complété par un dispositif en vertu duquel, s'il s'agit d'une procédure dans laquelle l'offre économiquement la plus avantageuse est exclusivement déterminée sur la base du prix, l'adjudicateur doit, dans certains cas, communiquer simultanément à chacun des soumissionnaires, sa place individuelle et provisoire dans le classement à l'occasion ou immédiatement après l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres. Les soumissionnaires sont soumis à une obligation de confidentialité (article 4).

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Le régime d'avances (articles 12/1 à 12/8 en projet)

3. L'avant-projet contient un tout nouveau régime en matière d'avances.

Conformément à l'article 12/1, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 7 juin 2016, les adjudicateurs n'accordent pas d'avance, sauf disposition contraire dans les documents du marché.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² Article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics'.

Par dérogation à cette disposition, l'adjudicateur qui est une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, verse, conformément à l'article 12/1, alinéa 2, en projet, une avance dans les cas suivants :

1. l'adjudicateur a utilisé la procédure négociée sans publication préalable ou la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, et a invoqué ainsi l'application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, a), ou de l'article 124, § 1^{er}, 1^o ;
2. l'adjudicateur a utilisé une procédure autre que la procédure négociée sans publication préalable ou la procédure négociée sans mise en concurrence préalable et l'adjudicataire s'avère être une PME au sens de l'article 163, § 3, alinéa 2, de la loi.

Dans le cas visé au point 2, le pourcentage de l'avance s'élève à 5%, 10% ou 20% minimum, selon que l'adjudicataire est une moyenne entreprise, une petite entreprise ou une micro-entreprise (article 12/3 en projet).

Plusieurs exceptions et possibilités de dérogation sont encore applicables à ces règles.

4.1. Le dispositif en projet se caractérise essentiellement par le fait que les PME bénéficient en principe d'un régime d'avances plus favorable.

La législation relative aux marchés publics actuellement en vigueur traite les entreprises sur un pied d'égalité, quelle que soit leur taille ³.

Invité à donner des exemples dans lesquels une distinction est opérée en fonction de la taille de l'entreprise, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Hieromtrent zijn voorbeelden beschikbaar in Frankrijk. KMO's worden daarbij anders (...) behandeld op basis van hun grootte. Ingevolge **artikel R2191-7 van de Franse codex inzake overheidsopdrachten** moeten diverse Franse administratieve overheden (gemeenten, departementen, gewesten, ...) en de instellingen die ervan afhangen, meer bepaald een voorschot toekennen van minimaal 5 % wanneer het oorspronkelijke opdrachtbedrag hoger is dan 50.000 euro en de uitvoeringstermijn langer is dan twee maanden (ook indien de opdrachtnemer geen KMO is). Diverse administratieve overheden waarvan de werkelijke exploitatie-uitgaven hoger zijn dan 60 miljoen euro, moeten echter een voorschot toekennen van 10 % maar alleen wanneer de opdrachtnemer een KMO is. Voor de Franse Staat geldt een minimaal voorschot van 30 % voor de gevallen waarbij de opdrachtnemer een KMO is.

De regeling die volgt uit de Franse codex R2191-3 à R2191-19⁴ kan voor de Franse aanbesteders meer bepaald als volgt worden samengevat :

1. Obligation de verser des avances **de 5 pourcents** pour les marchés publics:
 - a) passés par des collectivités publiques ; et

³ Voir l'article 12 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. C'est seulement en matière de contrôle que l'article 163, § 3, de la loi du 17 juin 2016 prévoit l'établissement d'un rapport distinct à l'égard des PME.

⁴ Voetnoot in de aangehaalde tekst: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019/

- b) supérieurs à 50.000 euros ; et
- c) ayant une durée d'exécution supérieure à 2 mois.

Peu importe la qualité de l'adjudicataire.

2. Obligation de verser des avances **de 10 pourcents** pour les marchés publics :

- a) Passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics et groupements établissement public dont les dépenses de fonctionnement dépassent 60 millions d'euros ; et
- b) supérieurs à 50.000 euros ; et
- c) ayant une durée d'exécution supérieure à 2 mois, et
- d) lorsque l'adjudicataire est une PME

3. Obligation de verser des avances **de 30 pourcents**⁵ pour les marchés publics :

- a) Passés par l'état ; et
- b) supérieurs à 50.000 euros ; et
- c) ayant une durée d'exécution supérieure à 2 mois, et
- d) lorsque l'adjudicataire est une PME

4. Les adjudicateurs français visés ci-dessus peuvent octroyer des avances plus importantes.

5. Les autres adjudicateurs ont la possibilité de le faire mais aucune obligation s'applique à eux.

Er werd inspiratie geput uit deze Franse benadering, die gekend is bij de Europese Commissie. Echter werden diverse aanpassingen doorgevoerd waardoor het wetsontwerp niet geheel overeenstemt met de Franse benadering.

In haar **mededeling van 18 juni 2021 inzake innovatiegericht aanbesteden** (Publicatieblad van de Europese Unie 2021/C 267/01) moedigt de Europese Commissie de lidstaten en aanbesteders aan om kmo-vriendelijke betalingsregelingen aan te wenden die voorzien in 'vroegtijdige betaling'. In deze mededeling neemt zij omtrent dit ontwerp een afzonderlijke titel 3.1.6 op, waarbij zij het volgende aangeeft :

'Startende bedrijven en innovatieve kmo's moeten vroegtijdig en regelmatig worden betaald, omdat zij niet over dezelfde financiële buffers beschikken als grote bedrijven. Overheidsinkopers kunnen verschillende betalingsregelingen treffen, afhankelijk van de vraag of een kmo een rechtstreekse contractant of een subcontractant is.'

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX%3A52021XC0706%2803%29>

Stelsels van 'vroegtijdige betaling' voor kmo's zijn volgens de Europese Commissie gepast bij startende bedrijven en innovatieve kmo's.

Bij plaatsingsprocedures weet men uit de aard der zaak doorgaans niet welke grootte de opdrachtnemer zal hebben (tenzij in geval van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking), aangezien vooraf de identiteit van de

⁵ Voetnoot in de aangehaalde tekst: Dit minimaal percentage werd recent nog verhoogd ingevolge een Franse besluit van 29 december 2022 : <https://www.economie.gouv.fr/daj/publication-dun-arrete-modifiant-les-ccag>

opdrachtnemer uit de aard der zaak niet gekend is. Het is klaarblijkelijk echter niet de bedoeling dat de benadering vooropgestaan door de Europese Commissie doorgetrokken moet worden tot alle ondernemingen. De Europese Commissie drukt erop, afgaande op de voormelde officiële mededeling, alleen dat beleid uitgewerkt wordt ten aanzien van startende bedrijven en innovatie KMO's, in het kader van het beleid inzake innovatiegericht aanbesteden. De Belgische Regering wenst echter een bredere benadering voor alle KMO's. De enige manier om dit te realiseren lijkt een benadering waarbij de ondernemingen aan een licht verschillende regeling onderworpen worden op het vlak van het voorschot, op basis van hun grootte.

De Europese Commissie was zich alleszins bewust bij het aannemen van de voormelde mededeling van de aanpak in Frankrijk. In Frankrijk ontvangen KMO's in sommige hypothesen een hoger minimaal voorschot dan het geval is voor andere ondernemers (zie supra). In de voormelde titel 3.1.6 wordt immers verwezen naar het beleid aangaande voorschotten voor KMO's die hieromtrent door Parijs werd uitgewerkt (deze aanpak staat model voor de aanpak in Frankrijk) ».

4.2. La loi du 17 juin 2016, à modifier, transpose les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE ⁶.

Le principe de l'égalité de traitement constitue l'un des fondements du droit des marchés publics. Ce principe trouve son fondement dans le droit primaire de l'Union ⁷ et est traduit dans les directives concernées. Selon l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée ⁸. De même, l'article 76, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE dispose ce qui suit en ce qui concerne l'attribution de marchés pour des services sociaux et d'autres services spécifiques :

« Les États membres mettent en place, pour la passation des marchés relevant du présent chapitre, des règles nationales afin de garantir que les pouvoirs adjudicateurs respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques » ⁹.

Faciliter l'accès des PME aux marchés publics constituait l'un des objectifs du législateur de l'Union lors de l'élaboration des directives susmentionnées. Dans ce cadre, l'objectif était de lever les obstacles à la soumission à un marché et de régler les modalités de la division des marchés en lots ¹⁰. En matière de contrôle également, une attention particulière est accordée à ce que le législateur de l'Union entend par « PME » (petites et moyennes

⁶ 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' et 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'.

⁷ Voir par exemple le considérant 1 de la directive 2014/24/UE et le considérant 2 de la directive 2014/25/UE.

⁸ Voir également l'article 36, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.

⁹ Voir également l'article 93, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.

¹⁰ Voir les considérants 78 et 79 de la directive 2014/24/UE et les considérants 87 et 88 de la directive 2014/25/UE.

entreprises)¹¹. Le législateur de l'Union n'a toutefois pas prévu de règles de passation ou d'exécution spécifiques en faveur des PME.

Bien que les directives 2014/24/UE et 2024/25/UE règlent principalement la passation de marchés publics¹², un régime qui concerne plutôt la phase d'exécution peut avoir des effets sur l'égalité de traitement des soumissionnaires dans la procédure de passation. Le paiement ou non d'une avance peut en effet avoir des conséquences sur les liquidités de l'entreprise, ce qui constitue un avantage économique pour l'entreprise concernée. Le fait de savoir qu'une avance déterminée sera versée en cas d'attribution du marché peut avoir une incidence sur l'offre remise¹³.

4.3. L'exposé des motifs justifie le régime particulier d'avances en faveur des PME en ces termes :

« Ces dispositions à insérer visent à favoriser la participation des entreprises aux marchés publics. En effet, la remise d'une offre dans le cadre d'une procédure de passation peut constituer un investissement significatif pour les opérateurs économiques, notamment en temps et particulièrement pour les plus petites entreprises. Le paiement d'une avance permet à l'adjudicataire d'augmenter ses liquidités en attendant le paiement de la première facture. Disposer de suffisamment de liquidités est un enjeu particulièrement important pour les moyennes entreprises, mais encore davantage pour les micro- et petites entreprises ».

Invité à préciser cette justification au regard du principe de l'égalité de traitement, le délégué a déclaré :

« Het beginsel van gelijke behandeling is volgens het Hof van Justitie een van de grondbeginselen van het recht van de Europese Unie (Arresten van het Hof van Justitie 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C- 442/00, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak; en 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C- 336/19, punt 85). Op het gebied van het Europees recht inzake overheidsopdrachten heeft het beginsel van gelijke behandeling een specifieke uitdrukking gevonden in het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers. Dit laatste beginsel vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun offerte uiteindelijk dezelfde kansen krijgen (Arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C- 27/15punt 3). Zoals de advocaat-generaal opmerkte in zijn conclusie in de zaak Wall (C- 91/08, punt 38) beoogt het beginsel van gelijke behandeling de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die zich kandidaat stellen, te bevorderen. De eerbiediging van dit beginsel moet aldus een objectieve vergelijking van de offerten garanderen.

Een andere behandeling voor een specifieke groep inschrijvers is derhalve alleen toelaatbaar wanneer de twee groepen potentiële inschrijvers niet in gelijksoortige of vergelijkbare situaties verkeren, dan wel wanneer het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. Zoals aangegeven in het arrest Rodríguez Caballero van het Hof van Justitie van 12 december 2002 (C- 442/00, punt 30) vereist het beginsel van gelijke behandeling dat gelijksoortige of vergelijkbare situaties niet verschillend worden

¹¹ Article 83 de la directive 2014/24/UE et article 99 de la directive 2014/25/UE.

¹² Ces deux directives contiennent néanmoins des dispositions relatives à l'exécution du marché (titre II, chapitre IV, de la directive 2014/24/UE et titre II, chapitre IV, de la directive 2014/25/UE).

¹³ On peut en effet admettre ainsi qu'en cas d'avance, une partie du coût de financement disparaîtra au cours de la phase d'exécution.

behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. Dit wordt eveneens op die manier aangegeven in de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Wall (C- 91/08, punten 35 en 36), in de context van een wijziging van een concessieovereenkomst.

De vraag stelt zich of grote, middelgrootte, kleine en micro-ondernemingen zich eigenlijk wel in vergelijkbare situaties bevinden wat hun beschikbare financiële buffers betreft. De Europese Commissie wees er immers reeds op dat grote ondernemingen enerzijds en start-ups en innovatieve KMO's anderszijds niet over dezelfde financiële buffers beschikken. Zelfs al zou worden geoordeeld dat grote, middelgrootte, kleine en micro-ondernemingen zich toch in vergelijkbare situaties bevinden, dan berust het verschil in behandeling dat gemaakt wordt op een objectief criterium dat redelijkerwijs gerechtvaardigd is vanuit de doestelling om de KMO-toegang te faciliteren.

Het ingevoerde onderscheid berust op een objectief criterium omdat het gebaseerd is op de Europese definitie van een kmo, meer bepaald van de subcategorieën ervan.

Het verschil is gerechtvaardigd omdat kleinere ondernemingen en zeker micro-ondernemingen doorgaans over beperktere liquiditeiten beschikken, waardoor ze, vaker dan het geval is bij de andere ondernemingen, bepaalde bedragen dreigen niet te kunnen voorschieten om met de uitvoering van de opdracht te beginnen, hetgeen hen ervan zou kunnen weerhouden om deel te nemen aan een overheidsopdracht. Ook tussen de ondernemingen die voldoen aan de definitie van KMO zijn er grote verschillen op het vlak van de aanwezige financiële buffers. Micro-ondernemingen beschikken daarbij over minder financiële buffers als kleine ondernemingen. Kleine ondernemingen beschikken over minder financiële buffers als middelgrote ondernemingen en deze laatste beschikken op hun beurt over minder financiële buffers als grote ondernemingen. Vandaar dat een gedifferentieerde benadering per KMO-categorie het meest aangewezen is en ertoe leidt dat de gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen het best bevorderd wordt door de uitgewerkt voorschotregeling.

Er moet benadrukt worden dat het totale bedrag dat door de aanbesteder voor de uitvoering van de opdracht betaald wordt, ongewijzigd blijft. Er is alleen een beperkte verschuiving, gedeeltelijk, van het betalingsmoment, voor KMO's (maar de aanbesteder kan ook aan grote ondernemingen een voorschot toekennen, indien dit voorzien is in de opdrachtdocumenten), ingevolge de toekenning van een voorschot, overeenkomstig regels die vooraf duidelijk bekend zijn voor alle potentiële inschrijvers. Het verplicht voorschot is beperkt in omvang (maximaal 20 % van de in artikel 12/5 bedoelde referentiewaarde en een begrenzing tot 225.000 euro), waardoor het KMO's wel over de streep kan trekken om effectief deel te nemen, zonder dat het hen in staat stelt een offerte te kunnen indien aan betere voorwaarden op het vlak van de prijs dan het geval is voor de andere ondernemingen. De dubbele beperking van het voorschot zorgt er op die manier voor dat KMO's niet in staat zullen zijn in te schrijven met een lagere prijs. Overigens zullen de voorwaarden op de commerciële bancaire markt om, moest dit nodig zijn, financiering te bekomen voor eenzelfde bedrag, doorgaans verschillend zijn voor grote ondernemingen, voor middelgrote onderneming, voor kleine ondernemingen en voor micro-ondernemingen. De banken houden bij het beoordelen van het risicoprofiel namelijk rekening met de omzet, de cashpositie en het aantal transacties die doorgevoerd worden.

Het verplicht voorschot veroorzaakt alleen gevolgen in het kader van de uitvoering van de opdracht en heeft zodoende geen invloed heeft op de plaatsingsprocedure. De inschrijver die een KMO is heeft niet meer kans om de opdracht toegewezen te krijgen.

Het verplicht voorschot is er finaal op gericht de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die zich kandidaat stellen, te bevorderen door het faciliteren van de toegang voor KMO's.

De Franse benadering voorziet eveneens, op het vlak van het voorschot en in sommige hypothesen, in specifieke voorwaarden in functie van de ondernemingsgrootte (minimaal voorschot van 10 dan wel 30 %, afhankelijk van het soort aanbesteder, indien de opdrachtnemer een KMO blijkt te zijn, zie supra voor verdere info). De Europese Commissie heeft geen stappen ondernomen om een inbreukprocedure op te starten tegen deze Franse regeling.

Om de voormelde redenen betreft het geen element dat in strijd zou zijn met de Europese richtlijnen overheidsopdrachten of met het gelijkheidsbeginsel ».

4.4. L'argumentation avancée par le délégué repose entre autres sur l'hypothèse que les différents pourcentages d'avances sont suffisamment élevés pour inciter les PME à participer effectivement (« KMO's wel over de streep [te] trekken om effectief deel te nemen »), mais sont en même temps suffisamment limités pour empêcher que les bénéficiaires puissent remettre une offre à de meilleures conditions de prix que les autres entreprises (« een offerte (...) kunnen indien[en] aan betere voorwaarden op het vlak van de prijs dan het geval is voor de andere ondernemingen »). À défaut de disposer de tous les éléments de fait lui permettant d'appréhender pleinement la problématique concernée, il apparaît à la section de législation que cette argumentation peut raisonnablement justifier le régime d'avances différent au regard du principe de l'égalité de traitement. Il reviendra à la Cour de Justice, le cas échéant, de se prononcer sur ce point ¹⁴.

Il est en tout cas recommandé d'inscrire également la justification précisée par le délégué dans l'exposé des motifs.

5. Le régime d'avances en faveur des PME vaut uniquement lorsque l'adjudicateur recourt à une autre procédure que la procédure négociée sans publication préalable ou la procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

Lorsque l'adjudicateur qui est également une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État utilise la procédure négociée sans publication préalable ou la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, et invoque ainsi respectivement l'application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, a), ou de l'article 124, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016, il doit en principe toujours verser une avance, que l'adjudicataire soit une PME ou non (article 12/1, alinéa 2, 1^o, en projet).

Si une procédure négociée sans publication préalable ou la procédure négociée sans mise en concurrence préalable est appliquée pour un autre motif, l'article 12/1, en projet, de la loi du 17 juin 2016 ne prévoit alors pas d'avance, que l'adjudicataire soit une PME ou non.

¹⁴ En ce qui concerne également le régime français cité par le délégué et la compatibilité de ce régime avec le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, il n'apparaît pas que la Cour de Justice se soit déjà prononcée à cet égard.

Invité à expliquer ces différences de traitement, compte tenu de l'objectif précité visant à faciliter l'accès des PME aux marchés, le délégué a déclaré :

« Wanneer de aanbesteder die eveneens een administratieve overheid is gebruik maakt van de openbare procedure, van de niet-openbare procedure, van de mededingingsprocedure met onderhandelingen, van de concurrentiegericht dialog, van het innovatiepartnerschap of van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, is een voorschot vereist wanneer de opdrachtnemer een KMO blijkt te zijn, overeenkomstig de modaliteiten als voorzien in het ontwerp. De aanpak kan niet doorgetrokken worden, zonder enige aanpassing, naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, om onderstaande redenen.

Wanneer de aanbesteder die eveneens een administratieve overheid is en gebruik maakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (of van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging), hangt één en ander af van de bepaling die ingeroepen wordt. Indien deze procedure aangewend wordt omdat de goed te keuren uitgave onder de betreffende door de Koning bepaalde plafondbedrag blijft (op heden 140 000 euro), dan zal hij eveneens een voorschot moeten toekennen, ook als de opdrachtnemer geen KMO blijkt te zijn. In dat geval wordt gewerkt met een percentage van 15%.

Indien gewerkt wordt via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, beslist de aanbesteder uitzonderlijk namelijk zelf wie hij uitnodigt om een offerte in te dienen (in principe is volgens de wet inzake overheidsopdrachten een procedure met voorafgaande formele bekendmaking vereist waardoor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking slechts toegelaten wordt in de in artikel 42 uitdrukkelijk vermelde gevallen en omstandigheden). Zodoende zou hij ertoe geneigd kunnen zijn alleen ondernemingen uit te nodigen waarvoor hij weet dat geen voorschot moet toegekend worden, of slechts een beperkt voorschot. Op die wijze kan hij de betaling van het voorschot, dat voor hem een administratieve last betekent en een beperkt risico, vermijden. Om dergelijk pervers effect te vermijden, werd ervoor geopteerd in dat geval een algemene verplichting tot de toekenning van een voorschot in te voeren die los staat van de grootte van de onderneming. Zo niet dan riskeert men voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voorbij te gaan aan het doel, namelijk de KMO-toegang te faciliteren. Het is van belang een verplichting te kunnen voorzien voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van het bedrag, aangezien de betreffende opdrachten van groot belang zijn, gelet op het bedrag, in het kader van de KMO-toegang.

De voormelde specifieke benadering voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van het bedrag, werd om diverse redenen niet doorgetrokken naar de andere hypothesen waarbij gebruik gemaakt kan worden van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Indien de voormelde artikelen 42, § 1, eerste lid, 1°, a), dan wel 124, § 1, 1°, niet worden ingeroepen om het gebruik te staven van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of oproep tot mededinging, is dan weer de algemene en hierboven besproken regel van artikel 12/1, eerste lid, van toepassing, namelijk dat er in beginsel geen voorschot wordt toegekend, maar dat de aanbesteder hiervan kan afwijken door middel van een bepaling in die zin in de opdrachtdocumenten.

In de hypothese van 'dwingende spoed' (art. 42, § 1, eerste lid, 1°, b) leek het bijvoorbeeld niet raadzaam om de overheidsopdracht ingewikkelder te maken voor de administratieve overheid door middel van de toekenning van een verplicht voorschot. Om een voorschot toe te kennen moet namelijk een bijkomende betaling verricht worden, hetgeen een administratieve last betekent voor de aanbestedende overheid. In veel gevallen zal het echter niet aangewezen zijn een voorschot toe te kennen, aangezien de aanbesteder en de opdrachtnemer hun aandacht beter zoveel als mogelijk richten op de plaatsingsprocedure en de uitvoering van de overheidsopdracht, gelet op de dwingende spoed. Er wordt bijvoorbeeld frequent gebruik gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van de hypothese 'dwingende spoed' om op bepaalde noodsituaties te reageren of deze af te wenden en aldus een crisis te bezweren. Daarnaast werd door diverse experts op gewezen dat er bij 'emergency procurement' een hoger risico bestaat op onregelmatigheden. Het Europese 'Expert Panel on effective ways of investing in Health (EXPH)' wees er in haar advies van 20/10/2020 omtrent de organisatie van een veerkrachtige gezondheidszorg en sociale zorg na de covid-19 pandemie bijvoorbeeld op dat :

'The conventional procurement procedures have, as a central goal, greater transparency as a means of reducing the risk of corruption. Hence, it would be expected that suspension of these procedures would pose a risk of abuse (Group of States against corruption (GRECO) 2020). This concern has been justified by experience, with accounts of bribery and insider dealing, even in countries where this has been uncommon.'

https://health.ec.europa.eu/system/files/2020-12/026_health_socialcare_covid19_en_0.pdf

In het licht van het voormelde risico lijkt de toekenning van een verplicht voorschot bij gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van dwingende spoed niet aangewezen. Overigens, als er dwingende spoed aanwezig is zal de uitvoering uit de aard der zaak in heel wat gevallen vlug volgen en daarmee de betaling, waardoor er doorgaans ook minder nood is aan de toekenning van een voorschot.

Ook als er sprake is van een monopolie (de hypothese behandeld in artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, d), lijkt het niet wenselijk een verplichting tot de toekenning van een voorschot in te voeren. Gelet op het monopolie bevindt de aanbestedende overheid zich in een moeilijke onderhandelingspositie. Het betreft daarenboven gevallen waarbij van meet af aan duidelijk is dat een bekendmaking niet tot meer concurrentie of betere plaatsingsresultaten zal leiden, omdat objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. In dergelijk gevallen kan de toegang niet gefaciliteerd worden voor andere ondernemingen, waaronder KMO's, gelet op het monopolie.

Wanneer het gaat over een herhaling van soortgelijke werken en diensten (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 2°) werd reeds een voorschot en een betaling toegekend ingevolge de eerste opdracht, waardoor de nood aan een voorschot zich minder doet voelen. Het voorgaande geldt eveneens voor de aanvullende leveringen waarvan sprake in artikel 42, § 1, eerste lid, 4°, b, van de wet van 17 juni 2016.

Wat de hypothese van de aankoop van leveringen en diensten tegen bijzonder gunstige voorwaarden betreft (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, [3°]), zou de toekenning van een verplicht voorschot de situatie nodeloos ingewikkeld maken. Het betreft gevallen waarbij de uitvoering doorgaans vlug zal volgen en er dan ook minder nood is aan een voorschot. Dergelijk verplicht voorschot zou overigens niet van aard zijn om de KMO-toegang te faciliteren.

De toekenning van een voorschot lijkt ook geen toegevoegde waarde te hebben in de hypothese van de op een grondstoffenmarkt genoteerde aan aangekochte levering (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 4°, c). Het betreft in de praktijk handelsplatforms voor basisproducten zoals landbouwproducten en grondstoffen alsook energiebeurzen, waar de gereguleerde en onder toezicht staande multilaterale handelsstructuur de toegang en de marktprijzen garanderen en de betaling doorgaans vlug volgt op de aankoop, waardoor de toekenning van een verplicht voorschot geen toegevoegde waarde zou bieden. Het betreft opdrachten die minder relevant zijn voor de KMO-deelname.

Wat de hypothese van de overheidsopdracht voor diensten die volgt op een prijsvraag betreft (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 5°) zal desgevallend reeds een prijzengeld toegekend zijn of een betaling verricht zijn aan de deelnemers van de prijsvraag, ingevolge artikel 117 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 zodat er minder nood is aan de toekenning van een voorschot en er overigens ook onduidelijkheid zou kunnen ontstaan tussen het prijzengeld, de reeds toegekende betalingen aan deelnemers en het voorschot.

Wat de uitzonderlijke hypothesen van 'producten die uitsluitend voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling worden vervaardigd' (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 4°, a) betreft en 'onderhandelingsprocedure na eerste vruchteloze procedure' (hypothese van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, c), kan bij nader inzien de vraag inderdaad gesteld worden of niet dezelfde aanpak moet weerhouden worden als bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van het bedrag.

De voormelde toelichting kan mutatis mutandis doorgetrokken worden naar de speciale sectoren. Wat de in artikel 124, § 1, 10°, bedoelde hypothese van de gelegenheidsaankopen betreft, waarbij zich gedurende zeer korte tijd een bijzondere voordelige mogelijkheid tot aanschaffing van leveringen voordoet, lijkt er minder nood te bestaan aan het voorschot. Als de aankoop vlug wordt afgerond zal ook de betaling immers snel volgen. Overigens zou een verplicht voorschot er in die gevallen niet toe leiden dat de KMO-toegang gefaciliteerd wordt ».

Il résulte de ces explications que les différences de traitement sont en grande partie justifiées par le choix politique de prévoir un régime d'avances plus favorable pour les PME, qui a été examiné au point précédent.

Il apparaît en outre que les cas mentionnés dans l'avant-dernier alinéa de la réponse du délégué doivent être soumis à un examen complémentaire et que le dispositif en projet devra, le cas échéant, être adapté sur ces points au regard du principe de l'égalité de traitement.

Il est en tout cas recommandé d'intégrer également les explications du délégué dans l'exposé des motifs.

6. Le régime d'avances en projet se substitue au régime actuel prévu à l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs, cet article est abrogé par l'article 9 de l'avant-projet « étant donné que le régime des avances serait désormais réglé dans la loi ». L'article 2 de l'avant-projet abroge en outre l'article 12, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, qui habilite le Roi à fixer « les conditions matérielles et, le cas échéant, procédurales » en matière d'avances.

L'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 n'est toutefois pas seulement applicable aux marchés publics qui entrent dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2016. Ainsi qu'il ressort de son article 5, alinéa 1^{er}, cet arrêté royal régit « l'exécution des marchés relevant du champ d'application des titres 2 et 3 de la loi et du titre 2 de la loi défense et sécurité ». Cette dernière loi vise 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'¹⁵.

L'article 8 de la loi du 13 août 2011 correspond à l'article 12 de la loi du 17 juin 2016 et contient une habilitation similaire au Roi lui permettant de fixer les modalités d'octroi des avances.

Bien que l'article 9 de l'avant-projet abroge la disposition d'exécution en vigueur en matière d'avances pour les deux lois, seule celle figurant dans la loi du 17 juin 2016 est remplacée par une nouvelle disposition légale.

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré :

« Dat de regeling van artikel 67 KB AUR geheel en al zou verdwijnen voor de opdrachten op defensie-en veiligheidsgebied is niet de bedoeling. Dit zou een ongewenst effect zijn. Het lijkt dan ook gepast de opheffingsbepaling aan te passen, namelijk te verduidelijken dat de opheffing alleen geldt voor de opdrachten in de klassieke en speciale sectoren. Dit zou er finaal voor zorgen dat de voorschotregeling anders is voor de opdrachten in de klassieke en speciale sectoren enerzijds en voor de opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied anderzijds. Dit stemt overeen met de initiële bedoeling. Deze laatste opdrachten lenen zich minder voor rechtstreekse deelname van KMO's aan de plaatsingsprocedure, zo kwam het ons voor, gelet op de zeer specifieke aard van de betreffende opdrachten en in veel gevallen eveneens hun budgettaire omvang, die uitermate hoog kan zijn ».

L'avant-projet doit faire l'objet d'un examen complémentaire sur ce point. En ce qui concerne la proposition du délégué d'adapter la disposition abrogatoire, on notera tout d'abord qu'une abrogation partielle est déconseillée du point de vue de la sécurité juridique et qu'il est plutôt recommandé de modifier le champ d'application de l'article concerné. Il est en outre conseillé de compléter l'exposé des motifs par une justification de la différence de traitement, les explications fournies par le délégué pouvant déjà constituer une amorce en ce sens.

7. La règle inscrite à l'article 12/1, alinéa 2, en projet, de la loi du 17 juin 2016 est uniquement applicable si l'adjudicateur est également une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Interrogé sur le choix de ce critère qui n'est pas utilisé pour l'heure dans la loi du 17 juin 2016 et sur la question de savoir pourquoi on ne suit pas la subdivision qui est déjà actuellement utilisée dans la loi en ce qui concerne le champ d'application *ratione materiae*¹⁶, le délégué a déclaré :

« De betreffende verplichting werd alleen ingevoerd voor de aanbesteders die

¹⁵ Article 2, 2°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

¹⁶ Voir les articles 17, 18, 93 et 94 de la loi du 17 juin 2016 qui renvoient chaque fois à la subdivision inscrite à l'article 2 de cette même loi.

tevens een administratieve overheid zijn in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het betreft in dat geval immers doorgaans publiekrechtelijke instellingen of instellingen die gefinancierd worden met publieke middelen. In wat volgt worden deze aangeduid als 'overheidsinstanties' (in ruime zin). De inkomensstromen van overheidsinstanties worden doorgaans gekenmerkt door een grotere zekerheid, voorspelbaarheid en continuïteit dan hetgeen het geval is voor de andere aanbesteders. In hoofde van dergelijke overheidsinstanties (in ruime zin) kan worden gesteld dat ze doorgaans over voldoende financiële middelen beschikken en in staat zijn de risico's en budgettaire gevolgen die gepaard gaan met een toekenning van een voorschot op te vangen en dat ze eveneens over voldoende personeel beschikken om de extra betalingen te verrichten. Dit kan minder gegarandeerd worden voor de andere aanbesteders, die dan ook niet aan de verplichting onderworpen werden ».

La question se pose de savoir si le critère de l'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui est également utilisé à l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions' pour délimiter la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État en tant qu'instance de recours, constitue un critère pertinent au regard de l'objectif poursuivi.

Ainsi, le critère développé par la Cour de cassation pour considérer certaines personnes morales de droit privé comme des autorités administratives – à savoir « [pouvoir] prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers »¹⁷ – ne semble en tout cas pas pertinent au regard de l'objectif poursuivi par le dispositif en projet qui concerne essentiellement le financement.

La question se pose également à cet égard de savoir si le dispositif en projet est applicable ou non dans le cas où une personne morale peut, dans certains cas bien et dans d'autres cas non, être qualifiée d'autorité administrative selon la nature de la décision attaquée.

Compte tenu de ce qui précède, il est dès lors recommandé de s'inspirer des subdivisions existantes de la loi du 17 juin 2016, ou, à tout le moins, de justifier plus avant le choix du critère précité au regard du principe d'égalité.

8. En vertu de l'article 12/2, alinéa 2, en projet, de la loi du 17 juin 2016, « l'adjudicateur peut fixer un pourcentage plus élevé » que celui mentionné à l'alinéa 1^{er}.

¹⁷ Dans son arrêt du 14 février 1997 (AR C.96.0211), la Cour de cassation a jugé que les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et régions, des provinces ou des communes, qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers mais que le fait de confier une mission d'intérêt général à une société anonyme, fût-elle créée par une autorité administrative et soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, ne lui fait pas perdre son caractère de droit privé, si elle ne peut prendre de décisions obligatoires à l'égard de tiers. Dans son arrêt du 10 juin 2005 (AR C.04.0278), la Cour de cassation a estimé de la même manière qu'une société, fût-elle créée par une autorité administrative et soumise au contrôle de cette autorité, qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, n'acquiert pas le caractère d'une autorité administrative et qu'à cet égard, il importe peu qu'une mission d'intérêt général lui soit confiée.

Interrogé sur le point de savoir si ce pourcentage plus élevé doit être fixé préalablement, ou s'il peut l'être également après l'adjudication, le délégué a déclaré :

« De bedoeling is inderdaad dat dit vooraf duidelijk aangegeven wordt, meer bepaald dat de betreffende modaliteiten op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Het is wellicht aangewezen dit toe te voegen ».

Il est en effet recommandé au regard du principe d'égalité et de transparence¹⁸ d'apporter cette précision dans le texte de la disposition en projet.

9.1. En vertu de l'article 12/6, en projet, de la loi du 17 juin 2016, lorsque qu'une avance est accordée et que le marché public concerné intervient dans le cadre d'un projet pour lequel une autorisation est requise, l'adjudicateur peut, au moyen d'une disposition y relative dans les documents du marché, subordonner le versement de l'avance à l'obtention de cette autorisation.

9.2. Dans le texte français de l'article 12/6, alinéa 1^{er}, en projet, le mot « autorisation » est utilisé deux fois, alors que dans le texte néerlandais, il est d'abord question d'une « goedkeuring » et ensuite d'une « vergunning ».

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

« Het komt me voor dat beter consequent het begrip 'goedkeuring' wordt aangewend, dat iets ruimer lijkt te zijn dan 'vergunning' ».

Si l'intention est de recourir au terme le plus large dans le texte néerlandais, le terme « toelating » peut être utilisé. Il est en tout cas recommandé d'adapter le texte néerlandais de cette disposition et d'y utiliser uniformément la même notion conformément à l'intention des auteurs de l'avant-projet.

9.3. Le dispositif en projet implique que si les documents du marché ne contiennent pas de disposition en ce sens consécutivement à un oubli de l'adjudicateur, l'avance concernée doit être accordée, même si, à défaut de l'autorisation requise, le marché ne peut être exécuté et les prestations ne peuvent donc être effectuées. La question se pose de savoir si ceci est conforme à l'intention des auteurs de l'avant-projet et s'il ne serait pas préférable de prévoir un dispositif dans lequel, si le marché public concerné s'inscrit dans le cadre d'un projet pour lequel une autorisation est requise, l'octroi de l'avance est subordonné à l'obtention de l'autorisation concernée, sauf disposition contraire dans les documents du marché.

¹⁸ Il est rappelé à cet égard qu'en vertu du principe de transparence, l'ensemble des conditions et des modalités de la procédure d'attribution doivent être formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges de façon à permettre à tous les opérateurs économiques raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière. Le principe d'égalité de traitement exige que tous les opérateurs économiques intéressés d'un marché public disposent des mêmes chances dans la formulation de leurs offres, connaissent exactement les contraintes de la procédure et soient assurés en fait que les mêmes exigences valent pour tous les concurrents (voir notamment C.J.U.E., 14 janvier 2021, C-387/19, *RTS Infra BVBA*, ECLI:EU:C:2021:13, point 35).

L'indemnité de soumission (article 12/9 en projet)

10. L'article 12/9, en projet, de la loi du 17 juin 2016 concerne l'indemnité dite de soumission. Selon la deuxième phrase de l'alinéa 2 de cette disposition, l'adjudicateur peut « prévoir de n'octroyer aucune indemnité de soumission ou de n'octroyer qu'une indemnité réduite aux soumissionnaires qui ont présenté une offre substantiellement irrégulière ou inacceptable ».

À ce propos, l'exposé des motifs observe ce qui suit :

« Cette dernière hypothèse concerne, entre autres, les cas dans lesquels l'adjudicateur constate que les prestations qui ressortent de l'offre sont manifestement insuffisantes. De cette manière, l'on évite que certains soumissionnaires introduisent une offre dans l'unique but d'obtenir l'indemnité de soumission et que l'adjudicateur paie une indemnité trop élevée ».

La formulation selon laquelle l'adjudicateur « peut prévoir » de n'octroyer aucune indemnité de soumission ou de n'octroyer qu'une indemnité réduite, suggère que cela doit être indiqué dans les documents du marché¹⁹ et que, si tel n'est pas le cas, l'indemnité de soumission est due en tout état de cause, même si l'offre est substantiellement irrégulière ou inacceptable. Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré :

« L'idée est en effet de demander à l'adjudicateur d'indiquer dans les documents du marché s'il souhaite ne pas octroyer d'indemnité de soumission ou n'octroyer qu'une indemnité réduite aux soumissionnaires qui ont présenté une offre substantiellement irrégulière ou inacceptable. Afin d'éviter toute confusion, les mots 'dans les documents du marché' pourraient éventuellement être ajoutés dans le dispositif.

Si l'adjudicateur ne le prévoit pas dans les documents du marché, une indemnité de soumission sera octroyée (pour autant que l'adjudicateur ait exigé dans ses documents du marché que son offre soit accompagnée d'échantillons, de maquettes, de prototypes, de dessins ou de toute autre conception graphique dans les domaines des arts plastiques, des arts musicaux, des arts cinématographiques ou des arts du spectacle).

L'objectif est de conscientiser l'adjudicateur. Il doit dans un premier temps examiner s'il est nécessaire d'exiger la présentation d'échantillons, de maquettes, de prototypes, de dessins, d'autres conceptions graphiques ou de projets dans le domaine des arts précités. Il faut éviter ce type d'exigence si elle n'est pas indispensable à l'appréciation des offres. Dans un second temps, il est demandé à l'adjudicateur d'indiquer dans les documents du marché s'il souhaite, en cas d'offre substantiellement irrégulière ou inacceptable, ne pas octroyer d'indemnité de soumission ou n'octroyer qu'une indemnité réduite.

Enfin, le fait de refuser d'octroyer une indemnité de soumission ou de n'octroyer qu'une indemnité réduite a un effet sur le moment du paiement. Il est bien évident que, dans un tel cas, l'indemnité ne pourra être payée qu'une fois que les offres ont été évaluées ».

Il ressort des explications fournies par le délégué que l'intention est que l'adjudicateur puisse prévoir dans les documents du marché de n'octroyer aucune indemnité de soumission ou de n'octroyer qu'une indemnité réduite aux soumissionnaires qui ont présenté une

¹⁹ Voir notamment l'article 12/9, alinéa 6, en projet, de la loi du 17 juin 2016.

offre substantiellement irrégulière ou inacceptable et que, si tel n'est pas le cas, l'indemnité de soumission est due en tout état de cause. Ainsi qu'il est également proposé par le délégué, il est recommandé de mieux exprimer cette intention dans le texte de l'avant-projet en ajoutant les mots « dans les documents du marché » à l'article 12/9, alinéa 2, deuxième phrase, en projet, de la loi du 17 juin 2016.

La communication de la place individuelle et provisoire dans le classement (article 13, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième et troisième phrases, et § 3/1, en projet)

11. Le complément en projet de l'article 13, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 dispose que, dans certains cas, et si l'offre économiquement la plus avantageuse est exclusivement déterminée sur la base du prix, l'adjudicateur communique simultanément, à chacun des soumissionnaires, sa place individuelle et provisoire dans le classement à l'occasion ou immédiatement après l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres.

Cette règle n'est pas applicable s'il s'agit d'un marché public portant sur un secteur identifié par le Roi comme présentant un risque accru d'ententes faussant la concurrence.

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

« A l'heure d'aujourd'hui, les secteurs n'ont pas encore été déterminés. Un contact doit encore être pris avec l'Autorité belge de la concurrence afin de déterminer, le cas échéant, ces secteurs ».

12. L'article 13, § 3/1, en projet, de la loi du 17 juin 2016 dispose que durant la procédure de passation, le soumissionnaire « ne peut communiquer à d'autres candidats, participants ou soumissionnaires, ni à des tiers », les informations qu'il aurait obtenues en vertu du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, concernant sa place individuelle dans le classement.

Le délégué a déclaré qu'aucune sanction spécifique n'est infligée en cas de méconnaissance de l'interdiction concernée.

Le délégué a en outre déclaré que l'intention n'est pas que l'interdiction porte sur des travailleurs des soumissionnaires ou sur des sous-traitants potentiels pour l'exécution du marché, qui sont mentionnés ou non en tant que tels dans l'offre.

Il serait préférable d'indiquer la portée précise de l'interdiction dans le texte de la disposition en projet ou, à tout le moins, dans l'exposé des motifs. Il est en outre conseillé de fournir une justification supplémentaire de l'interdiction précitée dans l'exposé des motifs au regard de l'objectif poursuivi.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME