

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

23 november 2009

WETSONTWERP

tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

Blz.

INHOUD

1. Samenvatting.....	3
2. Memorie van toelichting	4
3. Voorontwerp	50
4. Advies van de Raad van State	67
5. Wetsontwerp.....	80

TER VERVANGING VAN HET VROEGER RONDGEDEELDE STUK

DE SPOEDBEHANDELING WORDT DOOR DE REGERING GEVRAAGD OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 51 VAN HET REGLEMENT.

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

23 novembre 2009

PROJET DE LOI

introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Pages

SOMMAIRE

1. Résumé	3
2. Exposé des motifs	4
3. Avant-projet	50
4. Avis du Conseil d'État.....	67
5. Projet de loi.....	80

EN REMPLACEMENT DU DOCUMENT DISTRIBUÉ PRÉCÉDEMMENT

LE GOUVERNEMENT DEMANDE L'URGENCE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 51 DU RÈGLEMENT.

4578

De regering heeft dit wetsontwerp op 23 november 2009 ingediend.

Le gouvernement a déposé ce projet de loi le 23 novembre 2009.

De “goedkeuring tot drukken” werd op 26 november 2009 door de Kamer ontvangen.

Le “bon à tirer” a été reçu à la Chambre le 26 novembre 2009.

cdH	:	centre démocrate Humaniste
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams
Ecolo-Groen!	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
FN	:	Front National
LDD	:	Lijst Dedecker
MR	:	Mouvement Réformateur
N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten
PS	:	Parti Socialiste
sp.a	:	socialistische partij anders
VB	:	Vlaams Belang

Afkortingen bij de nummering van de publicaties:

DOC 52 0000/000:	Parlementair document van de 52 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA:	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV:	Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)
CRABV:	Beknopt Verslag (blauwe kaft)
CRIV:	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toezpraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft)
PLEN:	Plenum
COM:	Commissievergadering
MOT:	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Abréviations dans la numérotation des publications:

DOC 52 0000/000:	Document parlementaire de la 52 ^{ème} législature, suivi du n° de base et du n° consécutif
QRVA:	Questions et Réponses écrites
CRIV:	Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)
CRABV:	Compte Rendu Analytique (couverture bleue)
CRIV:	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon)
PLEN:	Séance plénière
COM:	Réunion de commission
MOT:	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers

Bestellingen:
Natieplein 2
1008 Brussel
Tel. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.deKamer.be
e-mail : publicaties@deKamer.be

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants

Commandes:
Place de la Nation 2
1008 Bruxelles
Tél. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.laChambre.be
e-mail : publications@laChambre.be

SAMENVATTING

Dit wetsontwerp beoogt, enerzijds, de omzetting van de richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 december 2007 en, anderzijds, de invoeging van de toepasselijke regels voor de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

RÉSUMÉ

Le présent projet de loi a pour objet d'une part, la transposition de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 20 décembre 2007, et, d'autre part, l'insertion de dispositions applicables aux marchés n'atteignant pas les seuils européens.

MEMORIE VAN TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

Dit ontwerp voorziet, enerzijds, in de omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 december 2007 en, anderzijds, in de invoeging van de toepasselijke regels voor de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

Zoals uit het opschrift blijkt, wijzigt de voormelde richtlijn 2007/66/EG de richtlijnen betreffende de beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten in alle sectoren, te weten de sectoren die doorgaans speciale sectoren worden genoemd — en die betrekking hebben op de activiteiten water, energie, vervoer en postdiensten — en de andere sectoren die gemeenzaam klassieke sectoren worden genoemd.

De omzetting ervan moet uiterlijk tegen 20 december 2009 gerealiseerd zijn.

Het Belgische stelsel van de rechtsmiddelen heeft terzake een eerste fundamentele aanpassing ondergaan om het verenigbaar te maken met het Europese stelsel van beroepsprocedures, zoals het bestond vóór de voormelde richtlijn 2007/66/EG, en dit ingevolge het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 oktober 1999 (zaak C-81/98 - ALCATEL) betreffende de interpretatie van de voormelde richtlijn 89/665/EEG. In dit arrest kwam het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen namelijk tot de conclusie dat de lidstaten in een verhaalprocedure moeten voorzien waardoor de niet-geselecteerde kandidaten en de inschrijvers wiens offerte onregelmatig is bevonden of niet is gekozen, vóór de sluiting van de opdracht, de nietigverklaring van de beslissing kunnen vorderen indien ze onwettig is, en dit afgezien van de mogelijkheid om schadevergoeding te bekomen wanneer de opdracht werd gesloten.

Bij de programmawet van 9 juli 2004 heeft de wetgever in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten daarom een artikel 21*bis* ingevoegd waarmee werd voorzien in een wettelijke verplichting inzake informatie en een wachtermijn die trouwens ook ten gunste kwam van de kandidaat voor een selectie met het oog op de indiening

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Le présent projet vise, d'une part, à transposer en droit belge la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 20 décembre 2007, et, d'autre part, à insérer des dispositions applicables aux marchés n'atteignant pas les seuils européens.

La directive 2007/66/CE précitée modifie, comme son intitulé l'indique, les directives relatives aux recours en matière de marchés publics dans l'ensemble des secteurs appelés communément secteurs spéciaux — qui concernent les activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux — et dans les autres secteurs, appelés communément secteurs classiques.

Sa transposition doit être effectuée pour le 20 décembre 2009.

Le système belge des recours en la matière a connu une première adaptation fondamentale en vue de le rendre compatible avec le système européen des recours, tel qu'il existait avant la directive 2007/66/CE précitée, à la suite de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 28 octobre 1999 (affaire C-81/98 - ALCATEL) relatif à l'interprétation de la directive 89/665/CEE précitée. Dans cet arrêt, la Cour de Justice des Communautés européennes a en effet conclu que les États membres doivent prévoir une procédure de recours permettant aux candidats non sélectionnés et aux soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie de demander, avant la conclusion du marché, l'annulation de la décision en cas d'illégalité de celle-ci, et ce indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le marché a été conclu.

Par la loi-programme du 9 juillet 2004, le législateur a inséré dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services un article 21*bis* instaurant une obligation légale d'information et de temporisation dont bénéficiait également le candidat à une sélection en vue de déposer une offre. Cette nouvelle disposition ne s'appliquait cependant pas aux marchés des secteurs

van een offerte. Deze nieuwe bepaling was evenwel niet van toepassing op de opdrachten in de speciale sectoren en maakte het mogelijk dat de zaak naar keuze van de indiener aanhangig kon worden gemaakt bij de Raad van State of de gewone rechter, zelfs wanneer de auteur van de betwiste rechtshandeling een administratieve overheid was als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Deze bepaling werd vervolgens gewijzigd bij de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (II) die de wettelijke informatieverplichtingen heeft gewijzigd, de regeling van de wachttermijn voor de kandidaten heeft geschrapt en de regels inzake informatie en wachttermijn anderzijds heeft uitgebreid naar de speciale sectoren door de invoering van de artikelen 41*sexies* en 62*bis* in de wet van 24 december 1993.

Ook de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten zorgt voor de invoering van een wachttermijnregeling en informatieplicht in de beide voormelde sectoren. Dezelfde wet bepaalt dat rechtsmiddelen in precontractuele zaken uitsluitend bij de Raad van State kunnen worden ingesteld wanneer de aanbestedende overheid "onderworpen is aan de rechtsmacht van de Raad van State" en bij de gewone rechter in het andere geval. Ze verwijst formeel naar de "afweging tussen het algemeen belang en de belangen van de inschrijver" en voorziet in de mogelijkheid om de gewone rechter de vernietiging van de overeenkomst te vragen wanneer de wachttermijn niet werd gerespecteerd. Deze wet is evenwel nog niet in werking getreden en de volgende overwegingen verklaren waarom haar opheffing noodzakelijk is.

De voormelde richtlijn 2007/66/EG, die na bovengenoemde wet van 16 juni 2006 is bekendgemaakt, verplicht de lidstaten ertoe om in hun wetgeving een aantal mechanismen op te nemen waarvan de belangrijkste kenmerken als volgt kunnen worden samengevat: vlugge en doeltreffende procedures met een corrigerende en beschermende werking, vernietiging van onwettige beslissingen met inbegrip van die vervat in de opdrachtdocumenten, toekenning van schadevergoeding, belangenafweging, doeltreffende uitvoering van de beslissingen van de verhaalinstanties, schorsingstermijn ("*standstill*"), duidelijke informatie aan de betrokken kandidaten en inschrijvers, onverbindendheid

speciaal en permettait, au choix du demandeur, la saisine du Conseil d'État ou du juge judiciaire, même lorsque l'auteur de l'acte attaqué était une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Cette disposition a ensuite été modifiée par la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (II) qui a modifié les obligations légales d'information et retiré aux candidats l'avantage de la temporisation tout en étendant les règles en matière d'information et de délai d'attente aux secteurs dits spéciaux par l'insertion des articles 41*sexies* et 62*bis* dans la loi du 24 décembre 1993.

La loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services intègre également ce système de temporisation et d'information dans les deux secteurs précités. Cette même loi organise un recours précontractuel exclusivement auprès du Conseil d'État lorsque le pouvoir adjudicateur "relève de la compétence juridictionnelle du Conseil d'État" et auprès du juge judiciaire dans le cas contraire. Elle inscrit formellement dans la législation la "balance entre l'intérêt public et les intérêts du soumissionnaire" et permet de demander au juge judiciaire l'annulation du contrat lorsque le délai d'attente n'a pas été respecté. Cette loi n'est toutefois pas entrée en vigueur et les considérations qui suivent expliquent les raisons qui commandent son abrogation.

La directive 2007/66/CE précitée, postérieure à la loi du 16 juin 2006 précitée, contraint les États membres à intégrer dans leur droit un certain nombre de mécanismes dont les principales caractéristiques peuvent être résumées de la manière suivante: procédures rapides et efficaces de correction et de protection, annulation des décisions illégales y compris celles contenues dans les documents du marché, octroi de dommages et intérêts, balance des intérêts en présence, exécution efficace des décisions des instances de recours, délai de suspension ("*standstill*"), information précise des candidats concernés et soumissionnaires, absence d'effets des marchés passés en violation de certaines

van de opdrachten geplaatst in strijd met sommige verplichtingen opgelegd door de richtlijnen 2004/18/EG¹ en 2004/17/EG² en alternatieve sancties (inkorting van de looptijd van de opdracht of boetes).

Bij de opmaak van dit ontwerp werd in ruime mate rekening gehouden met de opmerkingen van de Raad van State.

HOOFDSTUK 1

Algemene bepalingen en definities

Artikel 1

Net zoals bij de goedkeuring van de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, wordt toepassing gemaakt van de bicamerale procedure als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

Zoals opgemerkt in de inleidende tekst van de memorie, beoogt dit ontwerp hoofdzakelijk de omzetting in Belgisch recht van de voormelde richtlijn 2007/66/EG. Het voorziet ook in de gedeeltelijke omzetting van de artikelen 49 van richtlijn 2004/17/EG en 41 van richtlijn 2004/18/EG.

De woorden “met name” in het tweede lid geeft evenwel aan dat het ontwerp zich niet beperkt tot de omzetting van de voormelde richtlijn. Titel I en sommige bepalingen van titel II zijn immers eveneens van toepassing op de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, bedoeld in titel III. Deze aanvulling wordt noodzakelijk geacht aangezien:

— de gebruikte definities en begrippen niet verschillend mogen zijn naargelang al dan niet een bepaalde financiële drempel is bereikt. Men ziet bijvoorbeeld niet goed in wat, in het algemeen, kan rechtvaardigen dat de inhoud van een gemotiveerde beslissing niet dezelfde zou zijn voor de opdrachten waarvan het bedrag niet de Europese drempel bereikt;

¹ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

² Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

obligations imposées par les directives 2004/18/CE¹ et 2004/17/CE² et sanctions de substitution (abrégement de la durée du marché ou pénalités financières).

Les remarques formulées par le Conseil d'État ont été dans une large mesure prises en considération pour la rédaction du présent projet.

CHAPITRE 1^{ER}

Dispositions générales et définitions

Article 1^{er}

Il est fait application, comme lors de l'adoption de la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la procédure bicamérale prévue à l'article 77 de la Constitution.

Comme il a été rappelé dans la partie introductive de l'exposé, le présent projet vise principalement à transposer en droit belge la directive 2007/66/CE précitée. Il vise également la transposition partielle des articles 49 de la directive 2004/17/CE et 41 de la directive 2004/18/CE.

Le terme “notamment” mentionné au second alinéa souligne cependant que le projet ne se limite pas à la transposition de la directive précitée. En effet, le titre I^{er} et certaines dispositions du titre II s'appliquent également aux marchés n'atteignant pas les seuils européens, visés au titre III. Ce complément est jugé indispensable dans la mesure où:

— les définitions et notions utilisées ne peuvent varier selon qu'un seuil financier est atteint ou non. Par exemple, on voit mal ce qui justifierait, de façon générale, que le contenu d'une décision motivée ne soit pas le même pour les marchés dont le montant atteint ou non le seuil européen;

¹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

— de omzetting van de voormelde richtlijn een aantal fundamentele wijzigingen van de verhaalprocedures impliceert. Het invoeren van twee totaal verschillende systemen naargelang al dan niet een financiële drempel is bereikt, zou leiden tot een onverantwoorde toename van de complexiteit van de procedures zowel voor de aanbestedende instanties als voor de ondernemingen.

Het is duidelijk dat een geharmoniseerd systeem te verkiezen is boven een verschillende aanpak die moeilijk kan worden verklaard, behalve op grond van een verschillend bedrag. Dit is zeker zo nu de opdrachten waarvoor een voorafgaande Europese bekendmaking niet vereist is (die soms “Belgische” opdrachten worden genoemd) behoudens in geval van een vrijwillige toepassing en in geval van de in artikel 95 bedoelde opdrachten voor werken, niet onderworpen zullen zijn aan de verplichting om een wachttermijn te respecteren en, evenmin, aan de sanctie van de onverbindendheid. Bovendien zal in bijkomende uitzonderingen worden voorzien voor opdrachten met een geringe waarde. Dit systeem harmoniseert aldus het juridische kader van de opdrachten beneden de Europese drempels, zonder evenwel afbreuk te doen aan het specifieke karakter ervan.

Bovendien zijn titel I en sommige bepalingen van de titels II en III van toepassing op de defensieopdrachten als bedoeld in artikel 296, § 1, b, van het Verdrag, terwijl ze niet onder voormelde richtlijnen vallen.

HOOFDSTUK 2

Invoeging van een nieuw boek in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

Bij artikel 3 van hoofdstuk 2 van het ontwerp wordt een boek III ingevoegd in de wet van 24 december 1993. Artikel 2 van dit hoofdstuk vernummert bijgevolg de artikelen 65*bis* tot 69 van de wet alsook het boek waarin ze plaatsnemen. De Raad van State heeft bedenkingen hierbij en raadt aan om nooit artikelen of elke andere indeling van het dispositief te vernummeren, behalve in geval van coördinatie of codificatie. In dit geval zijn de vernummerde bepalingen evenwel slotbepalingen, zodat de bedoelde nadelen beperkt blijven.

Het boek III, aldus ingediend door artikel 3 van het ontwerp, bevat de artikelen 66 tot 99, waarvan een commentaar volgt.

— la transposition de la directive précitée implique certaines modifications fondamentales des procédures de recours. Dès lors, prévoir deux systèmes radicalement différents selon qu'un seuil financier est atteint ou non aurait conduit à une complexification injustifiée des procédures tant pour les autorités adjudicatrices que pour les entreprises.

Il est donc clair qu'un système harmonisé est préférable à des distorsions difficilement explicables si ce n'est par une différence de montant. Cette approche est d'autant moins contestable que, hormis le cas de l'application volontaire et le cas des marchés de travaux visés à l'article 95, les marchés non soumis à une publicité préalable européenne (parfois appelés marchés “belges”) ne seront pas soumis à l'obligation de respecter un délai d'attente et à la sanction de l'absence d'effets. De plus, des exceptions supplémentaires seront prévues pour les marchés de faible montant. Ce système garantit donc la spécificité des marchés situés en dessous des seuils européens tout en harmonisant le cadre juridique qui les entoure.

Par ailleurs, le titre I^{er} et certaines dispositions des titres II et III s'appliquent aux marchés en matière de défense au sens de l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité, alors que ceux-ci ne sont pas visés par les directives précitées.

CHAPITRE 2

Introduction d'un nouveau livre dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Le chapitre 2 du projet introduit un livre III dans la loi du 24 décembre 1993, par le biais de son article 3. L'article 2 de ce chapitre renumérote dès lors les articles 65*bis* à 69 de la loi ainsi que le livre dans lequel ils sont intégrés. Le Conseil d'État soulève une objection à cet égard dans la mesure où, en dehors des cas de coordination ou de codification il est conseillé de ne jamais renuméroter des articles ou toute autre division du dispositif. Dans le cas présent, les dispositions renumérotées sont toutefois des dispositions finales, ce qui limite les inconvénients soulevés.

Le livre III ainsi inséré par l'article 3 du projet comprend les articles 66 à 99, lesquels font l'objet des commentaires qui suivent.

Art. 66

Dit artikel bevat de definities van de begrippen die in het dispositief worden gebruikt voor een goed begrip ervan.

In 1° en 2° wordt voorzien in de definitie van de klassieke sectoren, respectievelijk speciale sectoren. Het betreft hier termen die in de praktijk algemeen worden gebruikt ter aanduiding van de sectoren die onderworpen zijn aan de bepalingen van boek I, titels I tot III van de wet, respectievelijk de sectoren onderworpen aan de bepalingen van boek I, titels I en IV of boek II van de wet. De speciale sectoren betreffen de activiteiten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

Door deze definities wordt vermeden dat telkenmale, wanneer er op de opdrachten van verschillende sectoren, verschillende regels toepasselijk zijn, de bovenstaande omslachtige verwijzingen naar de onderdelen van de wet moeten worden gebruikt.

De bepaling onder 3° bevat een functionele definitie van de term “opdracht” om herhalingen te vermijden en de tekst te verlichten. Het gebruik van deze term in het ontwerp heeft dus niet noodzakelijk dezelfde draagwijdte als in andere juridische instrumenten. De in de opsomming vermelde “opdracht” heeft zodoende betrekking op de contracten van de privé-ondernemingen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten in de speciale sectoren.

Niettegenstaande de prijsvraag voor ontwerpen niet wordt vermeld in de opsomming van artikel 1, § 1, tweede lid, van de richtlijn 89/665/EEG, valt deze inderdaad onder de werkingssfeer ervan, zoals blijkt uit de tweede overweging van de voormelde richtlijn 2007/66/EG. Artikel 1 van de richtlijn 89/665/EEG verwijst nochtans naar de in de richtlijn 2004/18/EG vermelde “opdrachten”, terwijl de prijsvraag eigenlijk geen opdracht is. Omwille van de rechtszekerheid wordt er evenwel voor geadviseerd om ook de prijsvraag voor ontwerpen te vermelden. Anderzijds moet worden opgemerkt dat de definitie impliceert dat de concessie voor diensten niet onder de werkingssfeer van dit ontwerp valt.

De term “aanbestedende instantie” in 4° omvat de begrippen aanbestedende overheid, overheidsbedrijf en aanbestedende dienst als bedoeld in de wet en beoogt de tekst vlotter te maken.

Het begrip “kandidaat” in 5° heeft enkel betrekking op de gunningsprocedures die een eerste fase met indiening van aanvragen tot deelneming omvatten. De indiening van deze aanvragen volgt doorgaans op de bekendmaking van een aankondiging van opdracht,

Art. 66

Cet article comprend les définitions des termes qui seront utilisés dans le dispositif de manière à en faciliter la compréhension.

Aux 1° et 2° est introduite une définition des secteurs classiques et des secteurs spéciaux. Il s'agit de termes utilisés de façon générale dans la pratique pour désigner les secteurs qui sont respectivement soumis aux dispositions du livre I^{er}, titre I^{er} à III de la loi et aux dispositions du livre I, titres I et IV ou au livre II de la loi. Les secteurs spéciaux visent les activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Ces définitions permettent d'éviter que chaque fois que des règles différentes sont applicables à des marchés relevant de secteurs différents, les longues références précitées aux parties de la loi doivent être utilisées.

Au 3°, une définition fonctionnelle au terme “marché” est donnée afin d'éviter de nombreuses répétitions et d'alléger le texte. L'utilisation de ce mot dans le présent projet ne recouvre donc pas nécessairement la même portée que dans d'autres instruments juridiques. Le “marché” cité dans l'énumération vise quant à lui la situation des entreprises privées bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs dans les secteurs spéciaux.

Le concours, bien que non cité dans l'énumération de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, de la directive 89/665/CEE, tombe effectivement dans le champ d'application de celle-ci, comme l'indique le considérant 2 de la directive 2007/66/CE précitée. L'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE renvoie pourtant aux “marchés” visés par la directive 2004/18/CE, alors que le concours n'est pas à proprement parler un marché. Par souci de sécurité juridique, l'option a cependant été retenue de viser également le concours de projets. Par ailleurs, il convient de préciser que la définition retenue implique que la concession de services n'est pas visée par le présent projet.

Au 4°, le terme “autorité adjudicatrice” englobe les notions de pouvoir adjudicateur, d'entreprise publique et d'entité adjudicatrice au sens de la loi afin de faciliter la lecture du texte.

Au 5°, la notion de candidat s'applique uniquement dans les procédures de passation qui comportent une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation. La remise de telles demandes fait généralement suite à la publication d'un avis de marché

maar kan ook plaatsvinden in het kader van het beheer van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren.

Ook bij het opstellen van een lijst van gegadigden worden aanvragen tot deelneming ingediend. De lijst van gegadigden kan evenwel enkel worden opgesteld voor opdrachten beneden de Europese drempel, die het voorwerp uitmaken van specifieke bepalingen in titel III. Deze techniek laat de aanbestedende instantie toe, tijdens de geldigheidsduur van de lijst, telkenmale alle gegadigden te raadplegen bij de gunning van elke individuele opdracht in het kader van de lijst en dit zonder dat de bekendmaking van een aankondiging van opdracht vereist is.

Het begrip “betrokken kandidaat” in 6° heeft tot doel om, bij procedures in twee fases, de rechten te vrijwaren van de kandidaat aan wie de aanbestedende instantie de motieven voor zijn niet-selectie niet zou hebben meegedeeld voordat de betrokken inschrijvers in kennis zijn gesteld van de gunningsbeslissing.

Het bijzonder geval waarin de aanbestedende instantie de beslissing tot niet-selectie dicht bij de datum van kennisgeving van de gunningsbeslissing, bijvoorbeeld de dag ervoor, meedeelt en het antwoord op de vraag naar het verlies van het statuut van “betrokken kandidaat” nopen tot de volgende commentaar. In dat geval beantwoordt de betrokken kandidaat aan de definitie van “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad bij het bekomen van een bepaalde opdracht en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld” als bedoeld in artikel 79 van dit ontwerp. Hij kan zich dus beroepen op een belang (als bedoeld in artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State) en beroep instellen tegen deze rechtshandeling en tegen de gunningsbeslissing. Zijn beroep zal het “nuttig” effect ervan behouden aangezien hij onrechtstreeks voordeel zal halen uit de schorsing van de termijn vermeld in artikel 76 van dit ontwerp. De aanbestedende instantie heeft er dus alle belang bij om de voorschriften van artikel 72 na te leven zo ze dit struikelblok wil vermijden.

Wat betreft de Nederlandse begrippen “gunning van de opdracht” en “sluiting van de opdracht” in de 10° en 11°, wordt ervoor geopteerd om het advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten te volgen en, in de Nederlandse tekst van het ontwerp, de terminologische omkering van deze begrippen in voormelde wet van 16 juni 2006 gedeeltelijk te behouden. De Franse term “*attribution*” stemt bijgevolg overeen met de Nederlandse term “gunning” en de Franse term “*conclusion*” met de Nederlandse term “sluiting”. Dit verandert evenwel niets aan de theoretische invulling van het onderscheid tussen deze beide begrippen.

mais elle peut également s’inscrire dans le cadre de la gestion d’un système de qualification dans les secteurs spéciaux.

La remise de demandes de participation se rencontre aussi dans le cadre de l’établissement d’une liste de candidats sélectionnés. La liste de candidats sélectionnés peut cependant uniquement être établie pour des marchés inférieurs au seuil européen, lesquels font l’objet de dispositions spécifiques reprises au titre III. Cette modalité permet à l’autorité adjudicatrice pendant la durée de validité de la liste de consulter à nouveau tous les candidats sélectionnés lors de la passation de chaque marché individuel s’inscrivant dans le cadre de la liste et ce sans devoir publier un avis de marché.

Au 6°, la notion de candidat concerné permet, dans les procédures en deux phases, de préserver les droits du candidat auquel l’autorité adjudicatrice n’aurait pas notifié les motifs de sa non-sélection avant que la décision d’attribution soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

L’hypothèse particulière de la communication de la décision de non-sélection par l’autorité adjudicatrice un jour très rapproché, par exemple la veille, de la notification de la décision d’attribution et la réponse à la question de la perte du statut de “candidat concerné” appellent le commentaire suivant. Dans ce cas, le candidat en question répond à la définition de “toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d’être lésée par la violation alléguée” visée à l’article 79 du présent projet. Il pourra donc se prévaloir d’un intérêt (au sens de l’article 17 du Code judiciaire et de l’article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d’État) et pourra diriger un recours contre cet acte et contre la décision d’attribution. Son recours conservera un effet “utile” puisqu’il bénéficiera indirectement de la suspension du délai prévue à l’article 76 du présent projet. Il est donc de l’intérêt de l’autorité adjudicatrice de respecter le prescrit de l’article 72 afin d’éviter un tel écueil.

En ce qui concerne les notions néerlandaises de “*gunning van de opdracht*” et de “*sluiting van de opdracht*” figurant aux 10° et 11°, l’option retenue est de suivre l’avis de la Commission des marchés publics, qui consiste à retenir pour partie, dans le texte néerlandais du projet, l’inversion terminologique des notions opérée dans la loi précitée du 16 juin 2006. Dès lors, le terme français “*attribution*” correspond au terme néerlandais “*gunning*” et le terme français “*conclusion*” correspond au terme néerlandais “*sluiting*”. Ceci ne modifie cependant rien au contenu théorique de la distinction établie par les deux notions.

De definitie van “gunning van de opdracht” in 10° bepaalt dat het gaat om de beslissing van de aanbestedende instantie om de gekozen inschrijver aan te wijzen. Het begrip “gunning” vormt een toepassing van de theorie van de afsplitsbare rechtshandeling. Volgens deze theorie is de gunningsbeslissing een eenzijdige rechtshandeling, die afsplitsbaar is van de overeenkomst die nadien wordt gesloten, en die bij de Raad van State kan worden aangevochten (voor zover de overheid die de beslissing heeft genomen een administratieve overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State). We wijzen erop dat het in het administratief recht gekende begrip “afsplitsbare rechtshandeling” (de gunningsbeslissing) via deze bepaling wordt verruimd. Voortaan zal het immers van toepassing zijn op de geschillen voor de gewone rechtscollages, ook wanneer de gunningsbeslissing niet uitgaat van een administratieve overheid.

In de meeste gevallen zal de gunning plaatsvinden door de goedkeuring van de oorspronkelijk ingediende offerte. Wat de onderhandelingsprocedures betreft, zullen doorgaans onderhandelingen plaatsvinden tussen de inschrijvers en de aanbestedende instantie die kunnen leiden tot de goedkeuring van de laatste offerte van de gekozen inschrijver (die soms de “*best and final offer*” oftewel BAFO wordt genoemd). Hetzelfde geldt wanneer de aanbestedende instantie verbeteringen of rechtzettingen heeft aangebracht in de offertes. Bij aanbesteding en offerteaanvraag doen deze wijzigingen vanzelfsprekend geen afbreuk aan het onveranderlijke karakter van de offertes.

In 11° wordt vervolgens de sluiting van de opdracht gedefinieerd als de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbestedende instantie en de begunstigde. Ter herinnering: de sluiting van de opdracht vindt plaats door de betekening aan de gekozen inschrijver van de goedkeuring van zijn offerte. Voor de onderhandelingsprocedure kan de Koning evenwel andere wijzen van sluiting van de opdracht bepalen.

De nieuwe bepaling onder 13° verduidelijkt wat onder “opdrachtdocumenten” moet worden verstaan, om nodeloze herhalingen te vermijden. Ze omvatten de aanvullende documenten en de andere documenten waarnaar wordt verwezen, zoals typebestekken of elk ander document dat bijzondere voorwaarden bevat. In voorkomend geval maken ook de aankondiging van opdracht en het bestek deel uit van de opdrachtdocumenten. Vanzelfsprekend is dit niet het geval voor de aanvraag tot deelneming of de offerte, aangezien deze documenten niet uitgaan van de aanbestedende instantie.

Au 10°, la définition de l’attribution du marché précise qu’il s’agit de la décision prise par l’autorité adjudicatrice désignant le soumissionnaire retenu. Cette notion d’“attribution” est une application de la théorie de l’acte détachable. En vertu de celle-ci, une telle décision d’attribution est un acte unilatéral, détachable du contrat conclu par la suite, et susceptible d’être attaqué devant le Conseil d’État (pour peu que l’autorité ayant pris la décision soit une autorité administrative au sens de l’article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d’État). Soulignons que cette notion d’“acte détachable” (la décision d’attribution), qui prévaut actuellement en droit administratif, est généralisée par le biais de la présente disposition. En effet, elle trouvera à s’appliquer dorénavant au contentieux devant les juridictions ordinaires, y compris quand celui-ci portera sur une décision d’attribution n’émanant pas d’une autorité administrative.

Dans la plupart des cas, l’attribution aura lieu par l’approbation de l’offre initialement déposée. Toutefois, pour ce qui concerne les procédures négociées, une négociation s’engagera généralement entre les soumissionnaires et l’autorité adjudicatrice et pourra déboucher sur l’approbation de la dernière offre du soumissionnaire choisi (ce que l’on appelle parfois la “BAFO”: *best and final offer*). Il en ira de même lorsque l’autorité adjudicatrice aura procédé à des corrections ou à des rectifications dans les offres. Ces modifications ne remettent bien entendu pas en cause le caractère intangible de l’offre dans les procédures d’adjudication et d’appel d’offres.

Au 11°, la conclusion du marché est définie comme étant la naissance du lien contractuel entre l’autorité adjudicatrice et l’adjudicataire. Pour rappel, la conclusion du marché a lieu par la notification au soumissionnaire de l’approbation de son offre. Pour la procédure négociée, le Roi peut prévoir d’autres formes de conclusion.

Le 13° est une disposition nouvelle qui précise ce qu’il y a lieu d’entendre par les “documents du marché”, afin d’éviter des énumérations répétées. Ils comprennent les documents complémentaires et les autres documents auxquels il est fait référence comme les cahiers des charges-type ou tout autre document contenant des conditions particulières. Le cas échéant, l’avis de marché ou le cahier spécial des charges font également partie des documents du marché. Par contre, ce n’est bien entendu pas le cas pour la demande de participation ou l’offre car ces documents n’émanent pas de l’autorité adjudicatrice.

Art. 67

Dit artikel verzekert de aansluiting van de in boek III uitgewerkte rechtbeschermingsregels op de bepalingen van hetzij boek I, hetzij boek II van de wet, naargelang het ene of het andere toepassing vindt.

TITEL II

Opdrachten die de Europese drempels bereiken

HOOFDSTUK 1

Toepassingsgebied

Art. 68

Deze bepaling definieert het toepassingsgebied *ratione materiae* van titel II dat toepasselijk is op de opdrachten die het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking bereiken.

Er wordt voor geopteerd om hier naar de financiële drempels te verwijzen en niet, zoals in artikel 21*bis* van de voormelde wet van 24 december 1993, als uitgangspunt te nemen, de opdrachten die verplicht onderworpen zijn aan een voorafgaande Europese bekendmaking. Deze aanpak zorgt voor een beter begrip en maakt dit hoofdstuk ook toepasselijk op de opdrachten die weliswaar niet zijn onderworpen aan een voorafgaande Europese bekendmaking, maar soms toch a posteriori moeten worden bekendgemaakt. Zo is de onderhandelingsprocedure “zonder” bekendmaking bijvoorbeeld, behalve bij geheime of hiermee gelijkgestelde opdrachten, wel degelijk onderworpen aan een Europese bekendmaking a posteriori via een aankondiging van gegunde opdracht, wanneer de geraamde waarde van deze opdracht de Europese drempel bereikt. Hetzelfde geldt — behoudens bepaalde uitzonderingen in de speciale sectoren — voor de diensten opgenomen in bijlage 2, B, van de wet. Dergelijke opdrachten zijn dus onderworpen aan de verplichtingen van deze titel II, zelfs indien ze belangrijke afwijkingen genieten, met name wat de naleving van een wachttermijn betreft.

Artikel 68 bepaalt eveneens welke bepalingen van titel II toepasselijk zijn op de defensieopdrachten als bedoeld in artikel 296, § 1, b), van het Verdrag. Gezien die opdrachten niet onderworpen zijn aan de bestaande rechtsbeschermingsrichtlijnen, zijn inzonderheid de bepalingen betreffende de wachttermijn, de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties niet toepasselijk op de bedoelde opdrachten.

Art. 67

Cet article assure le lien entre les règles en matière de protection juridique du livre III et les dispositions soit du livre I^{er}, soit du livre II de la loi, selon que l'un ou l'autre trouve à s'appliquer.

TITRE II

*Marchés atteignant les seuils européens*CHAPITRE 1^{er}**Champ d'application**

Art. 68

Cette disposition définit le champ d'application *ratione materiae* du titre II, lequel s'applique aux marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne.

Il a été décidé de se référer ici à des seuils financiers et non, comme dans l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 précitée, au fait d'être soumis à une publicité préalable obligatoire au niveau européen. Cette approche permet de simplifier la compréhension et de soumettre à ce chapitre des marchés certes non soumis à une publicité européenne préalable mais qui doivent cependant parfois être publiés a posteriori. Ainsi, par exemple, une procédure négociée dite “sans” publicité est bel et bien soumise à une publicité européenne a posteriori, sauf en cas de marché secret ou assimilé, via un avis d'attribution de marché, lorsque la valeur estimée de ce marché atteint le seuil européen. Il en va de même — hormis certaines exceptions dans les secteurs spéciaux — pour ce qui concerne les services repris à l'annexe 2, B, de la loi. De tels marchés seront donc bien soumis aux obligations de ce titre II, même s'ils bénéficieront d'importantes dérogations, notamment en ce qui concerne le respect d'un délai d'attente.

L'article 68 précise également quelles dispositions du titre II s'appliquent aux marchés en matière de défense visés à l'article 296, § 1^{er}, b), du Traité. Vu que ces marchés ne sont pas visés par les directives existantes en matière de recours, les dispositions concernant particulièrement le délai d'attente, la déclaration d'absence d'effets et les sanctions alternatives ne sont pas applicables aux marchés considérés.

Om na te gaan of het voormelde bedrag is bereikt, dient de raming van de opdracht bij de aanvang van de procedure in aanmerking te worden genomen. Deze raming bepaalt in principe welke regels toepasselijk zijn op de opdracht tijdens het volledige verloop ervan.

Evenwel, wanneer de oorspronkelijke raming lager is dan het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking, maar het goed te keuren offertebedrag uiteindelijk meer dan 20% hoger blijkt te zijn dan dit door de Koning bepaald bedrag, zal dit hoofdstuk van toepassing zijn (behalve artikel 77, 1°). Een andere houding zou er immers toe leiden dat de bepalingen van de voormelde richtlijn 2007/66/EG geen nuttig effect hebben als gevolg van een, al dan niet intentionele, onderraming van het opdrachtbedrag. Een radicale sanctie had zonder meer de stopzetting van de procedure kunnen zijn, wegens het niet naleven van regels die normaal op de opdracht van toepassing zouden zijn. Vandaag bestaan reeds enkele mechanismen om een te lage raming te ondervangen, zoals de bepaling van artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, die een foutenmarge van minder dan 10% in vergelijking met het bedrag van 22 000 euro toestaat, wat de toepassing van de algemene aannemingsvoorwaarden betreft (de opdracht kan niet worden gesloten indien de marge wordt bereikt of overschreden). Een gelijkaardige bepaling is terug te vinden in artikel 2, § 4, van het koninklijk besluit van 14 oktober 1996 betreffende het voorafgaand toezicht en de overdracht van bevoegdheid inzake de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en inzake de toekenning van concessies voor openbare werken op federaal niveau, die een marge toestaat van 15% in vergelijking met de oorspronkelijke raming, wat betreft het vereiste akkoord van de Ministerraad voor bepaalde opdrachten op federaal niveau.

Tot op heden is evenwel nog geen algemene regeling uitgewerkt voor het probleem van de onderraming van het opdrachtbedrag. Het komt er dus op aan voor dit probleem een pragmatische oplossing te formuleren waardoor de rechten van de inschrijvers worden gewaarborgd, zonder evenwel de werking van de openbare diensten te belemmeren. Redelijkerwijze kan men het een aanbestedende instantie niet kwalijk nemen dat ze het opdrachtbedrag te goeder trouw te laag heeft geraamd, maar in de mate dat men zich in een stadium bevindt waarin dit nog mogelijk is, dient men er alles aan te doen om die beoordelingsfout alsnog recht te zetten, d.w.z. op het ogenblik dat de aanbestedende instantie hierover zekerheid heeft.

Afin de déterminer si le montant précité est atteint, il y a lieu de prendre en considération l'estimation effectuée lors du lancement du marché, laquelle détermine en principe les règles qui lui sont applicables pendant tout son déroulement.

Cependant, lorsque l'estimation initiale se révèle inférieure au montant fixé par le Roi pour la publicité européenne mais que *in fine* le montant de l'offre à approuver est supérieur de plus de 20% à ce montant fixé par le Roi, le présent chapitre sera applicable (hormis l'article 77, 1°). En effet, en décider autrement conduirait à priver d'effet utile les dispositions de la directive 2007/66/CE précitée par le simple biais d'une sous-estimation, intentionnelle ou non, du montant du marché. Une sanction radicale aurait pu consister en l'arrêt pur et simple de la procédure, étant donné que les règles normalement applicables au marché n'auraient pas été respectées. Quelques mécanismes destinés à parer à une sous-estimation existent actuellement tels que le "plafond" visé à l'article 3, § 2, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics qui autorise une marge de moins de 10% d'erreur par rapport au montant de 22 000 euros, en ce qui concerne l'application du Cahier général des charges (si la marge est atteinte ou dépassée, le marché ne peut être conclu) ou de l'article 2, § 4, de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière de concessions de travaux publics au niveau fédéral, qui autorise une marge de 15% par rapport à la prévision initiale, en ce qui concerne l'accord requis du Conseil des ministres pour ce qui concerne certains marchés du niveau fédéral.

Toutefois, le problème de la sous-estimation du montant du marché ne reçoit pas de réponse réglementaire générale pour l'instant. Il importe donc d'apporter une réponse pragmatique à ce problème en garantissant les droits des soumissionnaires sans entraver l'action administrative. Si on ne peut raisonnablement reprocher à une autorité administrative d'avoir sous-évalué de bonne foi le montant du marché, on doit par contre tenter de réparer, dans la mesure du possible, cette erreur d'appréciation à un stade où elle peut encore être corrigée, c'est-à-dire à un moment où l'autorité adjudicatrice en a conscience avec certitude.

Om die reden verplicht dit ontwerp de aanbestedende instantie om titel II toe te passen wanneer het goed te keuren offertebedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde meer dan 20% hoger ligt dan het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking, hoewel de raming beneden die drempel lag. Dit geldt evenwel niet voor artikel 77, 1°, dat bepaalt dat geen wachttermijn moet worden gerespecteerd ingeval van een opdracht waarvoor de voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie niet verplicht is. Indien de oorspronkelijke raming lager was dan de Europese drempel, was de voorafgaande bekendmaking immers, terecht, niet verplicht op dat ogenblik. Deze benadering doet dan ook geen afbreuk aan de principes vermeld in de omzendbrief van de eerste minister van 25 juni 2008 betreffende de verplichte bekendmaking van een aankondiging van gegunde opdracht (dus in een stadium waarin de opdracht reeds gesloten is).

Verder moet worden opgemerkt dat een vrijwillige bekendmaking door een aanbestedende instantie van een aankondiging van opdracht op Europees niveau (hypothese die moet worden onderscheiden van de vrijwillige bekendmaking *ex ante* die het voorwerp uitmaakt van artikel 83), om de mededinging te verruimen voor een opdracht die normaal niet onderworpen is aan deze bekendmaking — alleen omwille daarvan — niet zal leiden tot de toepassing van de bepalingen van titel II. Zo zal in dat geval bijvoorbeeld geen wachttermijn moeten worden gerespecteerd. Een andere houding zou ertoe leiden dat de vrijwillige bekendmaking op Europees niveau zou worden ontmoedigd.

Ten slotte wordt erop gewezen dat, gezien de definities in artikel 66, het beoogde begrip aankondiging van opdracht ook betrekking heeft op de aankondigingen van prijsvraag voor ontwerpen en de aankondigingen van concessie voor openbare werken.

HOOFDSTUK 2

Gemotiveerde beslissing

Art. 69

Dit artikel somt de gevallen op waarin de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing moet opstellen.

In 1° wordt verduidelijkt dat de aanbestedende instantie, wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, een gemotiveerde beslissing moet opstellen om deze keuze te rechtvaardigen. Deze procedure wijkt immers

C'est pourquoi le présent projet contraint l'autorité adjudicatrice à appliquer le titre II lorsque le montant hors taxe sur la valeur ajoutée de l'offre à approuver est supérieur de plus de 20% au montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, alors que l'estimation était inférieure à ce seuil. Ceci ne vaut cependant pas pour l'article 77, 1°, dans la mesure où cette disposition prévoit qu'un délai d'attente ne doit pas être respecté si la publication préalable d'un avis de marché au Journal Officiel de l'Union européenne n'est pas obligatoire. Si l'estimation initiale était inférieure au seuil européen, la publication préalable n'était en effet, et à juste titre, pas obligatoire à ce moment-là. C'est la raison pour laquelle, les principes repris dans la circulaire du premier ministre du 25 juin 2008 concernant l'obligation de publier un avis de marché passé (à un stade donc où le marché a déjà été conclu) ne se trouvent pas remis en question par la présente approche.

Il convient de souligner par ailleurs qu'une publication volontaire par une autorité adjudicatrice d'un avis de marché au niveau européen (hypothèse à distinguer du cas de l'avis de transparence *ex ante* faisant l'objet de l'article 83), en vue d'accroître la concurrence, pour un marché qui n'est normalement pas soumis à une telle publicité, n'entraînera pas — par ce seul fait — l'application des dispositions du titre II. Ainsi par exemple le respect d'un délai d'attente ne s'imposera pas dans ce cas. En décider autrement aurait pour effet de décourager les publications volontaires au niveau européen.

Enfin, il convient de souligner que vu les définitions retenues à l'article 66, la notion d'avis de marché vise aussi les avis de concours de projets et les avis de concession de travaux publics.

CHAPITRE 2

Décision motivée

Art. 69

Cet article énumère les cas dans lesquels l'autorité adjudicatrice est tenue d'établir une décision motivée.

Au 1°, il est précisé que l'autorité adjudicatrice, lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité, doit établir une décision motivée pour justifier ce choix. En effet, cette procédure déroge en partie au principe de transparence suffisante (mais non

gedeeltelijk af van het transparantiebeginsel -daarom niet van het mededingingsprincipe- wat impliceert dat de hypothesen die het gebruik ervan toestaan, strikt moeten worden geïnterpreteerd, wat tot uiting moet komen in de hier bedoelde voorafgaande gemotiveerde beslissing.

In 2° is het principe vervat volgens hetwelke de onderhandelingsprocedure met bekendmaking als een gewone procedure wordt beschouwd in het stelsel van de speciale sectoren (water, energie, vervoer en postdiensten) en er daar dus geen enkele bijzondere motivering vereist is wanneer men beslist er gebruik van te maken. Deze motivering is daarentegen wel degelijk vereist in het stelsel van de klassieke sectoren, aangezien de bedoelde procedure daar zonder meer als een uitzonderingsprocedure geldt.

Deze eis inzake motivering heeft ook betrekking op de opdrachten die gebaseerd zijn op de artikelen 17, § 2, 1°, b, en 39, § 2, 1°, b, van de wet. Deze opdracht-categorieën omvatten:

1) enerzijds, de opdrachten die doorgaans “geheime opdrachten” worden genoemd of waarvan de uitvoering gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, krachtens de geldende wettelijke, reglementaire of administratieve bepalingen of wanneer de fundamentele belangen van het land dit vereisen. Deze opdrachten zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijnen, krachtens artikel 21 van de richtlijn 2004/17/EG en artikel 14 van de richtlijn 2004/18/EG;

2) anderzijds, de opdrachten geplaatst voor specifiek militaire doeleinden en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal, in het kader van maatregelen die noodzakelijk worden geacht voor de bescherming van de fundamentele belangen van het land. Deze opdrachten zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, krachtens artikel 296, § 1, b), ervan.

Deze uitgesloten opdrachten zijn niettemin onderworpen aan de Belgische wetgeving en ontsnappen bijgevolg niet aan de verplichting om een gemotiveerde beslissing op te stellen, zelfs indien ze niet onderworpen zijn aan Europese of Belgische bekendmakingsvoorschriften.

Onder 3° en 4° wordt bepaald dat er reeds een gemotiveerde beslissing moet worden opgesteld voor de beslissing over de kwalificatie of de intrekking ervan in het kader van een kwalificatiesysteem, respectievelijk de beslissing over de selectie van de kandidaten in het kader van een procedure in twee fases.

de concurrence), ce qui implique que les hypothèses autorisant d'y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, laquelle sera exprimée dans la décision motivée préalable ici visée.

Le 2° traduit le principe selon lequel la procédure négociée avec publicité étant considérée comme une procédure ordinaire dans le régime des secteurs spéciaux (eau, énergie, transports et services postaux), aucune motivation spéciale n'est requise lorsqu'il est décidé d'y recourir. À l'inverse, une telle motivation est exigée dans le régime des secteurs classiques, dans la mesure où cette procédure est dans ce cas considérée comme une procédure d'exception.

Cette exigence de motivation porte également sur les marchés fondés sur les articles 17, § 2, 1°, b, et 39, § 2, 1°, b, de la loi. Ces catégories de marchés concernent:

1) d'une part, les marchés communément appelés “marchés secrets” ou dont l'exécution requiert des mesures particulières de sécurité, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur ou lorsque les intérêts essentiels du pays l'exigent. Ces marchés sont exclus du champ d'application des directives, en vertu de l'article 21 de la directive 2004/17/CE et de l'article 14 de la directive 2004/18/CE;

2) d'autre part, les marchés passés à des fins spécifiquement militaires et se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre, dans le cadre de mesures estimées nécessaires à la protection des intérêts essentiels du pays. Ces marchés sont exclus du champ du Traité instituant la Communauté européenne, en vertu de l'article 296, § 1^{er}, b), de celui-ci.

Ces marchés exclus sont néanmoins soumis à la réglementation belge et n'échappent donc pas à l'obligation d'établir une décision motivée, même s'ils ne sont pas soumis à des règles de publicité européennes ou belges.

Les dispositions en 3° et 4° précisent qu'une décision motivée doit déjà être établie pour la décision de qualification ou de retrait de celle-ci dans le cadre d'un système de qualification et pour la décision de sélection des candidats dans le cadre d'une procédure en deux phases.

Het belang van de onder 4° bedoelde gemotiveerde beslissing ligt met name hierin dat wordt vermeden dat de kandidaten aan wie deze gemotiveerde beslissing niet zou zijn meegedeeld vóór de gunningsbeslissing, betrokken blijven in de procedure en aldus nog een verhaal zouden kunnen instellen, met name in het kader van de wachttermijnregeling.

Wat de gemotiveerde beslissing voor de kwalificatie of de intrekking ervan in het kader van een kwalificatiesysteem betreft, weze eraan herinnerd dat een dergelijk systeem enkel toepasselijk is in de speciale sectoren.

De bepaling onder 5° is gewijd aan de gunningsbeslissing, ongeacht de procedure.

Wat betreft de speciale sectoren wordt erop gewezen dat de gemotiveerde beslissing met betrekking tot de raamovereenkomst zowel slaat op de gunning van de raamovereenkomst zelf, als op de gunning van de daarop gebaseerde opdrachten.

In het tweede en derde lid wordt bepaald dat de gemotiveerde beslissing in sommige gevallen a posteriori kan worden opgesteld. Wat het tweede lid betreft, wordt verduidelijkt dat de motieven voor het gebruik van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking of, enkel wat de klassieke sectoren betreft, van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking moeten bestaan op het ogenblik dat de beslissing wordt genomen. De gemotiveerde beslissing betreffende deze keuze kan evenwel nadien worden opgesteld, ten laatste bij het opstellen van de gunningsbeslissing.

Volgens het derde lid kan in sommige gevallen van onderhandelingsprocedure een gemotiveerde beslissing a posteriori worden opgesteld. Het kan immers moeilijk of zelfs onmogelijk zijn om een gemotiveerde gunningsbeslissing op te stellen vóór de sluiting wanneer opdrachten worden geplaatst in geval van dwingende spoed of, in de speciale sectoren, bij aankopen van beursgenoteerde goederen of bij opportuniteitsaankopen die slechts gedurende een zeer korte tijd mogelijk zijn. In geval van onmogelijkheid mag de gemotiveerde beslissing dan ook worden opgesteld binnen een termijn van vijftien dagen die erop volgt.

Art. 70

Dit artikel heeft betrekking op de inhoud van de gemotiveerde beslissing bedoeld in artikel 69.

Wat het gebruik van de in 2° bedoelde onderhandelingsprocedure betreft, dient de aanbestedende instantie idealiter te vermelden op welk toepassingsgeval van de

L'importance de la décision motivée au sens du 4° réside notamment dans le fait que les candidats auxquels cette décision n'est pas communiquée avant la décision d'attribution restent concernés par la procédure et pourraient notamment encore intenten un recours au stade du délai d'attente.

En ce qui concerne la décision motivée de qualification ou de retrait de celle-ci dans le cadre d'un système de qualification, il y a lieu de rappeler qu'un tel système est uniquement applicable dans les secteurs spéciaux.

Au 5° est visée la décision d'attribution du marché, quelle que soit la procédure.

En ce qui concerne les secteurs spéciaux, il y a lieu de souligner que la décision motivée relative à l'accord-cadre vise tant l'attribution de l'accord-cadre lui-même que l'attribution des marchés fondés sur celui-ci.

Au deuxième et au troisième alinéas, il est prévu que la décision motivée peut être établie a posteriori dans certaines hypothèses. En ce qui concerne le deuxième alinéa, il est précisé que les motifs du choix de recourir à une procédure négociée sans publicité ou, dans les secteurs classiques uniquement, du choix de recourir à une procédure négociée avec publicité, doivent exister au moment où la décision est prise. La décision motivée relative à ce choix peut cependant être établie ultérieurement et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution.

Selon le troisième alinéa, une décision motivée a posteriori peut être établie dans certains cas de procédure négociée. En effet, la mise au point d'une décision motivée d'attribution préalable à la conclusion pourrait s'avérer ardue, voire impossible, lors de marchés passés en présence d'une urgence impérieuse ou, dans les secteurs spéciaux, d'achats en bourse ou encore d'achats d'opportunité se présentant dans une période de temps très brève. C'est pourquoi, en cas d'impossibilité, cette décision motivée pourra être établie dans un délai de quinze jours suivant celle-ci.

Art. 70

Cet article traite du contenu de la décision motivée visée à l'article 69.

En ce qui concerne le recours à la procédure négociée visé au 2°, l'autorité adjudicatrice mentionnera, idéalement, l'hypothèse exacte des articles 17, § 2

artikelen 17, § 2 of 3, 39, § 2 en 59, § 2, van de wet ze zich wenst te beroepen. Daarnaast dient ze het bewijs te leveren dat de uitzonderlijke omstandigheden die het gebruik van het ingeroepen toepassingsgeval rechtvaardigen, werkelijk bestaan.

Er dient evenwel te worden opgemerkt dat het niet vermelden van de juridische motieven niet tot de nietigverklaring van de rechtshandeling leidt wanneer deze motieven gemakkelijk te achterhalen zijn.

De Raad van State heeft dienaangaande geoordeeld dat wanneer uit geen enkel document van het administratief dossier blijkt dat, vóór of bij de aanvang van deze procedure, een beslissing zou zijn genomen om toepassing te maken van één van de in de reglementering vermelde gevallen, hij onmogelijk kan nagaan of, in het licht van de strikt te interpreteren voorwaarden in de wettelijke bepalingen die het gebruik van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking toestaan, de beslissing om van deze procedure gebruik te maken, wettig is (RvS, nr. 163 472 van 11 oktober 2006, COFINIMMO t./BELGISCHE STAAT, RvS, nr. 192 241 van 7 april 2009, GAUTHIER COTON csrts t./BELGISCHE STAAT).

Het is dus belangrijk dat deze elementen in een gemotiveerde beslissing staan zonder dat het daarom noodzakelijk is om ze op te nemen in het bestek of de aankondiging van opdracht.

Ter herinnering: een motivering *a posteriori*, bijvoorbeeld in de processtukken van het geschil na de gunning van de opdracht, vormt in dit opzicht geen rechtsgeldige gemotiveerde beslissing (RvS, nr. 155 076 van 15 februari 2006, MOULINS et associés t./ville de CHÂTELET). Deze regel doet evenwel geen afbreuk aan de mogelijkheid tot motivering *a posteriori* als bedoeld in artikel 69, laatste lid.

Inzake de bepalingen onder 4° en 5° wordt gewezen op het onderscheid tussen de vermelding van de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers enerzijds en de vermelding van de namen van de al dan niet gekwalificeerde kandidaten anderzijds. Dit terminologisch onderscheid wordt gemaakt om er de nadruk op te leggen dat niettegenstaande het kwalificatiesysteem in de speciale sectoren evengoed een vorm van selectie is, er toch een wezenlijk verschil is. Het kwalificatiesysteem beslaat immers steeds twee fases, maar in het kader van een dergelijk systeem is het mogelijk dat er nog een bijkomende selectie tussen de gekwalificeerde kandidaten wordt doorgevoerd.

ou 3, 39, § 2 et 59, § 2, de la loi dont elle entend se prévaloir, ainsi que la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant le recours à ce cas particulier existent effectivement.

Il convient cependant de rappeler que l'absence d'indication des motifs de droit n'est pas de nature à conduire à l'annulation de l'acte lorsque ces motifs peuvent être facilement identifiés.

Le Conseil d'État a estimé que lorsqu'il ne résulte d'aucun document du dossier administratif que, préalablement au lancement de cette procédure ou lors du lancement de cette procédure, une décision aurait été prise pour faire application d'un des cas énumérés dans la réglementation, il est dans l'impossibilité de vérifier, au regard des conditions de stricte interprétation prévues par les dispositions légales autorisant la procédure négociée avec publicité, la légalité de la décision de recourir à une telle procédure (CE, n° 163 472 du 11 octobre 2006, COFINIMMO c/État belge, CE, n° 192 241 du 7 avril 2009, GAUTHIER COTON csrts c/État belge).

Il importe donc que ces éléments figurent dans une décision motivée mais sans pour autant devoir nécessairement se trouver dans le cahier des charges ou l'avis de marché.

Pour rappel, une motivation *a posteriori*, par exemple dans des écrits de procédure contentieuse faisant suite à l'attribution du marché ne peut pas être valablement retenue (CE, n° 155 076 du 15 février 2006, MOULINS et associés c/ville de CHÂTELET). Cette règle ne porte cependant pas préjudice à la possibilité de motivation *a posteriori* visée à l'article 69, dernier alinéa.

Concernant les points 4° et 5°, l'attention est attirée sur la distinction entre l'indication des noms des candidats ou soumissionnaires sélectionnés ou non, d'une part, et l'indication des noms des candidats qualifiés ou non, d'autre part. Cette distinction terminologique est opérée pour souligner que même si, dans les secteurs spéciaux, le système de qualification est aussi une forme de sélection, il existe toutefois une différence essentielle. En effet, le système de qualification comporte toujours deux phases mais une sélection supplémentaire peut encore être effectuée parmi les candidats qualifiés selon un tel système.

Uit 6° blijkt dat de motieven voor de wering op grond van onregelmatigheid die omvatten betreffende het abnormale karakter van de prijzen. Deze toevoeging kan overbodig lijken in het licht van de Belgische wetgeving aangezien de abnormale prijzen een onregelmatigheidsgrond vormen. Rekening houdend met de benadering gevolgd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn arrest C-292/07 van 23 april 2009, lijkt het evenwel aangewezen deze vermelding toe te voegen met het oog op de omzetting van artikel 43, eerste lid, d), van richtlijn 2004/18/EG om zich aldus te schikken naar de interpretatie van het Hof die als volgt luidt: *“artikel 43, eerste lid, onder d), van richtlijn 2004/18 vereist een meer gedetailleerde motivering van deze beslissing tot afwijzing. Hierbij heeft de gemeenschapswetgever de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheden willen beperken wat deze beslissingen betreft gezien de doelstelling van transparantie die deze richtlijn beoogt, zoals blijkt uit de tweede overweging”* (officiële vertaling).

Verder wordt verduidelijkt dat deze motieven in voorkomend geval betrekking hebben op de beslissing tot vaststelling van de niet-gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of van het niet voldoen aan het vereiste prestatieniveau of aan de functionele vereisten. Ook deze toevoeging kan overbodig lijken in het licht van de bestaande Belgische wetgeving. Om gelijkaardige redenen als de bovenvermelde, leek ze evenwel noodzakelijk met het oog op de omzetting van artikel 41 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 49 van richtlijn 2004/17/EG.

In 7° wordt verduidelijkt dat de juridische en feitelijke motieven de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte omvatten. Het lijkt immers aangewezen deze vermelding toe te voegen met het oog op een rechtzeker omzetting van artikel 41 van richtlijn 2004/18/EG.

In verband met 8° betreffende de juridische en feitelijke motieven van de eventuele beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die zal worden gevolgd, dient een belangrijke opmerking te worden gemaakt.

Om een nieuwe procedure te kunnen uitschrijven met het oog op de gunning van de opdracht waarvan pas werd afgezien, kan de aanbestedende instantie onmiddellijk de nieuwe procedure vermelden die ze desgewenst wil volgen. Het gaat daarbij om een keuze die haar wordt gelaten. Aangezien het steeds mogelijk is om gewoon af te zien van het plaatsen van een opdracht, mag de aanbestedende instantie immers niet worden verplicht een nieuwe procedure uit te schrijven voor een opdracht waarvan ze heeft afgezien.

Au 6°, il est précisé que les motifs d'éviction pour cause d'irrégularité comprennent ceux relatifs au caractère anormal des prix. Cet ajout peut apparaître superflu au regard de la législation belge existante puisque les prix anormaux sont une cause d'irrégularité. Toutefois, au regard de l'approche suivie par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt C-292/07 du 23 avril 2009, il paraît opportun d'ajouter cette mention à titre de transposition de l'article 43, alinéa 1^{er}, d), de la directive 2004/18/CE pour se conformer à l'interprétation de la Cour selon laquelle: *“l'article 43, premier alinéa, sous d), de la directive 2004/18 requiert une motivation plus détaillée d'une telle décision de rejet. Ce faisant, le législateur communautaire a entendu limiter le pouvoir d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne de telles décisions eu égard à l'objectif de transparence que cette directive vise à atteindre, ainsi qu'il ressort de son deuxième considérant”*.

Il est également précisé que ces motifs se rapportent, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à la non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues. Cet ajout peut également apparaître superflu au regard de la législation belge existante mais, pour des raisons similaires à celles évoquées supra, a paru nécessaire à titre de transposition de l'article 41 de la directive 2004/18/CE et de l'article 49 de la directive 2004/17/CE.

Au 7°, il est précisé que les motifs de droit et de fait comprennent les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue. En effet, par souci de sécurité juridique, il a été décidé d'ajouter cette mention à titre de transposition de l'article 41 de la directive 2004/18/CE.

En ce qui concerne le 8° relatif aux motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie, une remarque importante est à formuler.

Afin de pouvoir lancer une nouvelle procédure en vue de l'attribution du marché auquel il vient d'être renoncé, l'autorité adjudicatrice peut immédiatement indiquer la nouvelle procédure qu'elle entend suivre si telle est sa volonté. Il s'agit d'un choix qui lui est laissé. En effet, une renonciation pure et simple à la passation d'un marché étant toujours possible, l'autorité adjudicatrice ne peut être tenue de recommencer un marché auquel elle a renoncé.

Omwille van de eventuele bevoegdheidsverdeling tussen de diverse organen van dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon, is er evenwel niet altijd sprake van een volledige overeenstemming tussen het orgaan dat kan beslissen om af te zien van het plaatsen van de opdracht en dat welke bevoegd is voor de vaststelling van de gunningswijze of de beslissing over een nieuwe procedure.

Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de raad van bestuur en het directiecomité van de NMBS Holding. Volgens artikel 12 van de nieuwe statuten van de NMBS Holding, na de wijzigingen goedgekeurd door de buitengewone algemene vergadering van 31 mei 2007, bekrachtigd bij koninklijk besluit van 6 juli 2007 tot goedkeuring van de wijziging van de statuten van de NMBS-holding (BS, 17 juli 2007), worden de opdrachten voor werken, leveringen en diensten immers gegund bij of krachtens een beslissing van de raad van bestuur van het overheidsbedrijf. De raad van bestuur bepaalt voor welke opdrachten alleen het directiecomité bevoegd is en voor welke opdrachten het comité de beslissing kan delegeren. Bijgevolg is het mogelijk dat het directiecomité over een door de raad van bestuur gedelegeerde bevoegdheid beschikt om af te zien van een opdracht, maar dat die de raad van bestuur moet vragen een nieuwe beslissing te nemen over de opdracht die opnieuw wordt uitgeschreven nadat van de eerste opdracht werd afgezien.

Art. 71

Artikel 71 legt een verband tussen het proces-verbaal dat elke aanbestedende instantie ter beschikking moet houden van de Europese Commissie voor de gunning van de opdrachten die verplicht onderworpen zijn aan een voorafgaande Europese bekendmaking en de gemotiveerde beslissing die is opgesteld overeenkomstig artikel 70. De gemotiveerde beslissing geldt immers als proces-verbaal dat aan de Europese Commissie wordt overgemaakt op haar verzoek. In de klassieke sectoren vormt de vermelding van het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming zal worden gegeven een eis die voortvloeit uit artikel 43, eerste lid, e), van richtlijn 2004/18/EG.

Toutefois, en raison de la répartition des compétences pouvant exister entre les différents organes d'une même personne morale de droit public, il n'y a pas toujours une parfaite coïncidence entre l'organe pouvant décider de renoncer à un marché et celui compétent pour fixer le mode d'attribution ou décider d'une nouvelle procédure.

Tel peut, par exemple, être le cas pour la répartition des compétences entre le conseil d'administration et le comité de direction de la SNCB Holding. En effet, selon l'article 12 des nouveaux statuts de la SNCB Holding suite aux modifications approuvées par l'assemblée générale extraordinaire du 31 mai 2007, approuvés par l'arrêté royal du 6 juillet 2007 approuvant la modification des statuts de la SNCB Holding (*MB*, 17 juillet 2007), les marchés de travaux, de fournitures et de services sont passés par ou en vertu d'une décision du conseil d'administration de l'entreprise publique. Le conseil d'administration détermine les marchés pour lesquels le comité de direction est seul compétent et les marchés pour lesquels le comité peut déléguer la décision. Il se peut ainsi que le comité de direction dispose d'une compétence déléguée par le conseil d'administration pour renoncer à un marché mais doit demander au conseil d'administration de prendre une nouvelle décision relative au marché à relancer à la suite de la renonciation au premier marché.

Art. 71

L'article 71 établit un lien entre le procès-verbal que chaque autorité adjudicatrice doit tenir à la disposition de la Commission européenne pour l'attribution des marchés soumis à une publicité européenne préalable obligatoire et la décision motivée établie conformément à l'article 70. Cette décision motivée tient en effet également lieu de procès-verbal à transmettre à la Commission européenne à sa demande. Dans les secteurs classiques, l'indication de la part du marché sous-traitée est une exigence découlant de l'article 43, alinéa 1^{er}, e), de la directive 2004/18/CE.

HOOFDSTUK 3

Informatie aan kandidaten en inschrijvers

Art. 72

Paragraaf 1 van deze bepaling is gewijd aan de gemotiveerde selectiebeslissing, alsook aan de erin vermelde motieven die moeten worden meegedeeld. Via de term “procedure die een eerste fase met aanvragen tot deelneming omvat”, beoogt de wetgever zowel de beperkte procedures (beperkte offerteaanvraag of beperkte aanbesteding) als de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De aanbestedende instantie zal ook een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in twee fasen kunnen organiseren, in welk geval dit artikel eveneens van toepassing zal zijn.

De aan de kandidaat meegedeelde motieven kunnen beperkt blijven tot zijn individuele toestand zonder noodzakelijk deze toestand te moeten vergelijken met die van de andere deelnemers. Indien, zoals verduidelijkt in 2°, de rangschikking tot doel heeft het aantal kandidaten dat een offerte mag indienen, te beperken op basis van een vergelijking van de aanvragen tot deelneming, zal dit in de toekomst, op grond van deze bepaling, evenwel anders zijn. De aanbestedende instantie kan immers beslissen om, bijvoorbeeld, enkel de zes beste kandidaten te selecteren, zelfs indien een groter aantal kandidaten geschikt wordt bevonden om de opdracht uit te voeren. Diegenen die niet werden geselecteerd, moeten in dat geval de mogelijkheid krijgen om hun situatie te vergelijken met die van de geselecteerden. Het is dus belangrijk dat ze kennis kunnen nemen van de elementen op basis waarvan de aanbestedende instantie heeft beslist hun concurrenten te selecteren en hen niet. Indien de aanbestedende instantie daarentegen beslist om al diegenen te selecteren die beantwoorden aan de in de aankondiging van opdracht vermelde minimumeisen, zal het niet nodig zijn om aan de motieven van de niet-selectie de motieven voor de selectie van de andere kandidaten toe te voegen.

Paragraaf 2 van dit artikel heeft betrekking op analoge bepalingen in geval van het opzetten en het beheer van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren.

Deze vorm van in mededingingstelling vraagt specifieke bepalingen. In het kwalificatiesysteem heeft de gemotiveerde kwalificatiebeslissing wel degelijk betrekking op aspecten van de selectie van de aanvragers. Deze beslissing is evenwel niet rechtstreeks verbonden aan het plaatsen van een welbepaalde opdracht. De informatietermijnen met betrekking tot deze beslissingen zoals bepaald in die bepaling, vloeien voort uit artikel 49, §§ 3 tot 5, van de richtlijn 2004/17/EG.

CHAPITRE 3

Information des candidats et des soumissionnaires

Art. 72

Cette disposition, en son paragraphe 1^{er}, traite de la décision motivée de sélection ainsi que des motifs qui en sont extraits afin d'être communiqués. Par la terminologie “la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation”, le législateur entend viser tant les procédures restreintes (appel d'offres restreint ou adjudication restreinte) que la procédure négociée avec publicité. Il sera également loisible à l'autorité adjudicatrice d'organiser une procédure négociée sans publicité en deux phases, auquel cas le présent article s'appliquera.

Les motifs communiqués au candidat pourront être limités à sa situation individuelle sans devoir nécessairement comparer cette situation à celle des autres participants. Toutefois, comme le précise le 2°, en cas de classement destiné à limiter sur base d'une comparaison des demandes de participation le nombre des candidats autorisés à déposer une offre, il en sera autrement. En effet, l'autorité adjudicatrice pourrait décider de ne retenir, par exemple, que les six meilleurs candidats même si un nombre supérieur de candidats est apte à exécuter le marché. Ceux qui n'ont pas été sélectionnés doivent dans ce cas être en mesure de pouvoir comparer leur situation avec celle de ceux qui ont été sélectionnés. Il importe donc qu'ils puissent avoir connaissance des éléments qui ont conduit l'autorité adjudicatrice à sélectionner leurs concurrents plutôt qu'eux. Par contre, si l'autorité adjudicatrice décide de retenir tous ceux qui répondent à des conditions minimales visées dans l'avis de marché, il ne sera pas nécessaire d'ajouter aux motifs de non-sélection les motifs de sélection des autres candidats.

En son paragraphe 2, cet article traite des dispositions analogues en cas d'établissement et de gestion d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux.

Il convient de réserver des dispositions propres à cette modalité de mise en concurrence. Dans le système de qualification, la décision motivée de qualification porte bien sur les aspects liés à la sélection de demandeurs. Cependant, cette décision n'est pas directement liée à la passation d'un marché spécifique. Les délais de communication de ces décisions tels que précisés dans cette disposition résultent de l'article 49, §§ 3 à 5, de la directive 2004/17/CE.

Tevens is erin voorzien dat ingeval van de intrekking van de kwalificatie, de aannemer, de leverancier of de dienstverlener moet worden geïnformeerd over de mogelijkheid om, binnen die termijnen, zijn opmerkingen te doen gelden. Deze verplichting vloeit voort uit de toepassing van het principe *audi alteram partem* en van de theorie van de “intrekking” van een administratieve rechtshandeling die de juridische situatie van een persoon in zijn voordeel wijzigt.

Art. 73

Paragraaf 1 van dit artikel handelt over de gunningsbeslissing, alsook over de erin vermelde motieven die aan de inschrijvers worden meegedeeld.

Er is geopteerd voor een systeem waarbij één enkele gunningsbeslissing wordt opgesteld voor de opdracht, waaruit uittreksels worden gehaald en meegedeeld aan de deelnemers in functie van hun eigen situatie. Bijgevolg is niet ingegaan op de mogelijkheid vermeld in artikel 2*bis*, § 2, vierde lid, eerste streepje, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG om een “samenvattende beschrijving” te geven, en dit om de overlegging van tegenstrijdige documenten of verkeerde interpretaties te vermijden.

In de gevallen vermeld in 1° en 2° kunnen de aan de inschrijvers meegedeelde motieven die vermeld zijn in de gemotiveerde beslissing, dus beperkt blijven tot het toelichten van de individuele situatie van de geadresseerde zonder deze situatie noodzakelijk te moeten vergelijken met die van de andere deelnemers.

De motieven overgemaakt aan een niet-geselecteerde inschrijver zullen bijvoorbeeld enkel vermelden waarom hij niet werd geselecteerd (bijvoorbeeld: niet-naleving van de sociale en fiscale verplichtingen, onvoldoende referenties, enz.) en niet waarom de andere deelnemers het stadium van de selectie wel succesvol hebben doorlopen. Evenwel kan het in zekere mate nuttig zijn om zijn situatie te vergelijken met die van de andere deelnemers. Sommige elementen betreffende deze situatie kunnen vanzelfsprekend worden bekomen in het kader van een geschil voor een beroepsinstantie of nog op eigen initiatief worden verstrekt door de aanbestedende instantie om redenen van bijkomende transparantie. Het belang van deze mededeling kan bijvoorbeeld worden geïllustreerd met het arrest RvS, nr. 173 988 van 4 augustus 2007, SA PRIMINFO t./WAALS GEWEST waarin de verzoeker het onregelmatig karakter van zijn offerte betwist of minstens aanvoert dat alle offertes onregelmatig zijn.

Par ailleurs, il est prévu qu’ en cas de retrait de qualification l’entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services doit être informé de la possibilité de faire part de ses observations dans ces délais. Cette obligation découle de l’application du principe *audi alteram partem* et de la théorie du “retrait” d’un acte administratif modifiant favorablement la situation juridique d’une personne.

Art. 73

Cet article traite en son paragraphe 1^{er}, de la décision d’attribution ainsi que, des motifs qui en sont extraits afin d’être communiqués aux soumissionnaires.

Il a été opté pour un système où une seule et unique décision d’attribution est établie pour le marché, décision dont des parties sont extraites pour être communiquées aux participants en fonction de leur situation propre. Dès lors, la possibilité évoquée à l’article 2*bis*, § 2, alinéa 4, premier tiret, des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, de fournir un “exposé synthétique”, n’a pas été retenue afin d’éviter de produire des documents contradictoires ou des interprétations erronées.

Dans les cas mentionnés au 1° et 2°, les motifs extraits de la décision motivée, communiqués aux soumissionnaires, pourront donc se limiter à expliquer la situation individuelle du destinataire sans devoir nécessairement comparer cette situation à celle des autres participants.

Ainsi, par exemple, les motifs envoyés à un soumissionnaire non-sélectionné détermineront uniquement en quoi celui-ci n’est pas sélectionné (par exemple: non-respect des obligations sociales ou fiscales, références insuffisantes, etc.) et non en quoi les autres participants ont franchi avec succès le stade de la sélection. Toutefois, la possibilité de comparer sa situation à celle des autres participants peut revêtir une certaine utilité et des éléments relatifs à cette situation pourront donc évidemment être obtenus lors de l’éventuel stade contentieux devant l’instance de recours ou encore être fournis d’initiative par l’autorité adjudicatrice dans un souci de transparence supplémentaire. L’intérêt d’une telle communication peut par exemple être illustré par l’arrêt CE, n°173 988 du 4 août 2007, SA PRIMINFO c/REGION WALLONNE où le requérant conteste le caractère irrégulier de son offre ou, à tout le moins, soutient que toutes les offres sont irrégulières.

In het in 3° vermelde geval dient de toestand van alle inschrijvers daarentegen in de gemotiveerde beslissing, die integraal wordt meegedeeld, te worden vermeld en zal ze bijgevolg ook de elementen betreffende de selectie, de regelmatigheid en de keuze van de andere inschrijvers bevatten.

Zoals in de gevallen vermeld in 1° en 2°, kan de inschrijver die een verhaal heeft ingesteld bij een verhaalinstantie, in dat kader steeds kennisnemen van de volledige gunningsbeslissing en die betwisten door zijn situatie bijvoorbeeld te vergelijken met die van de inschrijver wiens offerte de aanbestedende instantie heeft gekozen. Deze toegang tot het volledige dossier en tot de volledige gunningsbeslissing kan evenwel worden beperkt, zoals bepaald in artikel 75 van dit ontwerp.

Volgens § 1, tweede lid, bevat de in het eerste lid bedoelde kennisgeving in voorkomend geval ook bepaalde inlichtingen. De woorden “in voorkomend geval” wijzen erop dat deze inlichtingen enkel vereist zijn indien de betrokken opdracht onderworpen is aan de naleving van een wachttermijn, zelfs indien het bedrag ervan hoger is dan de Europese drempel. Dit is het geval voor de opdrachten die opgenomen zijn in bijlage 2, B, van de wet.

Onder 2° van § 1, tweede lid, is een aanbeveling aan de verzoeker opgenomen om de aanbestedende instantie met de snelst mogelijke communicatiemiddelen te verwittigen over de vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing. Deze formaliteit vormt zodoende geen bijkomende voorwaarde, vermits het volstaat dat binnen de termijn van 15 dagen een verhaal is ingesteld.

Het gaat hier om een middel dat de verzoeker kan aanwenden en dat hem een bijkomende garantie biedt dat de aanbestedende instantie behoorlijk is verwittigd en dat er dus geen risico bestaat dat de opdracht zou worden gesloten. Het systeem verschilt dus duidelijk, zoals opgemerkt door de Raad van State, van de huidige voorschriften betreffende de wachttermijn in de artikelen 21*bis*, 42*sexies* en 62*bis* van de wet. Daaruit blijkt immers dat de procedure mag worden verdergezet indien de aanbestedende overheid de schriftelijke kennisgeving niet tijdig ontvangt. Het risico dat het behoud van de huidige voorschriften aanleiding zou geven tot een onderzoek van de Europese Commissie, wat formeel bevestigd werd, heeft geleid tot het afschaffen van deze voorschriften.

Paragraaf 2 maakt vooreerst duidelijk dat de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing geen enkele contractuele band met de gekozen inschrijver doet ontstaan en voorziet daarnaast in de schorsing van de gestanddoeningstermijn, d.i. de termijn gedurende

Par contre, dans le cas mentionné au 3°, la situation de l'ensemble des soumissionnaires sera reprise dans la décision motivée intégralement communiquée, laquelle comportera dès lors également les éléments relatifs à la sélection, à la régularité et au choix des autres soumissionnaires.

Comme dans les cas mentionnés au 1° et 2°, le soumissionnaire, auteur d'un recours auprès de l'instance de recours, pourra toujours, dans ce cadre, prendre connaissance et critiquer l'intégralité de la décision d'attribution en comparant, par exemple, sa situation à celle du soumissionnaire retenu par l'autorité adjudicatrice. Cet accès à l'intégralité du dossier et à l'intégralité de la décision d'attribution pourra cependant être limité, ainsi qu'il est prévu à l'article 75 du présent projet.

Au § 1^{er}, alinéa 2, il est prévu que la communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant, certaines informations. Les mots “le cas échéant” sont destinés à mettre en lumière le fait que ces informations ne seront pas requises si le marché visé n'est pas soumis au respect d'un délai d'attente, même si son montant excède le seuil européen. Tel est le cas des marchés relevant de l'annexe 2, B, de la loi.

Le § 1^{er}, l'alinéa 2, 2°, contient une recommandation adressée au requérant d'avertir l'autorité adjudicatrice par les moyens de communication les plus rapides de l'introduction d'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution. Cette formalité ne constitue dès lors pas une condition supplémentaire puisqu'il suffit que ce recours ait été introduit dans le délai imparti de 15 jours.

Il s'agit d'une modalité dont l'utilisation est laissée à l'appréciation du requérant et qui permet à ce dernier d'avoir une garantie supplémentaire que l'autorité adjudicatrice est dûment avertie et ne risque dès lors pas de conclure le marché. Il convient de souligner que le système diffère donc nettement, comme le fait remarquer le Conseil d'État, des règles actuelles en matière de délai d'attente prévues aux articles 21*bis*, 42*sexies* et 62*bis* de la loi. Celles-ci prévoient en effet qu'en l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur parvenue dans les délais, la procédure peut être poursuivie. Le risque que le maintien des règles actuelles puisse conduire à un examen de la Commission européenne, hypothèse confirmée de manière officieuse, a conduit à l'abandon de ces règles.

Le § 2 précise tout d'abord que la notification de la décision motivée ne crée aucun lien contractuel avec le soumissionnaire retenu. Il prévoit également la suspension du délai d'engagement, à savoir le délai pendant lequel les soumissionnaires sont liés par leur offre. Ceci,

dewelke de inschrijvers door hun offerte gebonden zijn. Dit laatste uiteraard om te voorkomen dat wanneer tegen de gunningsbeslissing een verhaal zou worden ingesteld, in de loop van de verhaalprocedure de geldigheid van de offertes zou komen te verstrijken.

Vervolgens wordt bepaald dat de schorsing van de gestanddoeningstermijn eindigt de dag van de beslissing genomen door de verhaalinstantie die uitspraak doet over de vordering tot schorsing en, alleszins, uiterlijk 45 dagen na de mededeling van de volledige of gedeeltelijke gunningsbeslissing aan de inschrijvers. De schorsing van de gestanddoeningstermijn heeft tot doel te voorkomen dat de aanbestedende instantie moet opdraaien voor het nadeel dat voortvloeit uit het verstrijken van de gestanddoeningstermijn ingevolge verhaalprocedures die ze zelf niet in de hand heeft. Het is dus logisch dat deze schorsing eindigt wanneer de rechter een uitspraak heeft gedaan. Het wordt evenwel wenselijk geacht om de belangen van de inschrijvers niet al te veel te schaden door ze te verplichten om voor onbepaalde duur gebonden te blijven door hun offerte. Om die reden is een maximumtermijn van 45 dagen bepaald boven dewelke de gestanddoeningstermijn opnieuw ingaat. Deze beperking biedt de inschrijvers ook de mogelijkheid om hun prijzen te bepalen op basis van een vaste maximale gestanddoeningstermijn die, bijgevolg, niet afhankelijk is van de eventueel ingestelde verhaalprocedures.

De in § 2, eerste lid, vermelde woorden “voor zover een dergelijke termijn en artikel 76 toepasselijk zijn” beogen in essentie meerdere situaties. Enerzijds slaan ze op de onderhandelingsprocedures waarbij niet in een gestanddoeningstermijn zou zijn voorzien. Anderzijds slaan ze op de hypothese waarbij de gestanddoeningstermijn al zou zijn verstreken op het ogenblik van de notificatie van de gemotiveerde beslissing, met name omdat men er niet tijdig aan heeft gedacht om aan de inschrijvers een verlenging van de gestanddoeningstermijn te vragen, waardoor de inschrijvers niet langer door hun offerte zijn gebonden en er geen sprake meer kan zijn van een schorsing van de gestanddoeningstermijn. Eenmaal verstreken, kan de gestanddoeningstermijn immers geen gevolgen meer hebben. Uiteraard betekent dit daarom nog niet dat de inschrijvers hun belang op de gunning van de opdracht zouden verliezen. Het doet m.a.w. geen afbreuk aan hun recht om tegen de beslissing van de aanbestedende instantie verhaal aan te tekenen. Evenmin zal de eventuele prijsherzieningsformule daardoor een wijziging ondergaan. Vermits de ingangsdatum ervan in principe verwijst naar de datum voor indiening van de offertes, zal deze zonder probleem toepassing kunnen vinden. Enkel zal de aanbestedende instantie die, na afloop en naargelang de uitkomst van de verhaalprocedure, nog zal willen overgaan tot de gun-

bien entendu, pour éviter qu'en cas de recours contre la décision d'attribution, la validité des offres n'expire durant le recours.

Ensuite, il est prévu que la suspension du délai d'engagement prend fin au jour de la décision de l'instance de recours statuant sur la demande de suspension et, en tout cas, au plus tard 45 jours après la communication de tout ou partie de la décision d'attribution aux soumissionnaires. La suspension du délai d'engagement est destinée à ne pas faire peser sur l'autorité adjudicatrice le préjudice résultant de l'écoulement du délai d'engagement à la suite de recours dont elle n'est pas maîtresse. Il est donc logique que cette suspension s'arrête lorsque le juge a statué. Toutefois, il a été jugé opportun de ne pas léser exagérément les intérêts des soumissionnaires en les contraignant à rester engagés par leur offre indéfiniment. C'est la raison pour laquelle une limite maximale de 45 jours a été fixée, délai au-delà duquel le délai d'engagement recommencera à courir. Cette limitation permettra également aux soumissionnaires de déterminer leurs prix en fonction d'un délai d'engagement maximum fixe et dès lors non tributaire des procédures éventuellement engagées.

Les mots “pour autant qu'un tel délai et l'article 76 soient applicables” prévus à l'alinéa 1^{er} de ce § 2 visent plusieurs situations. Ils concernent d'une part les procédures négociées dans lesquelles aucun délai d'engagement n'aurait été prévu. Ils concernent d'autre part l'hypothèse où le délai d'engagement est déjà dépassé au moment de la notification de la décision motivée — notamment parce que l'on n'a pas songé à temps à demander un allongement du délai aux soumissionnaires —, les soumissionnaires ne sont alors plus liés par leur offre et il ne peut être question d'une suspension du délai d'engagement. Une fois expiré, le délai d'engagement ne peut en effet plus sortir d'effets. Évidemment, ceci ne signifie pas pour autant que les soumissionnaires perdraient leur intérêt à se voir attribuer le marché. En d'autres termes, ceci ne porte pas préjudice à leur droit d'intenter un recours contre la décision de l'autorité adjudicatrice. Par ailleurs, l'éventuelle formule de révision des prix ne s'en trouvera pas davantage modifiée. Son point de départ renvoyant en principe à la date de remise des offres, elle pourra s'appliquer sans problème. L'autorité adjudicatrice qui, à l'issue du recours et selon le résultat de celui-ci, entendra encore attribuer un marché alors que le délai d'engagement est déjà définitivement expiré, devra nécessairement recourir aux mécanismes de la

ning van een opdracht wanneer de gestanddoeningstermijn reeds definitief was verstreken, noodzakelijkerwijze dienen terug te vallen op de in de reglementering uitgewerkte mechanismen die voorzien in de raadpleging van de gekozen inschrijver en/of de andere inschrijvers, al naargelang de gekozen inschrijver zijn offerte al dan niet tegen dezelfde voorwaarden wenst te handhaven (artikelen 118 en 119 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 106 en 107 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996). Ten slotte wordt opgemerkt dat de schorsing van de gestanddoeningstermijn slechts mogelijk is ingeval artikel 76 van toepassing is, d.w.z. wanneer een wachttermijn moet worden gerespecteerd.

Art. 74

Dit artikel gaat nader in op de beslissing om af te zien van het plaatsen van een opdracht. Het kan zowel gaan om de beslissing om af te zien van de gunning van de opdracht — wat bijvoorbeeld al in het stadium van de selectie kan gebeuren — als van de beslissing om af te zien van de sluiting van de opdracht, dus nadat de gunning al heeft plaatsgevonden. In tegenstelling tot de toestand vermeld in de artikelen 26, 52 en 81 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, 112 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 en 33, § 3, van het koninklijk besluit van 18 juni 1996, volgens dewelke de motieven voor de beslissing om af te zien van het plaatsen van een opdracht en, in voorkomend geval, om een nieuwe opdracht uit te schrijven, worden meegedeeld op verzoek, voorziet dit ontwerp in de automatische verzending van de gemotiveerde beslissing.

Art. 75

Dit artikel handelt over de verplichting om bepaalde gegevens vertrouwelijk te behandelen.

Paragraaf 1 bepaalt op algemene wijze de gegevens die niet mogen worden meegedeeld.

Paragraaf 2 vermeldt enerzijds de personen op wie deze plicht tot vertrouwelijkheid rust en verduidelijkt en versterkt anderzijds de plicht tot vertrouwelijkheid die moet worden nageleefd tot de aanbestedende instantie een beslissing neemt.

réglementation prévoyant la consultation du soumissionnaire retenu et/ou des autres soumissionnaires, selon que le soumissionnaire retenu souhaite ou non maintenir son offre aux mêmes conditions (articles 118 et 119 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 106 et 107 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996). Enfin, il est rappelé que cette suspension du délai d'engagement n'est possible que si l'article 76 est applicable, c'est-à-dire qu'un délai d'attente doit être respecté.

Art. 74

Cet article traite de la renonciation à la passation d'un marché. Ceci peut porter tant sur la décision de renoncer à l'attribution du marché — ce qui peut par exemple déjà se produire au stade de la sélection — que sur la conclusion du marché, donc après l'attribution. Contrairement à la situation prévue par les articles 26, 52 et 81 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, 112 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 et 33, § 3, de l'arrêté royal du 18 juin 1996, en vertu desquels les motifs de la décision de renoncer à la passation d'un marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché, sont communiqués sur demande, le présent projet prévoit l'envoi automatique de la décision motivée.

Art. 75

Cet article porte sur l'obligation de traiter certaines données de façon confidentielle.

Le § 1^{er} définit de manière générale les renseignements qui peuvent ne pas être divulgués.

Le § 2 mentionne, d'une part, les personnes à qui incombe ce devoir de confidentialité et, d'autre part, précise et renforce le devoir de confidentialité s'appliquant avant la prise de décision par l'autorité adjudicatrice.

HOOFDSTUK 4

Wachttermijn

Art. 76

Dit artikel handelt over de sluiting van de opdracht die op de gunningsbeslissing volgt. Deze mag in geen geval plaatsvinden vóór het verstrijken van een termijn van vijftien dagen. Met de woorden “in geen geval” wordt eraan herinnerd dat, overeenkomstig artikel 2, § 3, laatste zin, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, zelfs wanneer de rechter oordeelt vóór het verstrijken van de wachttermijn, de opdracht in geen geval tijdens deze termijn mag worden gesloten.

Wat de berekening van de termijnen betreft, wordt verwezen naar artikel 100. Om tegemoet te komen aan de door de afdeling wetgeving van de Raad van State geformuleerde bekommernissen in zijn voorafgaand advies³ met betrekking tot de voormelde wetten van 15 en 16 juni 2006, zullen de bepalingen betreffende de vertrekdatum en de looptijd van de wachttermijn dus in de wet zelf staan en niet in een uitvoeringsbesluit. Er is voor geopteerd om de dag na de verzendingsdatum als vertrekdatum van de termijn te nemen. Alhoewel deze benadering in principe minder voordelig is voor de geadresseerde, is ervoor geopteerd om redenen van rechtszekerheid. De ontvangstdatum vormt immers een onzeker element bij de berekening van de termijn, terwijl de verzendingsdatum objectief kan worden bepaald. De langere termijn die de Belgische wetgever toestaat en de verzending van de betrokken informatie via elektronische middelen kunnen de nadelen verbonden aan deze berekeningsvorm in ruime mate opvangen, met name bekeken vanuit het standpunt van de buitenlandse inschrijvers.

Om ervoor te zorgen dat potentiële verzoekers zo vlug mogelijk worden geïnformeerd, wordt in eerste instantie voorzien in een verzending per telefax, e-mail of een ander elektronisch middel. Om reden van juridisch bewijs wordt tegelijk ook voorzien in een verzending bij aangetekende brief, die helemaal in overeenstemming is, zowel met de geldende vormvoorschriften voor de Raad van State (cf. artikel 30 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 84, § 1, van de algemene procedureregeling waarnaar wordt verwezen in artikel 2 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in het kort geding voor de Raad van State), als met de voorschriften van de om te zetten richtlijn.

³ *Parl. doc.* 2237/001,p.132, Advies van Raad van State n° 38 703/1/V van 6 september 2005.

CHAPITRE 4

Délai d'attente

Art. 76

Cet article traite de la conclusion du marché qui suit la décision d'attribution. Celle-ci ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours. Les mots “en aucun cas” sont destinés à rappeler que, conformément à l'article 2, § 3, dernière phrase, des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, même si le juge statue avant l'expiration du délai d'attente, le marché ne peut en aucun cas être conclu pendant cette période.

En ce qui concerne la computation des délais, il est renvoyé à l'article 100. Afin de répondre aux préoccupations formulées par la section de législation du Conseil d'État dans son avis³ préalable au vote des lois du 15 et 16 juin 2006 précitées, les dispositions relatives au point de départ et à la durée du délai d'attente figureront donc dans la loi elle-même et non dans un arrêté d'exécution. L'approche retenue donne la préférence au lendemain de la date d'envoi comme point de départ du délai. Cette formule, en principe moins favorable au destinataire, est toutefois retenue dans un souci de sécurité juridique, la date de la réception constituant un facteur d'incertitude dans le calcul du délai alors que la date d'envoi peut être objectivement déterminée. Le délai plus long accordé par le législateur belge ainsi que l'envoi de l'information visée par des moyens électroniques sont de nature à tempérer raisonnablement les inconvénients d'une telle forme de computation, notamment eu égard à la situation dans laquelle sont placés les soumissionnaires étrangers.

Afin de veiller à ce que les demandeurs potentiels soient informés le plus rapidement possible, un envoi par télécopieur, par courrier électronique, ou par un autre moyen électronique est prévu en premier lieu. À des fins de preuve juridique, un envoi simultané par lettre recommandée est prévu, et ce, en conformité complète tant avec les règles de forme applicables au Conseil d'État (cf. article 30 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et article 84, § 1^{er}, du règlement général de procédure auquel se réfère l'article 2 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État), qu'avec les dispositions de la directive à transposer.

³ *Doc.parl.* 2237/001,p.132, Avis du Conseil d'État n° 38 703/1/V du 6 septembre 2005.

De beide verzendingen dienen in principe op dezelfde dag te gebeuren. Verder wordt nog voorzien in de bepaling dat ingeval van een discrepantie tussen de aangetekende zending en de verzending per telefax, e-mail of een ander elektronisch middel, de termijn van vijftien dagen voor de betrokken kandidaat of de betrokken inschrijver hoe dan ook pas ingaat de dag na de laatste verzendingsdatum. Deze bepaling strekt ertoe de belangen van de bestemming en mogelijke indiener van een vordering te beschermen, zonder evenwel al te zeer de belangen van de aanbestedende instantie te schaden.

Artikel 21*bis*, 41*sexies* en 62*bis* van de wet, waarvan de opheffing wordt voorgesteld in dit wetsontwerp, voorzien niet in een schorsing van de procedure tijdens de behandeling van de verhaalprocedure door het rechtscollege waarbij de zaak aanhangig is. In het algemeen onthouden de aanbestedende instanties zich weliswaar van de kennisgeving van hun gunningsbeslissing tot het rechtscollege uitspraak heeft gedaan over de hem voorgelegde zaak. Het gaat echter niet om een verplichting, en de voormelde artikelen kunnen op zich niet voorkomen dat vanaf de zestiende dag een overhaaste kennisgeving zou gebeuren, terwijl het rechtscollege de tijd nog niet zou hebben gehad om een uitspraak te doen⁴. Dit geval heeft zich met name voorgedaan in de zaken RvS, nr. 179.865 van 19 februari 2008, NV VAN DEN BERGHE t./Belgische Staat en nr. 191.149 van 5 maart 2009, SA CEGELEC t./Franse Gemeenschap.

Rekening houdend met overweging 12 van de richtlijn 2007/66/EG, is het evenwel de wens van de Europese wetgever dat een automatische schorsing zou ingaan wanneer de zaak aanhangig wordt gemaakt bij de onafhankelijke instantie van eerste aanleg. Bijgevolg voorziet dit ontwerp in de schorsende werking van de ingestelde verhaalprocedures die ertoe strekken de regelmatigheid van de gunning van een overheidsopdracht te betwisten. Deze nieuwigheid vormt een duidelijke verbetering van de wetgeving aangezien een onregelmatig geweerde inschrijver een “nuttig” beroep kan instellen (d.w.z. doeltreffend, vlug en dat kan leiden tot een vergoeding in natura) tegen een beslissing die hem een nadeel kan berokkenen.

Het derde lid herinnert aan de in artikel 73, § 1, tweede lid, 2°, vervatte aanbeveling aan de verzoeker om de aanbestedende instantie bij voorkeur met de snelst mogelijke communicatiemiddelen te verwittigen

⁴ Het spreekt voor zich dat deze houding als een schending van het beginsel van behoorlijk bestuur kan worden beschouwd. In dit verband, maar dan m.b.t. de verplichting voor de aanbestedende overheid om zich van kennisgeving te onthouden in afwachting van de beëindiging van een gewone schorsingsprocedure: RvS, 18 september 2007, NV INTERNATIONAL BUILDING ORGANISATION, nr. 174 604.

Ces deux envois doivent être en principe effectués le même jour. Toutefois, une disposition est également prévue, selon laquelle, en cas de divergence entre l'envoi par recommandé et l'envoi par télécopieur, e-mail ou un autre moyen électronique, le délai de quinze jours prendra cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour où le dernier envoi a eu lieu. Cette disposition est prise afin de protéger les intérêts du destinataire, éventuel auteur d'un recours, sans léser exagérément les intérêts de l'autorité adjudicatrice.

Les articles 21*bis*, 41*sexies* et 62*bis* de la loi, dont l'abrogation est proposée dans le présent projet de loi, ne prévoient aucune suspension de la procédure pendant l'examen du recours par la juridiction saisie. Généralement, les autorités adjudicatrices s'abstiennent toutefois de notifier leur décision d'attribution en attendant que la juridiction se prononce sur l'affaire qui lui est soumise. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation, et ces articles ne peuvent, à eux seuls, empêcher une notification précipitée dès le seizième jour, alors même que la juridiction n'aurait pas encore eu le temps de se prononcer⁴. Un tel cas s'est notamment produit dans les arrêts du Conseil d'État, n°179.865 du 19 février 2008, NV VAN DEN BERGHE c./État belge et n°191.149 du 5 mars 2009, SA CEGELEC c./Communauté française.

Au regard du considérant 12 de la directive 2007/66/CE, le vœu du législateur européen est cependant qu'une suspension automatique prenne cours lorsque l'instance indépendante de premier ressort est saisie. Dès lors, le présent projet met en œuvre un effet suspensif des recours introduits en vue de contester la régularité de l'attribution d'un marché public. Cette nouveauté constitue une amélioration significative de la réglementation puisqu'elle permettra à un soumissionnaire irrégulièrement évincé de pouvoir exercer un recours “utile” (c'est-à-dire efficace, rapide et susceptible d'entraîner une réparation en nature) contre une décision qui pourrait lui causer un préjudice.

L'alinéa 3 est un rappel de la recommandation contenue dans l'article 73, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, adressée au requérant, d'avertir l'autorité adjudicatrice de préférence par les moyens de communication les plus rapides de

⁴ Il va sans dire qu'une telle attitude pourrait être perçue comme une violation du principe de bonne administration. En ce sens, mais concernant le devoir du pouvoir adjudicateur de s'abstenir de notifier en attendant le terme d'une procédure de suspension ordinaire: CE, 18 septembre 2007, NV INTERNATIONAL BUILDING ORGANISATION, n°174 604.

over het indienen van een vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing.

Ten slotte wordt bepaald dat het verbod om de opdracht te sluiten enkel speelt ten gunste van de indiener van een verhaal wanneer verhaal wordt ingesteld binnen de in het eerste lid bedoelde termijn. Met andere woorden, een inschrijver die geen verhaal zou hebben ingesteld binnen de bedoelde termijn, kan geen voordeel halen uit de schorsende werking ervan om laattijdig een verhaal in te stellen.

Art. 77

Dit artikel bevat een opsomming van de uitzonderingen op de naleving van de wachttermijn.

Wat 1° betreft, beoogt het ontbreken van de voorafgaande Europese bekendmaking van een aankondiging hoofdzakelijk de gevallen van voorafgaande bekendmaking in de Europese richtlijnen via modellen van aankondiging die de bijlage vormen van de koninklijke uitvoeringsbesluiten.

De tweede uitzondering, namelijk deze betreffende het geval waarin de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken kandidaten zijn, beoogt hoofdzakelijk de hypothese waarin de enige inschrijver een offerte zou indienen bij een procedure in twee fasen.

Art. 78

Dit artikel vormt een sleutelbepaling van dit ontwerp. Gezien de noodzaak om ervoor te zorgen dat de inschrijver in alle omstandigheden een “nuttig” beroep kan instellen tegen de gunningsbeslissing bij procedures die onder de Europese richtlijnen vallen, is beslist dat de verhaalinstantie de opdracht moet kunnen schorsen wanneer de aanbestedende instantie de wachttermijn of de voorwaarden ervan niet heeft nageleefd. De draagwijdte van dit artikel is evenwel verschillend van die van artikel 82 van het ontwerp dat betrekking heeft op de definitieve regeling door de verhaalinstantie van de gevolgen van de opdracht gesloten zonder naleving van de verplichte wachttermijn.

Andere oplossingen zoals strafrechtelijke sancties of schadevergoedingen, hadden kunnen worden overwogen, maar beantwoorden niet aan de nagestreefde doelstelling van een herstel in natura.

De gekozen oplossing is vernieuwend in meerdere opzichten.

l'introduction d'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution.

Enfin, il est précisé que l'interdiction de procéder à la conclusion du marché ne profite qu'à l'auteur d'un recours introduit dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}. Autrement dit, un soumissionnaire qui n'aurait pas introduit de recours dans le délai en question, ne pourrait tirer avantage de l'effet suspensif de celui-ci pour introduire un recours tardif.

Art. 77

Cet article énumère les exceptions au respect du délai d'attente.

En ce qui concerne le 1°, l'absence de publication européenne préalable d'un avis vise principalement les cas de publication préalable prévus par les directives européennes et traduits par des modèles d'avis de marché repris en annexe des arrêtés royaux d'exécution.

La deuxième exception, soit le cas dans lequel le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés, est principalement destinée à couvrir l'hypothèse où un seul soumissionnaire introduirait une offre dans une procédure en deux phases.

Art. 78

Cet article est une disposition clé du présent projet. La nécessité de garantir au soumissionnaire la possibilité d'introduire en toutes circonstances un recours “utile” contre la décision d'attribution dans les procédures qui relèvent des directives européennes, a conduit à prévoir la possibilité pour l'instance de recours de suspendre le contrat lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas respecté le délai d'attente ou les conditions permettant de mettre celui-ci en œuvre. Cet article a cependant une portée différente de l'article 82 du projet, lequel traite du règlement définitif par l'instance de recours du sort du contrat conclu en méconnaissance du délai d'attente.

D'autres solutions, telles que des réponses pénales ou en termes de dommages et intérêts, auraient pu être envisagées mais elles ne répondaient pas à l'objectif poursuivi de réparation en nature.

La solution retenue est innovante à plusieurs titres.

De rol van de Raad van State, wiens bevoegdheid tot op heden beperkt is tot de schorsing of de nietigverklaring van de eenzijdige gunningsbeslissing, zal worden versterkt door de hier in het leven geroepen schorsing van rechtswege van de uitvoering van het contract. Alvorens zich uit te spreken over de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing zal de Raad van State in voorkomend geval een belangenafweging maken.

Deze wijziging houdt rekening met de vaste rechtspraak van de Raad van State⁵, gewezen op grond van de bestaande wetgeving die dit ontwerp beoogt te vervangen, volgens dewelke het nadeel dat volgens de verzoekers berokkend zou kunnen zijn — namelijk de definitieve onmogelijkheid om de opdracht uit te voeren met alle gevolgen vandien — niet kon worden vernietigd, noch voorkomen door een schorsingsarrest van de Raad van State wanneer de opdracht werd gesloten en deze vaststelling voldoende was om de vordering tot schorsing af te wijzen. In zijn onvermogen om aan de overeenkomst te raken, meende de Raad dat één van de vereiste voorwaarden voor het toestaan van een schorsing van de afsplitsbare rechtshandeling, namelijk het risico op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, niet vervuld was aangezien het nadeel waarop het administratieve rechtscollege vat *had kunnen* hebben, volledig verdwenen was ingevolge de sluiting van de opdracht. Dankzij dit ontwerp kan deze redenering niet meer worden aangehouden, vermits de uitspraak van de Raad van State krachtens de wet een invloed zal hebben op het contract. Elke andere houding zou immers de politiek van het voldongen feit de vrije hand geven.

Het tweede lid van dit artikel verbindt een concreet gevolg aan de schorsing van rechtswege van de uitvoering van de opdracht, door erin te voorzien dat de aanbestedende instantie in dat geval aan de begunstigde het bevel geeft de uitvoering niet aan te vangen of deze stop te zetten.

Het derde lid voorziet erin dat wanneer binnen de toepasselijke termijnen bepaald in artikel 88 geen enkel vordering tot nietigverklaring of tot onverbindendverklaring van de opdracht is ingediend, de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing en van de opdracht van rechtswege worden opgeheven.

Ten slotte zullen deze nieuwe regels en de belangrijke gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien, de toestand van alle partijen verbeteren. De aanbestedende instantie zal bijvoorbeeld ontsnappen aan de schadevergoeding,

Le rôle du Conseil d'État, dont le pouvoir se limite jusqu'à présent à suspendre ou à annuler la décision unilatérale d'attribution, sera renforcé par la suspension de plein droit de l'exécution du contrat ici prévue. Avant de se prononcer sur la suspension de l'exécution de la décision d'attribution, le Conseil d'État tiendra compte, le cas échéant, de la balance des intérêts.

Cette modification tient compte de la jurisprudence établie par le Conseil d'État⁵ qui a considéré, sous l'empire de la législation existante mais appelée à être remplacée par le présent projet, que le préjudice qui, selon les requérants, risquait de leur être causé — à savoir l'impossibilité définitive d'exécuter le marché avec les conséquences qui en découlent — ne pouvait être annulé ou évité par un arrêt de suspension du Conseil d'État lorsque le contrat avait été conclu et que cette constatation suffisait pour rejeter la demande de suspension. Impuissant à agir sur le contrat, le Conseil estimait qu'une des conditions requises pour l'octroi d'une suspension de l'acte détachable, le risque d'un préjudice grave et difficilement réparable, n'était pas remplie puisque le préjudice sur lequel la juridiction administrative *aurait pu* agir était totalement consommé par la conclusion du contrat. Ce raisonnement ne pourra, grâce au présent projet, plus être tenu puisque l'arrêt du Conseil d'État aura par l'effet de la loi, une influence sur le contrat. En décider autrement reviendrait à accorder une véritable prime à la politique du fait accompli.

L'alinéa 2 de cet article donne corps à la suspension de plein droit de l'exécution du marché en prévoyant que l'autorité adjudicatrice ordonne dans ce cas à l'adjudicataire de ne pas commencer ou d'interrompre cette exécution.

L'alinéa 3 prévoit que lorsqu'aucune demande d'annulation ou de déclaration d'absence d'effets du marché n'est introduite dans les délais applicables prévus à l'article 88, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché sont levées de plein droit.

Enfin, ces règles nouvelles et les effets importants qui peuvent en résulter concourront à améliorer la situation de l'ensemble des parties. Ainsi, l'autorité adjudicatrice échappera aux dommages et intérêts, aux pénalités

⁵ RvS, AV, nr. 87 983 van 15 juni 2000, FEYFER en SA FORMANOVA t./GEMEENTE KEERBERGEN.

⁵ CE, AG., n°87 983. du 15 juin 2000, FEYFER et SA FORMANOVA c/COMMUNE DE KEERBERGEN.

de boetes en de sanctie van de onverbindendheid van de opdracht. Bovendien zal de bescherming van de afgewezen inschrijvers op een doeltreffender manier worden gewaarborgd. Ten slotte belet niets de aanbestedende instantie die de uitvoering van haar beslissing geschorst zou zien, om, na haar beslissing te hebben geherformuleerd, over te gaan tot een nieuwe informatie en de overeenkomst vervolgens correct te sluiten.

HOOFDSTUK 5

Verhaalprocedures

Afdeling 1

Vernietiging

Art. 79

Deze bepaling kent de beroepsinstantie de algemene bevoegdheid toe om rechtshandelingen te vernietigen die een inbreuk vormen op bepaalde normen. Het begrip “persoon die een belang heeft of heeft gehad bij het bekomen van een bepaalde opdracht en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld” is voldoende uitgebreid, naar het voorbeeld van artikel 1, § 3, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, om de moeilijkheden te vermijden die zouden kunnen voortvloeien uit een strikte toepassing van het begrip “belang” als bedoeld in de artikelen 17 van het Gerechtelijk Wetboek en 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Deze bepalingen kunnen immers worden geïnterpreteerd in die zin dat ze de toegang tot de verhaalinstantie zouden ontzeggen aan personen die niet zouden zijn gecontacteerd of geïnformeerd over het bestaan van een gunningsprocedure. Hierbij moet worden opgemerkt dat het hier vermelde “Gemeenschapsrecht” niet enkel de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG bedoelt, maar ook het Europees primair recht en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht zoals het transparantiebeginsel (cf. bv. het arrest van het Europees Hof van Justitie, C-532/06 van 28 januari 2008, LIANAKIS). Verder wordt verduidelijkt dat het gaat om het “op de desbetreffende opdracht toepasselijke Gemeenschapsrecht”. Immers, de hier bedoelde vernietigingsbevoegdheid is door artikel 96 eveneens toepasselijk gemaakt op de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, dit is de hypothese waarin de richtlijnen niet toepasselijk zijn, maar wel het primair Europees recht en de principes van het Gemeenschapsrecht.

Het spreekt vanzelf dat, overeenkomstig artikel 2, § 1, b), van de richtlijn 89/665/EEG, de vernietigingsbevoegdheid betrekking heeft op onwettige beslissingen,

financiële, à la déclaration d'absence d'effets du contrat. De plus, la protection efficace des soumissionnaires évincés sera mieux garantie. Enfin, rien n'empêcherait l'autorité adjudicatrice dont l'exécution de la décision aurait été suspendue de procéder à une nouvelle information après avoir reformulé sa décision et d'ensuite nouer correctement le contrat.

CHAPITRE 5

Des procédures de recours

Section 1^{re}

Annulation

Art. 79

Cette disposition est destinée à conférer à l'instance de recours une compétence générale afin d'annuler des actes violant un certain nombre de normes. La notion de “personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée” se veut suffisamment étendue, à l'instar de l'article 1^{er}, § 3, des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, afin de parer aux difficultés qui pourraient résulter de l'application stricte de la notion d'intérêt au sens des articles 17 du code judiciaire et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. En effet, ces dispositions pourraient être interprétées comme ne permettant pas l'accès à l'instance de recours de personnes qui n'auraient pas été contactées ou informées de l'existence d'une procédure de passation. Il est à noter que le “droit communautaire” ici mentionné ne vise pas uniquement les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE mais également le droit primaire européen et les principes généraux de droit communautaire, tel le principe de transparence (voir, p.ex. l'arrêt de la CJCE, C-532/06 du 28 janvier 2008, LIANAKIS). Par ailleurs, il est précisé qu'il s'agit du “droit communautaire applicable au marché concerné”. En effet, la compétence d'annulation ici visée est également rendue applicable par l'article 96 aux marchés n'atteignant pas les seuils européens, hypothèse dans laquelle les directives ne sont pas applicables, mais bien le droit primaire européen et les principes généraux de droit communautaire.

Il est bien entendu que, conformément aux articles 2, § 1^{er}, b), des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, le pouvoir d'annulation porte sur les décisions illégales,

met inbegrip van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot de mededinging, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure.

De beslissingen die kunnen worden vernietigd zijn onder meer: de beslissing tot vaststelling van het bestek, de beslissing tot niet-selectie, de beslissing betreffende de regelmatigheid van de offertes, de nieuwe gunningsbeslissing na een verhaalprocedure,...

Dit artikel verduidelijkt onder 2° dat de vernietiging grond kan vinden, niet enkel in de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn, maar eveneens in de algemene rechtsbeginselen. Immers, de Raad van State vernietigt op basis van het element "machtsoverschrijding" van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wat het geval is indien de rechtsregels zijn geschonden, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen. Gezien de betrekkelijke autonomie van het geheel van regels van het ontwerp en gelet op het feit dat sommige aanbestedende instanties niet onder de rechtsmacht van de Raad van State vallen (dit krachtens artikel 89), dient noodzakelijkerwijze een zekere logica te worden aangehouden met betrekking tot de gevallen waar de verhaalinstantie de vernietiging kan uitspreken. Bijgevolg moet de vernietiging van een rechtshandeling met een administratieve strekking door een gewone rechter op dezelfde gronden berusten om tussen de verzoekers geen discriminatie te creëren naargelang die een verhaal instellen op grond van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dan wel op grond van de wet overheidsopdrachten. Dit rechtvaardigt ook de vermelding dat de beslissingen die een machtsafwijking inhouden, vernietigd kunnen worden.

Afdeling 2

Schorsing

Art. 80

Deze bepaling verduidelijkt de bevoegdheden van de verhaalinstantie in het stadium van de schorsing van de uitvoering van de beslissingen van de aanbestedende instantie.

In afwijking van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan de schorsing van de uitvoering worden bevolen volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zelfs indien de onmiddellijke uitvoering van de bestreden beslissing geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou berokkenen.

y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Les décisions susceptibles d'être annulées sont, par exemple: la décision arrêtant le cahier spécial des charges, la décision de non-sélection, la décision relative à la régularité des offres, la décision d'attribution refaite après une procédure de recours, ...

Cet article précise en son 2° que l'annulation peut être fondée sur une violation non seulement des dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires applicables au marché concerné mais également des principes généraux du droit. En effet, le Conseil d'État annule en se basant sur la partie "excès de pouvoir" de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ce qui sera le cas si les règles de droit sont violées, en ce compris donc les principes généraux du droit. Étant donné l'autonomie relative du corps de règles prévues dans ce projet et le fait que certaines autorités adjudicatrices ne relèvent pas de la compétence du Conseil d'État (en vertu de l'article 89), il est nécessaire de conserver une certaine logique dans les cas d'annulation possibles par l'instance de recours. Dès lors, l'annulation par un juge judiciaire d'un acte à caractère administratif doit reposer sur les mêmes fondements afin de ne pas créer de discrimination entre les requérants selon qu'ils fondent leurs recours sur l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État ou sur la présente loi relative aux marchés publics. Ceci justifie également la mention selon laquelle les décisions constituant un détournement de pouvoir peuvent être annulées.

Section 2

Suspension

Art. 80

Cette disposition traite des compétences de l'instance de recours au stade de la suspension de l'exécution des décisions de l'autorité adjudicatrice.

Par dérogation à l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension de l'exécution selon la procédure d'extrême urgence pourra être ordonnée même si l'exécution immédiate de la décision attaquée ne risque pas de causer un préjudice grave difficilement réparable.

De soms beperkende beoordeling van dit nadeel heeft de wetgever eerder tot het inzicht gebracht dat het om een hinderpaal kon gaan voor het instellen van nuttige beroepen door onregelmatig geweerde kandidaten of inschrijvers. Om die reden werd in het kader van de wet van 16 juni 2006, en dus onrechtstreeks, beslist de bevoegdheidsvoorwaarden van de Raad van State te wijzigen door deze voorwaarde af te schaffen. Deze maatregel die het nuttig effect van de verhaalprocedures inzake opdrachten aanzienlijk moet helpen bevorderen, wordt in dit ontwerp bevestigd.

Het begrip “voorlopige maatregelen” als bedoeld in de Europese richtlijnen omvat de begrippen “voorlopige maatregelen” en “schorsing” als bedoeld in de Belgische wetgeving.

Dankzij de vermelding volgens dewelke de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te bevelen bestaat zolang het beroep tot nietigverklaring aanhangig blijft bij de beroepsinstantie, kunnen procedureproblemen voor de Raad van State worden vermeden die niet voorkomen voor de gewone rechter. Wanneer de Raad van State uitspraak heeft gedaan over een vordering tot schorsing, kan hij gelet op artikel 18 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State immers geen voorlopige maatregelen meer bevelen. Daardoor dient de eiser zich tot de burgerlijke rechter te wenden met het verzoek tot uitvoering van de beslissing van de Raad van State of van de voorlopige maatregelen. Dit “pendelsysteem”, met daar bovenop de moeilijkheden die kunnen voortvloeien uit een eventueel beroep tegen de beslissing van de burgerlijke rechter, beantwoordt niet aan een rationele benadering van de rechtsmiddelen, noch aan de noodzaak om nuttig gevolg te geven aan de beroepsprocedures zoals bepaald in de richtlijn. Om die reden wordt afgestapt van dit systeem. Bijgevolg wordt de Raad van State de bevoegdheid verleend om inzake overheidsopdrachten, voorlopige maatregelen te bevelen wanneer hij reeds uitspraak heeft gedaan over een vordering tot schorsing en een vordering tot nietigverklaring aanhangig blijft.

De hier beoogde voorlopige maatregelen kunnen niet in extenso worden geciteerd aangezien ze betrekking kunnen hebben op een veelheid van maatregelen zoals het opnieuw toelaten tot de procedure van een onregelmatig geweerd kandidaat (arrest RvS nr. 46 858 van 8 april 1994, MOTOROLA t./Belgische Staat), de aan de aanbestedende overheid opgelegde verplichting om een nieuwe beslissing te nemen, enz.

In het tweede lid wordt verduidelijkt dat de vordering tot schorsing wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, al naargelang. Met de toevoeging van de woorden “al

L'appréciation, parfois restrictive, de ce préjudice a précédemment conduit le législateur à considérer qu'il pouvait s'agir d'un obstacle à l'exercice de recours utiles par des candidats ou soumissionnaires irrégulièrement évincés, raison pour laquelle il avait décidé de modifier, par la loi du 16 juin 2006, et donc indirectement, les conditions de compétence du Conseil d'État en supprimant cette condition. Cette avancée considérable sur le chemin d'un effet utile des recours en matière de marchés est confirmée dans le présent projet.

La notion de “mesures provisoires” au sens des directives européennes englobe les notions de “mesures provisoires” et de “suspension” au sens de la législation belge.

La mention selon laquelle le pouvoir d'ordonner les mesures provisoires aussi longtemps que l'instance de recours demeure saisie d'un recours en annulation permet d'éviter une difficulté procédurale devant le Conseil d'État, laquelle ne se présente pas devant le juge judiciaire. En effet, lorsque le Conseil d'État a statué sur une demande de suspension, l'article 18 des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne lui permet plus de prononcer des mesures provisoires. Cela entraîne la nécessité pour le demandeur de s'adresser au juge civil pour requérir de celui-ci l'exécution de la décision du Conseil d'État ou des mesures provisoires. Ce système de “navette”, auquel s'ajoutent les complications qui pourraient résulter d'un éventuel recours contre la décision du juge civil, ne correspond pas à une approche rationnelle des voies de recours et à la nécessité de donner effet utile aux recours comme le prévoit la directive, raison pour laquelle il est abandonné. De la sorte, le Conseil d'État se voit attribuer la compétence, pour les marchés publics, d'ordonner des mesures provisoires lorsqu'il aura précédemment statué sur une demande de suspension et qu'une demande en annulation restera pendante.

Les mesures provisoires ici envisagées ne peuvent être citées in extenso dans la mesure où celles-ci peuvent porter sur une multitude d'actions à entreprendre telle la réintégration d'un candidat irrégulièrement évincé (arrêt CE n° 46 858 du 8 avril 1994, MOTOROLA c./État belge) ou l'obligation imposée au pouvoir adjudicateur de statuer à nouveau.

Il est précisé au deuxième alinéa que le recours en suspension est introduit selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, selon le cas. L'ajout des mots “selon le cas” signifie que le requérant n'a désormais plus

naargelang” wordt bedoeld dat de indienen niet langer de keuze heeft om de ene of de andere procedure te volgen. De indiener van een verhaal tegen een beslissing van een aanbestedende instantie die ressorteert onder de rechtsmacht van de Raad van State dient voortaan verplicht een beroep te doen op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid als bedoeld in de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

De indiener van een verzoek tegen een beslissing van een aanbestedende instantie die niet ressorteert onder de rechtsmacht van de Raad van State, is voortaan verplicht een beroep te doen op de kort gedingprocedure als bedoeld in het Gerechtelijk Wetboek.

In zijn advies herneemt de Raad van State de suggestie die hij in het verleden reeds heeft geformuleerd om niet alleen te voorzien in een schorsingsberoep via de procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid, maar eveneens in de gewone schorsingsprocedure, of zonder meer deze laatste in te bouwen. Deze aanbeveling is evenwel niet gevolgd, zodat dit ontwerp terzake niet verschilt van de oplossing die is opgenomen in de huidige artikelen 21*bis* en 41*sexies*. Het streven naar een evenwicht tussen, enerzijds, de bescherming van de rechten van de concurrerende ondernemingen en, anderzijds, de noodzaak om de continuïteit van de openbare dienst te verzekeren, noopt inderdaad tot een aanpak, waarbij een oplossing kan worden gegeven aan situaties waarin men geconfronteerd wordt met manifeste onregelmatigheden die geen langere proceduretermijnen dulden. Een oplossing op lange termijn voor dit probleem zou kunnen liggen in de eventuele oprichting in de toekomst van een quasi-jurisdictionele instantie als bedoeld in de voormelde richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, of in het herbekijken van de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van State en de gewone rechtbanken.

Het derde lid van dit artikel verleent de verhaalinstantie de bevoegdheid om een belangenafweging te maken bij het toestaan van voorlopige maatregelen of de schorsing van de uitvoering. Deze mogelijkheid wordt reeds geruime tijd aanvaard door de burgerlijke rechtscolleges. De rechtspraak is daarentegen tamelijk verdeeld wat de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State hieromtrent betreft. Laatstgenoemde heeft er reeds aan herinnerd dat zijn rol erin bestaat om de wetelijkheid van bestuurshandelingen te controleren, wat opportuniteitsoverwegingen uitsluit (RvS, nr. 158 316, 4 mei 2006, SPRL ADVISERS).

Dit ontwerp brengt dus een precisering aan in dit opzicht en vormt de logische tegenhanger voor het schrappen van de eis van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

le choix de suivre l'une ou l'autre de ces procédures. Le requérant introduisant un recours contre une décision d'une autorité adjudicatrice qui relève de la compétence du Conseil d'État est désormais obligé d'utiliser la procédure d'extrême urgence visée par les lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Le requérant introduisant un recours contre une décision d'une autorité adjudicatrice ne relevant pas de la compétence du Conseil d'État est désormais obligée d'utiliser la procédure de référé visée par le Code judiciaire.

Dans son avis, le Conseil d'État reprend la suggestion qu'il avait déjà formulée par le passé, de permettre de recourir non seulement à la procédure de suspension en extrême urgence mais également à la procédure de suspension ordinaire, quitte à aménager cette dernière. Cette recommandation n'a toutefois pas été suivie dans le projet de loi, qui sur ce point, ne diffère pas de la solution retenue dans les actuels articles 21*bis* et 41*sexies*. En effet, le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs. Une solution de long terme à ce problème pourrait être apportée par l'éventuelle création future d'un organe quasi juridictionnel au sens des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE précitées, ou par un réexamen de la répartition des compétences entre le Conseil d'État et les juridictions ordinaires.

Cet article, en son alinéa 3, confère à l'instance de recours la compétence de prendre en compte la balance des intérêts pour accorder les mesures provisoires ou la suspension de l'exécution. Cette possibilité est acceptée depuis longtemps par les juridictions civiles. La jurisprudence est par contre assez divisée sur le pouvoir d'appréciation laissé au Conseil d'État en la matière, ce dernier ayant déjà rappelé que son rôle consiste à contrôler la légalité de l'action administrative, ce qui exclut des considérations d'opportunité (CE, n° 158 316 du 4 mai 2006, SPRL ADVISERS).

Le présent projet apporte donc une clarification à cet égard et constitue la contrepartie logique de l'abandon de l'exigence d'un préjudice grave et difficilement réparable.

Bovendien zal het belang van de aanbestedende instantie uiteraard niet altijd samenvallen met het hier bedoelde openbaar belang. In theorie kan het immers gebeuren dat het belang van de aanbestedende instantie afwijkt van het openbaar belang, met name, wanneer zij de voortzetting zou beogen van een abnormaal dure opdracht, terwijl een onregelmatig geweerde inschrijver, die een economisch meer voordelige regelmatige offerte heeft ingediend, de bedoelde prestatie, levering of werken had kunnen uitvoeren. Motieven zoals de bekommernis om geen begrotingskredieten te verliezen door het uitstellen van de procedure zijn omstandigheden die men bezwaarlijk als zijnde van “openbaar belang” kan beschouwen. Hierbij moet verder worden opgemerkt dat het “openbaar belang” verschillend is van de in artikel 85 vermelde “dwingende redenen van algemeen belang”.

Ten slotte kan eraan worden herinnerd dat de dwangsom, waarvan het gebruik vermeld is in § 1, in het gerechtelijk recht ten goede komt aan de eiser, terwijl, voor de Raad van State, ingevolge de door de wetgever gemaakte keuze, de minister van Binnenlandse Zaken belast is met de invordering van deze som.

Ingevolge het advies van de Raad van State wordt verduidelijkt dat de vordering tot voorlopige maatregelen samen met de in dit artikel bedoelde vordering tot schorsing of met de in artikel 79 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk kan worden ingediend.

Afdeling 3

Schadevergoeding

Art. 81

Dit artikel is gebaseerd op de artikelen 2, 1, c, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG. Het handelt over de schadevergoeding die wordt toegekend aan de personen die benadeeld zijn door een in artikel 79 bedoelde schending. Zoals voor artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek is de rechter vanzelfsprekend enkel gehouden tot het toekennen van een schadevergoeding indien de voorwaarden hiervoor zijn vervuld.

Hierbij moet worden opgemerkt dat ook de onwettig gekozen inschrijver schadevergoeding kan vorderen.

Het voorlaatste lid is een verplichte bepaling die artikel 2, § 7 van de richtlijn 92/13/EEG omzet. In antwoord op een opmerking in het advies van de Raad van State wordt verduidelijkt dat het niet de bedoeling is om voor de speciale sectoren af te wijken van de schadevergoedingsmogelijkheden van het eerste lid.

Par ailleurs, l'intérêt de l'autorité adjudicatrice ne peut, à l'évidence, toujours se confondre avec l'intérêt public ici visé. Il pourrait en effet théoriquement arriver que l'intérêt de l'autorité adjudicatrice s'écarte de l'intérêt public, notamment s'il s'agissait de poursuivre un marché anormalement onéreux alors qu'un soumissionnaire irrégulièrement évincé, ayant déposé une offre régulière plus intéressante, aurait pu effectuer la prestation, la livraison ou les travaux envisagés. Des motifs tels que le souci de ne pas perdre les crédits budgétaires par un ajournement de la procédure sont d'autres circonstances que l'on ne peut qualifier d'“intérêt public”. Il convient également de souligner que l'“intérêt public” diffère des “raisons impérieuses d'intérêt général” visées à l'article 85.

Enfin, il peut être rappelé que l'astreinte, dont l'usage est évoqué au § 1^{er}, bénéficie en droit judiciaire au demandeur alors que, devant le Conseil d'État, à la suite du choix posé par le législateur, c'est le ministre de l'Intérieur qui est chargé du recouvrement de cette somme.

Suite à l'avis du Conseil d'État, il est précisé que la demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée au présent article ou avec la demande d'annulation visée à l'article 79 ou séparément.

Section 3

Dommages et intérêts

Art. 81

Cet article se fonde sur les articles 2, 1, c, des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE. Il traite des dommages et intérêts octroyés aux personnes lésées par une violation visée à l'article 79. À l'instar de l'article 1382 du Code civil, il n'y a bien entendu obligation pour le juge d'octroyer des dommages et intérêts que lorsque les conditions visées sont réunies.

Il convient de préciser que le soumissionnaire illégalement retenu bénéficie aussi de la possibilité de demander des dommages et intérêts.

L'avant-dernier alinéa est une disposition transposant l'article 2, § 7, de la directive 92/13/CEE. En réponse à une remarque formulée dans l'avis du Conseil d'État, il est précisé que l'intention n'est pas de déroger aux possibilités de dédommagements prévues à l'alinéa 1^{er}. Tant pour les secteurs classiques que pour les secteurs spéciaux

Zowel voor de klassieke als voor de speciale sectoren wordt immers verwezen naar de inbreuken vermeld in artikel 79. De bepaling van het tweede lid strekt er enkel toe, overeenkomstig artikel 2, § 7, van de richtlijn 92/13/EEG, in de speciale sectoren op het vlak van de bewijsvoering iets meer soepelheid te bieden specifiek voor het vorderen van schadevergoeding voor de kosten voor het opstellen van de offerte of van de deelname aan de procedure. Naast het aantonen van een inbreuk tegen het Gemeenschapsrecht of de wet en haar uitvoeringsbesluiten, kan immers worden volstaan met het bewijs van de reële kans om de opdracht te bekomen, terwijl in de regeling van het eerste lid het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de precieze schade en de beweerdte inbreuk is vereist.

Afdeling 4

Onverbindendverklaring

Art. 82

Dit artikel gaat nader in op de onverbindendheid van de opdracht. Dit mechanisme is opgenomen in artikel 2*quinquies* van de voormelde richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, dat een sleutelbepaling vormt in de zin dat deze erop gericht is op strenge wijze bepaalde inbreuken tegen het Gemeenschapsrecht te bestraffen. Volgens overweging 14 van de richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de voormelde richtlijnen is de onverbindendheid de meest doeltreffende manier om de mededinging te herstellen en nieuwe economische kansen te creëren voor bedrijven waaraan op een onwettige manier de toegang tot de procedure is ontzegd.

Het begrip “elke belanghebbende” die de onverbindendheid kan vorderen, slaat ook op het geval waarin de overheid de inbreuk op het gemeenschapsrecht moet opheffen (cf. HvJ, arrest van 18 juli 2007, zaak C-503/04, Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Bondsrepubliek Duitsland). Daarnaast kan het bijvoorbeeld ook gaan om de gewestelijke overheid die de voorgedij heeft over de aanbestedende overheid.

Voor de specifieke opdrachten die worden geplaatst op basis van een raamovereenkomst in de speciale sectoren is niet voorzien in de toepassing van een wachtermijn, en staat er voor de inschrijvers die zich benadeeld zouden achten in het bedoelde geval derhalve geen mogelijkheid open om de gunningsbeslissing aan te vechten in een stadium waar de totstandkoming van het contract nog kan worden vermeden. Om de rechten van de deelnemers in dat geval te vrijwaren, is het dan ook noodzakelijk om te voorzien in de mogelijkheid voor

il est en effet référé aux violations mentionnées à l'article 79. La disposition de l'alinéa 2 a pour seul but, conformément à l'article 2, § 7, de la directive 92/13/CEE, dans les secteurs spéciaux, d'offrir plus de souplesse au niveau de la charge de la preuve pour les demandes d'indemnisation portant sur les frais engagés pour la préparation de l'offre ou la participation à une procédure. Outre la preuve d'une violation du droit communautaire, de la loi ou des ses arrêtés d'exécution, il suffit en effet d'apporter la preuve d'une chance réelle de remporter le marché, tandis que, en vertu de la disposition prévue à l'alinéa 1^{er}, la preuve du lien causal entre le dommage précis et la violation invoquée est exigée.

Section 4

Déclaration d'absence d'effets

Art. 82

Cet article traite de l'absence d'effets du marché. Ce mécanisme est prévu à l'article 2*quinquies* des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE précitées, qui en est une disposition phare, destinée à sanctionner de manière sévère certaines violations du droit communautaire. Selon le considérant 14 de la directive 2007/66/CE modifiant les directives précitées, l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les entreprises qui ont été privées illégalement de la possibilité de participer à la procédure.

La notion de “toute personne intéressée” étant habilitée à demander l'absence d'effets vise également le cas de l'autorité qui doit faire cesser le manquement européen (voir CJCE, arrêt du 18 juillet 2007, affaire C-503/04, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne). Par ailleurs, il peut s'agir également par exemple de l'autorité régionale agissant dans le cadre de la tutelle sur un pouvoir adjudicateur.

Pour les marchés spécifiques passés sur la base d'un accord-cadre dans les secteurs spéciaux, l'application d'un délai d'attente n'est pas prévue. Les soumissionnaires qui s'estimeraient lésés dans le cas visé n'ont, dès lors, pas la possibilité de contester la décision d'attribution à un stade où la réalisation du contrat peut encore être évitée. Afin de préserver les droits des participants dans ce cas, il est indispensable de prévoir la possibilité, pour l'instance de recours compétente, de prononcer l'absence d'effets conformément à la

de bevoegde verhaalinstantie om de onverbindendheid conform de richtlijn 2007/66/EG uit te spreken ten aanzien van de opdrachten die met miskenning van de richtlijn 2004/17/EG, of van de omzettingbepalingen ervan zijn gesloten, tenminste voor zover het gaat om specifieke opdrachten die de Europese drempelbedragen bereiken.

Uit het voorlaatste lid van dit artikel blijkt dat de aanbestedende instantie en de begunstigde (de concessiehouder inbegrepen) betrokken worden in het geding. Hierdoor kan het risico op derdenverzet worden voorkomen. Voor de gewone rechter, die uitsluitend bevoegd is, dient de eiser zelf de gedwongen tussenkomst te vorderen. Zoniet zal het voor hem onmogelijk zijn om de onverbindendheid te verkrijgen (Luik (12de K.), 10 maart 2009, niet gepubliceerd). De vraag is echter of de begunstigde wel steeds bekend is bij diegene die de onverbindendheid vordert. De gevallen waarin het bij de onverbindendverklaring met name om gaat, zijn de gevallen van opdrachten die onrechtmatig zijn geplaatst via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. In die gevallen zal de begunstigde vaak niet bekend zijn. En zelfs in de gevallen waarin de begunstigde bekend is, zou het onduidelijk kunnen zijn aan welke vennootschap precies is gegund. Deze regeling leidt aldus tot procedurele problemen (verkeerde vennootschap gedagvaard, verstrijken van de termijn, enz.). Dit is de reden waarom is bepaald dat de aanbestedende instantie de identiteit van de begunstigde meedeelt zodra de indiener van het verhaal daarom verzoekt.

Overigens moet volgens overweging 23 van de richtlijn 2007/66/EG “in uitzonderlijke gevallen, onmiddellijk na de vernietiging van de overeenkomst, gebruik kunnen gemaakt worden van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in de zin van artikel 31 van Richtlijn 2004/18/EG of artikel 40, lid 3, van Richtlijn 2004/17/EG. Indien in die gevallen de resterende contractuele verplichtingen om technische of andere dwingende redenen alleen zouden kunnen worden nageleefd door de ondernemer aan wie de opdracht is gegund, zou de toepassing van dwingende redenen gerechtvaardigd kunnen zijn.”

Art. 83

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid om te ontsnappen aan de sanctie van de onverbindendheid bij opdrachten geplaatst met name via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wanneer de aanbestedende instantie in het Publicatieblad van de Europese Unie een aankondiging heeft bekendgemaakt waarin

directive 2007/66/CE à l'égard des marchés conclus en méconnaissance de la directive 2004/17/CE ou des dispositions la transposant, à tout le moins pour autant qu'il s'agisse de marchés spécifiques atteignant les seuils européens.

L'avant-dernier alinéa de cet article indique que l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire (y compris le concessionnaire) sont appelés à la cause. Ceci permet d'éviter le risque de tierce opposition. Devant le juge judiciaire, seul compétent en la matière, le demandeur doit demander lui-même l'intervention forcée, sans quoi il lui sera impossible d'obtenir l'absence d'effets (Liège (12^e Ch.), 10 mars 2009, inédit). Se pose toutefois la question de savoir si l'adjudicataire est toujours connu de celui qui introduit une demande d'absence d'effets. Les cas faisant l'objet de la déclaration d'absence d'effets sont notamment les passations illégales de marchés par procédure négociée sans publicité. Dans ces cas, l'adjudicataire ne sera généralement pas connu. Même quand on sait à qui le marché a été attribué, il n'est pas toujours possible de déterminer la société dont il s'agit. Ces règles engendrent donc des problèmes procéduraux (société citée par erreur, expiration du délai, etc.). C'est pourquoi il est prévu que l'autorité adjudicatrice communique l'identité de l'adjudicataire dès qu'elle en est requise par l'auteur du recours.

Par ailleurs, selon le considérant 23 de la directive 2007/66/CE, “dans des cas exceptionnels, le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché au sens de l'article 31 de la directive 2004/18/CE ou de l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE est autorisé immédiatement après l'annulation du marché. Si, dans de tels cas, pour des raisons techniques ou d'autres raisons impératives, les obligations contractuelles restantes ne peuvent, à ce stade, être exécutées que par l'opérateur économique auquel le marché a été attribué, l'invocation de raisons impérieuses pourrait être justifiée.”

Art. 83

Cet article met en œuvre la possibilité d'échapper à la sanction de l'absence d'effets en cas notamment de marché à passer par procédure négociée sans publicité, lorsque le pouvoir adjudicateur a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis exprimant son intention de conclure le marché et a respecté un

ze te kennen geeft de opdracht te willen sluiten en een minimumtermijn van 10 dagen heeft gerespecteerd alvorens over te gaan tot deze sluiting. Deze transparantie, die “vrijwillige transparantie *ex ante*” wordt genoemd, is dus een soort noodoplossing die de aanbestedende instantie wordt geboden om zich in te dekken tegen de vrij zware gevolgen van een onverbindendverklaring.

De overwegingen 15 en 16 van de richtlijn 2007/66/EG bepalen terzake het volgende:

“Mogelijke rechtvaardigingen voor onderhandse gunning in de zin van deze richtlijn kunnen omvatten: de uitzonderingen in de artikelen 10 tot en met 18 van Richtlijn 2004/18/EG, de toepassing van de artikelen 31, 61 of 68 van Richtlijn 2004/18/EG, de gunning van een opdracht voor diensten overeenkomstig artikel 21 van Richtlijn 2004/18/EG of een wettige “interne” gunning van een opdracht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie.

Dit geldt ook voor opdrachten die voldoen aan de voorwaarden voor uitsluiting of bijzondere regelingen overeenkomstig artikel 5, lid 2, de artikelen 18 tot en met 26, de artikelen 29 en 30, of artikel 62 van Richtlijn 2004/17/EG, voor gevallen waarin artikel 40, lid 3, van Richtlijn 2004/17/EG van toepassing is of voor de gunning van opdrachten voor diensten overeenkomstig artikel 32 van Richtlijn 2004/17/EG.”

De aandacht van de aanbestedende instanties wordt in het bijzonder gevestigd op het feit dat de vertrekdatum van de in dit artikel vermelde termijn, in tegenstelling tot de andere in dit ontwerp vermelde termijnen, de dag is nadat deze aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie is bekendgemaakt en niet de dag nadat ze naar het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen is verzonden. Bovendien wordt de termijn berekend vanaf de bekendmakingsdatum in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en niet vanaf die in het Bulletin der Aanbestedingen.

De verplichting zelf om over te gaan tot een bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen wordt enkel opgelegd aan de aanbestedende overheden en overheidsbedrijven als bedoeld in de wet. Ze is daarentegen facultatief voor de opdrachten onderworpen aan boek II van de wet. Boek II heeft voornamelijk betrekking op de privé-ondernemingen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten in de speciale sectoren. Voor die aanbestedende instanties sluit deze oplossing aan bij de in de reglementering gevolgde benadering wat de bekendmakingsmodaliteiten van de aankondigingen betreft.

délai minimum de 10 jours avant de procéder à cette conclusion. Cette transparence, dite “transparence *ex ante* volontaire” est donc une forme d’issue de secours offerte à l’autorité adjudicatrice qui voudrait se prémunir des conséquences relativement douloureuses d’une déclaration d’absence d’effets.

Les considérants 15 et 16 de la directive 2007/66/CE précisent à ce propos ce qui suit:

“Parmi les raisons susceptibles de justifier la passation d’un marché de gré à gré au sens de la présente directive peuvent figurer les exceptions prévues aux articles 10 à 18 de la directive 2004/18/CE, l’application de l’article 31, de l’article 61 ou de l’article 68 de cette même directive, la passation de marchés de services conformément à l’article 21 de ladite directive ou la passation d’un marché interne légal (*in-house*) selon l’interprétation qui en est faite par la Cour de Justice.

Il en va de même des marchés qui remplissent les conditions pour une exclusion ou des arrangements spéciaux conformément à l’article 5, paragraphe 2, aux articles 18 à 26, aux articles 29 et 30 ou à l’article 62 de la directive 2004/17/CE, des cas entraînant l’application de l’article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE ou de la passation de marchés de services conformément à l’article 32 de la directive 2004/17/CE.”

L’attention des autorités adjudicatrices est spécialement attirée sur le fait que le point de départ du délai visé à cet article, à la différence des autres délais prévus dans ce projet, est le lendemain du jour de la publication de cet avis au Journal officiel de l’Union européenne et non le lendemain de son envoi à l’Office des publications officielles des Communautés européennes. Par ailleurs, la computation du délai a lieu à partir de la publication au Journal officiel de l’Union européenne et non à partir de la publication au Bulletin des Adjudications.

L’obligation elle-même de publier au Bulletin des Adjudications est uniquement imposée aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises publiques au sens de la loi. Elle est, par contre, facultative pour les marchés soumis au livre II de la loi. Ce livre II concerne essentiellement des entreprises privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs spéciaux. Cette solution s’inscrit, à l’égard de ces autorités adjudicatrices, dans la ligne suivie par la réglementation en ce qui concerne les modalités de publicité des avis.

Art. 84

Zoals verduidelijkt in de commentaar bij artikel 78, impliceert de wil om de met geweld doorgedrukte gunningen en de politiek van de voldongen feiten te ontmoedigen dat de gesloten opdracht niet een zekere “onaantastbaarheid” kan genieten (M-A. FLAMME, notulen nr. 978 van de Commissie voor de overheidsopdrachten van 12 december 2005) enkel op de grond dat de gesloten overeenkomsten niet ongedaan kunnen worden gemaakt in naam van de rechtszekerheid en van het principe *pacta sunt servanda*. Om die reden bepaalt dit artikel dat de verhaalinstantie alle contractuele verbintenissen met terugwerkende kracht kan vernietigen. Weliswaar kan laatstgenoemde, die instaat voor de bescherming van het algemeen belang, de draagwijdte van de nietigverklaring beperken tot verbintenissen die nog moeten worden uitgevoerd. In dit laatste geval zal de in gebreke zijnde aanbestedende instantie wel worden geconfronteerd met boetes, overeenkomstig artikel 87.

Art. 85

Volgens dit artikel kan de verhaalinstantie beslissen om een opdracht niet onverbindend te verklaren indien ze van mening is dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de opdracht verbindend blijft.

In dit artikel is opnieuw sprake van een “belangenafweging”. Het hier bedoelde “algemeen belang” en het in artikel 80 bedoelde “openbaar belang” hebben evenwel niet dezelfde draagwijdte aangezien dit laatste begrip ruimer kan worden opgevat.

Overeenkomstig de verklaring van België en Frankrijk bij de werkzaamheden die voorafgingen aan de goedkeuring van de richtlijn 2007/66/EG op het niveau van de Raad van de Europese Unie, dient het in aanmerking nemen van dwingende redenen van algemeen belang te worden gelezen in het licht van de definitie in artikel 4, § 8, en in overweging 40 van de richtlijn 2006/123/EG van het Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

Bijgevolg zijn “dwingende redenen van algemeen belang” redenen die als dusdanig zijn erkend door de rechtspraak van het Hof van Justitie en ten minste de volgende gronden omvatten: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, handhaving van de maatschappelijke orde, doelstellingen van het sociaal beleid, bescherming van afnemers van diensten, consumentenbescherming, bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers, dierenwelzijn, handhaving van het

Art. 84

Comme précisé dans le commentaire de l'article 78, la volonté de dissuader les passages en force et la politique du fait accompli impliquent que le contrat conclu ne puissent bénéficier d'une certaine “invulnérabilité” (M- A. FLAMME, procès-verbal n° 978 de la réunion de la Commission des marchés publics du 12 décembre 2005) résultant du simple fait que les contrats noués ne pourraient, au nom de la sécurité juridique et du principe *pacta sunt servanda*, être défaits. C'est pourquoi le présent article permet l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles par l'instance de recours. Bien entendu, cette dernière, dépositaire de la protection de l'intérêt général, pourrait limiter la portée de l'annulation à des obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce dernier cas, des pénalités financières devront toutefois être payées par l'autorité adjudicatrice prise en défaut, conformément à l'article 87.

Art. 85

Cet article prévoit que l'instance de recours peut ne pas déclarer sans effets un marché si elle constate que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus.

On retrouve ici la notion de balance des intérêts, mais l' “intérêt général” ici visé et l' “intérêt public” visé à l'article 80 n'ont pas la même portée dans la mesure où ce dernier peut être apprécié de manière plus large.

Conformément à la déclaration de la Belgique et de la France lors des travaux précédant l'adoption de la directive 2007/66/CE au niveau du Conseil de l'Union européenne, la prise en compte des raisons impérieuses d'intérêt général doit se lire à la lumière de la définition qui est donnée à l'article 4, § 8 et au considérant 40 de la Directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

Dès lors, sont des “raisons impérieuses d'intérêt général” des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de Justice, qui incluent au moins les justifications suivantes: l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de

financieel evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel, voorkoming van fraude, voorkoming van oneerlijke concurrentie, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening, bescherming van schuldeisers, waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling, verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom, culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed, veterinaire beleid.

De rechter zou bijvoorbeeld moeten aannemen dat het noodzakelijk is dat de rechtsgevolgen van de opdracht blijven bestaan voor bepaalde aankopen van geneesmiddelen, zoals vaccins, door ziekenhuizen, wanneer de vernietiging van een dergelijke overeenkomst de zorg voor de patiënten onmiddellijk in gevaar zou brengen.

Wanneer de aanbestedende instantie de onverbindendverklaring van een opdracht niet uitspreekt, legt ze alternatieve sancties op als bedoeld in artikel 87.

Art. 86

Dit artikel poneert het principe volgens hetwelke de opdracht zodra die is gesloten, niet meer kan worden geschorst noch onverbindend kan worden verklaard door de beroepsinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de omzettingbepalingen daarvan. Dit principe was reeds vervat in artikel 2, § 1, *in fine*, van de voormelde wet van 16 juni 2006. Het doet vanzelfsprekend geen afbreuk aan de toepassing van de artikelen 78 en 82 tot 85, noch aan het verkrijgen van schadevergoeding na de sluiting van de opdracht.

Afdeling 5

Alternatieve sancties

Art. 87

In dit artikel komen de alternatieve sancties aan bod waarbij de looptijd van de opdracht wordt ingekort of de aanbestedende instantie een boete wordt opgelegd. Deze sancties zijn vermeld in de voormelde richtlijnen. De achterliggende idee hiervan is om de schending van

sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire.

Par exemple, le juge devrait admettre qu'il est indispensable que les effets du marché soient maintenus pour certains achats de médicaments, tels que des vaccins, effectués par des hôpitaux, lorsque l'annulation d'un contrat y afférent pourrait compromettre immédiatement les soins apportés aux patients.

Lorsque l'instance de recours ne déclare pas un marché dépourvu d'effets, elle prononce à titre de substitution des sanctions visées à l'article 87.

Art. 86

Cet article pose le principe en vertu duquel le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière des marchés publics ou des mesures les transposant. Ce principe était déjà présent dans l'article 2, §1^{er}, *in fine* de la loi du 16 juin 2006 précitée. Il ne porte évidemment pas préjudice à l'application des articles 78 et 82 à 85 ni à l'obtention de dommages et intérêts après la conclusion du marché.

Section 5

Sanctions de substitution

Art. 87

Cet article traite des sanctions de substitution consistant à abrégier la durée du marché ou à imposer une pénalité financière à l'autorité adjudicatrice. Ces sanctions sont prévues par les directives précitées. L'idée est que la violation de la norme de contrôle elle-même

de controlevoorschriften zelf te ontmoedigen via één of andere vorm van sanctie of boete.

Paragraaf 2 beoogt de schending van de wachttermijn waarvan de zwaarwichtigheid evenwel wordt gemilderd doordat de inschrijver hierdoor niet de mogelijkheid is ontnomen om een verhaal tot schorsing in te stellen en zijn kansen om de opdracht in de wacht te slepen niet in het gedrang zijn gebracht. Met andere woorden, overeenkomstig hetgeen reeds werd bepaald in artikel 2, § 4, tweede lid, 2°, van de wet van 16 juni 2006, kunnen de inschrijvers die de opdracht hoe dan ook niet in de wacht hadden kunnen slepen, van de rechter niet verkrijgen dat hij deze opdracht onverbindend verklaart, ook al werd die onregelmatig gesloten.

Wat de door de richtlijnen geboden keuze betreft, is ervoor geopteerd om de gevolgen van een “lichte” schending — verplicht — tot de alternatieve sancties te beperken. Een vernietiging met terugwerkende kracht van alle contractuele verbintenissen zou immers een onevenredig zware sanctie zijn geweest. Dientengevolge zal de verhaalinstantie de duur van de opdracht kunnen inkorten, een boete opleggen of beide.

De straf is vastgesteld op maximum 15% van het gegunde opdrachtbedrag, exclusief btw, om het doeltreffende, evenredige en afschrikkende karakter ervan te waarborgen. Ze wordt gestort aan de Schatkist.

Het spreekt vanzelf dat de verhaalinstantie bij het bepalen van de alternatieve sanctie, alle relevante factoren in aanmerking kan nemen, waaronder de ernst van de schending, het gedrag van de aanbestedende instantie en de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft.

Afdeling 6

Verhaaltermijnen

Art. 88

Paragraaf 1 van dit artikel bepaalt de termijnen binnen dewelke, op straffe van niet-ontvankelijkheid, een verhaal moet worden ingesteld, vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling. Er is evenwel in een uitzondering voorzien ingeval van toepassing van § 5, tweede lid, daar de termijn in dat geval loopt vanaf de sluiting van de opdracht.

In § 2 wordt een termijn van zestig dagen bepaald voor de vordering tot vernietiging van de beslissing. De hier bedoelde termijn dient de rechtszekerheid te

mérite d'être découragée par une forme ou l'autre de sanction ou de pénalité.

Le § 2 envisage une violation du délai d'attente mais dont la gravité est tempérée par le fait qu'elle n'a pas privé le soumissionnaire de la possibilité d'engager un recours en suspension et qu'elle n'a pas pu compromettre les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché. Autrement dit, comme c'est le cas dans l'article 2, § 4, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 juin 2006, les soumissionnaires qui n'étaient de toute façon pas susceptibles de se voir attribuer le marché ne pourront obtenir du juge qu'il déclare un tel marché dépourvu d'effets, fût-il conclu de manière irrégulière.

Face au choix offert par les directives, il a été opté pour la limitation — obligatoire — des effets d'une violation “vénielle” aux sanctions de substitution. En effet, une annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles aurait été une sanction disproportionnée. Dès lors, l'instance de recours pourra abrégé la durée du marché, prononcer une pénalité financière ou les deux.

Il est précisé que la pénalité financière s'élève au maximum à 15% du montant HTVA du marché attribué, afin de respecter le caractère effectif, proportionné et dissuasif de celle-ci. Elle est versée au Trésor public.

Il va de soi que l'instance de recours peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement de l'autorité adjudicatrice et la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets, pour déterminer la sanction de substitution qu'elle mettra en œuvre.

Section 6

Délais de recours

Art. 88

Le § 1^{er} de cet article fixe les délais dans lesquels les recours doivent, à peine d'irrecevabilité, être introduits à partir de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte. Une exception est cependant prévue en cas d'application du § 5, alinéa 2, le délai courant dans ce cas à partir de la conclusion du marché.

Au § 2, un délai de soixante jours est prévu pour les recours en annulation de la décision. Le délai ici visé est destiné à assurer la sécurité juridique et s'appliquera

waarborgen en zal ook van toepassing zijn op de rechtscolleges van de rechterlijke macht die niet vertrouwd zijn met deze termijn onder het bestaande gerechtelijk recht.

In § 3 wordt verduidelijkt dat de vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing, op straffe van niet-ontvankelijkheid, wordt ingediend binnen een termijn van vijftien dagen. Deze bepaling vormt een afwijking op artikel 30 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en op artikel 4 van de procedureregeling. De vordering tot schorsing van de uitvoering kan zowel slaan op de gunningsbeslissing als op de andere handelingen, zoals het bestek of de beslissing tot niet-selectie in een procedure in twee stappen. Hierbij dient overigens te worden onderstreept dat het feit dat een onregelmatige handeling zoals een bestek dat discriminerende bepalingen bevat, niet werd aangevochten bij aanvang van de procedure, niet in de weg staat dat nadien de gunningsbeslissing die op een dergelijke onregelmatige handeling is gebaseerd, zou worden aangevochten.

In § 4 wordt de termijn voor de vorderingen tot schadevergoeding bepaald op vijf jaar.

Het § 5 van deze bepaling voorziet in een specifieke termijn wanneer de ingestelde beroepen de toepassing van artikel 82 betreffende de onverbindendheid van de opdracht, beogen. In dat geval wordt de termijn op zes maanden gebracht en gaat die in de dag nadat de opdracht is gesloten. Deze termijn wordt evenwel verminderd tot dertig dagen vanaf de aankondiging of de kennisgeving naargelang het geval in de twee volgende situaties:

— wanneer de aanbestedende instantie een aankondiging van gegunde opdracht heeft bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen, en deze opdracht niet vooraf diende te worden bekendgemaakt, maar op voorwaarde dat deze aankondiging van gegunde opdracht rechtvaardigt waarom geen voorafgaande bekendmaking heeft plaatsgevonden. Deze rechtvaardiging zal doorgaans betrekking hebben op het gebruik van de gevallen van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, zoals vermeld in het door de Koning opgestelde model van aankondiging van gegunde opdracht. Ze kan ook betrekking hebben op situaties waarin de opdracht is gesloten in het kader van een “*in house*”-relatie als bedoeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie, alsook op opdrachten voor diensten die opgenomen zijn in bijlage 2, B, van de wet overheidsopdrachten, of nog op een uitzondering op de toepassing van de wet;

également aux juridictions du pouvoir judiciaire pour lesquelles un tel délai n'existe pas dans l'état actuel du droit judiciaire.

Au § 3, il est précisé que les recours en suspension visés à l'article 80 sont introduits, à peine d'irrecevabilité, dans un délai de quinze jours. La présente disposition constitue une dérogation à l'article 30 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et à l'article 4 du règlement de procédure. La demande de suspension de l'exécution peut viser tant la décision d'attribution que d'autres actes, tels que le cahier spécial des charges ou une décision de non-sélection dans une procédure en deux phases. Il est par ailleurs souligné que le fait de ne pas avoir attaqué un acte irrégulier, tel un cahier spécial des charges contenant des dispositions discriminatoires, au début de la procédure n'empêche pas d'attaquer ensuite la décision d'attribution fondée sur un tel acte irrégulier.

Au § 4, le délai pour les recours en dommages et intérêts est fixé à cinq ans.

Le § 5 prévoit un délai distinct lorsque les recours ont pour objet l'application de l'article 82, relatif à l'absence d'effets du marché. Dans ce cas, le délai est porté à six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché. Cependant, ce délai est réduit à trente jours à compter de la publication ou de l'information, selon le cas, dans les deux hypothèses suivantes:

— lorsque l'autorité adjudicatrice a publié un avis d'attribution de marché au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications, dans le cas où ce marché ne devait pas faire l'objet d'une publicité préalable, mais à la condition que cet avis d'attribution contienne la justification de cette absence de publicité préalable. Cette justification portera généralement sur l'utilisation des cas de procédure négociée sans publicité, tels que repris dans le modèle d'avis d'attribution établi par le Roi. Elle pourrait également concerner des situations dans lesquelles le marché a été conclu dans une relation “*in house*” au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice, porter sur des marchés de services relevant de l'annexe 2, B, de la loi relative aux marchés publics, ou sur une exception à l'application de la loi;

— wanneer de aanbestedende instantie de betrokken kandidaten en inschrijvers behoorlijk heeft geïnformeerd en hen tegelijk de gemotiveerde beslissing heeft medegedeeld die op hen betrekking heeft.

Paragraaf 6 bepaalt dat het vordering tot alternatieve sancties wordt ingesteld binnen een termijn van 6 maanden.

Afdeling 7

Verhaalinstanties

Art. 89

Dit ontwerp bevat het principe dat reeds werd ingevoerd bij de voormelde wet van 16 juni 2006, krachtens hetwelk de inschrijver die beroep wenst in te stellen, zich ofwel tot de Raad van State ofwel tot de burgerlijke rechter dient te wenden, naargelang de betrokken aanbestedende instantie al dan niet de hoedanigheid van administratieve overheid heeft. Deze bepaling heeft tot doel paal en perk te stellen aan de zg. praktijk van het “forum shoppen” tussen de burgerlijke en administratieve rechtscolleges.

Evenwel bepaalt het tweede lid dat de verhaalprocedures die beogen de onverbindendverklaring van een gesloten opdracht te laten uitspreken, alsook alternatieve sancties en een schadevergoeding te laten opleggen, tot de exclusieve bevoegdheid van de gewone rechter behoren.

De gewone rechter waarvan hier sprake is, zal dus, naargelang het geval, de rechtbank van eerste aanleg of de rechtbank van koophandel zijn, of nog de voorzitter van één van deze rechtbanken.

Ten slotte wordt erin voorzien dat voor de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties, de rechter uitspraak doet zoals in kort geding. Het verschil met het eigenlijke kort geding is dat de rechterlijke autoriteit die de zaak zal behandelen “zoals in kort geding”, over de grond van de zaak oordeelt. Zijn beslissing heeft dus gezag van gewijsde en kan worden tegengeworpen indien opnieuw wordt geprocedeerd over het zelfde geschilpunt.

De oprichting van een quasi-jurisdictionele instantie had een oplossing kunnen bieden die tegemoetkomt aan de eisen van een optimaal beheer van de geschillenbeslechting als bedoeld in de voormelde richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, aangezien het alle geschillen over overheidsopdrachten had kunnen centraliseren ongeacht de aard van de aanbestedende instantie. Een

— lorsque l'autorité adjudicatrice a dûment informé les candidats et soumissionnaires concernés et leur a communiqué simultanément la décision motivée les concernant.

Le § 6 prévoit que le recours relatif à des sanctions de substitution est introduit dans un délai de 6 mois.

Section 7

Instances de recours

Art. 89

Le présent projet reprend le principe, inauguré par la loi du 16 juin 2006 précitée, en vertu duquel le soumissionnaire qui souhaite mettre en œuvre un recours doit s'adresser uniquement au Conseil d'État ou uniquement au juge civil, selon sa qualité ou non d'autorité administrative de l'autorité adjudicatrice concernée, le but de cette disposition étant de mettre fin au “forum shopping” qui existe parfois entre les juridictions civiles et administratives.

Cependant, le second alinéa précise que les recours portant sur la déclaration d'absence d'effets d'un marché conclu, sur les sanctions de substitution et sur l'octroi de dommages et intérêts sont de la compétence exclusive du juge judiciaire.

Le juge judiciaire dont il est ici question sera donc, selon le cas, le tribunal de première instance ou son président ou le tribunal de commerce ou son président.

Enfin, il est prévu que pour la déclaration d'absence d'effet et les sanctions de substitution, le juge statue comme en référé. La différence avec le “référé” proprement dit est que l'autorité judiciaire statuant “comme en référé” se prononce sur le fond de la cause. Sa décision a donc autorité de chose jugée et peut être opposée en cas de nouvelle procédure sur le même point litigieux.

Une solution à même de rencontrer les exigences d'une gestion optimale du contentieux aurait pu consister en la création d'un organe quasi juridictionnel au sens des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE précitées, afin de centraliser l'ensemble des litiges relatifs aux marchés publics indépendamment de la nature de l'autorité adjudicatrice, ou un réexamen de la répartition des

andere oplossing zou kunnen liggen in het herbekijken van de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van State en de gewone rechtbanken. Dit vereist niettemin een grondige haalbaarheidsstudie en de inzet van belangrijke middelen, wat onmogelijk is gezien de voor deze omzetting toegestane termijnen.

Art. 90

Zonder afbreuk te doen aan de andere, eventuele strengere procedureregels die van toepassing zijn voor de rechtscollages van de Rechterlijke Orde of van de Raad van State, zoals die welke het indienen van één enkel verzoekschrift voor de administratieve rechter oplegt, behalve bij uiterst dringende noodzakelijkheid, kan de belanghebbende een vordering tot nietigverklaring indienen die verschillend is van een vordering in kort geding of tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, vanzelfsprekend binnen de verhaaltermijn. Voor de gewone rechter kan de belanghebbende er een vordering tot onverbindendverklaring van de opdracht in opnemen wanneer volgens hem de schendingen van artikel 82 aangetoond zijn. Om de verbintenissen te respecteren die voortvloeien uit de voormelde richtlijn, kan deze laatste vordering ook afzonderlijk worden ingediend en is dit zelfs verplicht in de omstandigheden bedoeld in artikel 88, § 5, eerste lid, van het ontwerp. Er werd immers geopteerd voor de termijn van dertig dagen die de richtlijn toestaat wanneer de aanbestedende instantie een aankondiging van gegunde opdracht bekendmaakt en de beslissing meedeelt. De termijn bedraagt daarentegen zes maanden vanaf de sluiting van de opdracht wanneer geen enkele kennisgeving of mededeling plaatsvindt.

Het tweede lid legt de verhaalinstantie op om de aanbestedende instantie onmiddellijk op de hoogte te brengen wanneer er tijdens de wachttermijn een verhaal is ingesteld. Deze maatregel is opgenomen om te vermijden dat net na het verstrijken van deze termijn opdrachten zou worden gesloten, waartegen nochtans, net voor het verstrijken van deze termijn, op een geldige wijze een verhaal zou zijn ingesteld, zonder dat de aanbestedende instantie hiervan op de hoogte zou zijn. Immers, de in artikel 73, § 1, tweede lid, 2°, opgenomen aanbeveling aan de verzoeker om de aanbestedende instantie te verwittigen (want in zijn voordeel) is op zich onvoldoende om de aanbestedende instantie rechtszekerheid te bieden.

Art. 91

De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van de zakengegevens

compétences entre le Conseil d'État et les juridictions ordinaires. Cette possibilité requiert néanmoins une étude approfondie de faisabilité et la mise en œuvre de moyens importants que ne permettent pas les délais imposés par la présente transposition.

Art. 90

Sans porter atteinte aux autres règles de procédure applicables devant les juridictions de l'Ordre judiciaire ou du Conseil d'État, éventuellement plus exigeantes, comme celle imposant la requête unique devant le juge administratif, sauf en cas d'extrême urgence, la personne intéressée pourra introduire une demande d'annulation distincte d'une demande de référé ou de suspension d'extrême urgence, mais bien entendu dans le délai de recours. Devant le juge judiciaire, la personne intéressée pourra y inclure une demande tendant à faire déclarer le marché dépourvu d'effets lorsque les violations de l'article 82 sont, à son estime, établies. Afin de respecter les obligations issues de la directive précitée, cette dernière demande peut également être introduite seule et devra même l'être dans les circonstances prévues à l'article 88, § 5, alinéa 1^{er}, du projet puisqu'il a été opté pour le délai de trente jours permis par la directive lorsque l'autorité publie un avis d'attribution et communique la décision. Par contre, le délai est de six mois à compter de la conclusion du marché lorsqu'aucune information ou communication n'a lieu.

L'alinéa 2 impose à l'instance de recours de prévenir immédiatement l'autorité adjudicatrice lorsqu'un recours est introduit durant le délai d'attente. Cette solution a été retenue afin d'éviter que des marchés soient conclus juste après l'expiration de ce délai alors qu'un recours aurait été formé valablement juste avant l'expiration de ce délai sans que l'autorité adjudicatrice ne soit au courant. En effet, la recommandation au requérant d'avertir l'autorité adjudicatrice (car il y va de son intérêt) prévue à l'article 73, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, est impuissante, à elle seule, à assurer la sécurité juridique de l'autorité adjudicatrice.

Art. 91

Cet article prévoit que l'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets

waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen aan haar overgelegde dossiers. In dit verband kan worden verwezen naar de arresten nr. 118/2007 van 19 september 2007 van het Grondwettelijk Hof en C-450/06 van 14 februari 2008 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Dit artikel sluit aan bij de principes die met name zijn vastgelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Art. 92

Deze bepaling maakt het mogelijk dat de aanbestedende instantie of de begunstigde van deze beslissing een schadevergoeding wordt toegekend ingeval van een tergende en roekeloze verhaalprocedure. De wet voorziet voor de overheidsopdrachten thans niet in een specifiek mechanisme om dergelijke misbruiken te voorkomen. Wat betreft de gewone rechter voorziet artikel 780*bis* van het Gerechtelijk Wetboek zowel in een geldboete voor de partij die de rechtspleging aanwendt voor kennelijk vertragende of onrechtmatige doeleinden, als in de schadevergoeding voor tergend en roekeloos geding. Wat betreft de Raad van State heeft de wet van 17 februari 2002 een artikel 37 ingevoegd in de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, om de Raad de mogelijkheid te geven een boete op te leggen wegens kennelijk onrechtmatig beroep. Deze maatregel die op 26 maart 2002 in werking is getreden, was bedoeld om de gerechtelijke achterstand van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te bestrijden en verder te vermijden (*Parl. St.*, Kamer van volksvertegenw., zitting 1997-1998, nr. 1497/1). De boete gaat van 125 tot 2500 euro en kan door de Koning worden aangepast in functie van de evolutie van de consumptieprijzen. Dit ontwerp gaat ervan uit dat dit bedrag niet voldoende afschrikkend is en bovendien komt het niet ten goede aan de benadeelde aanbestedende instantie. Daarom wordt het aan de beoordeling van de verhaalinstantie overgelaten om het bedrag van de schadevergoeding te bepalen, maar zonder dat dit 5% van het gegunde opdrachtbedrag exclusief btw mag overschrijden.

TITEL III

Opdrachten die de Europese drempels niet bereiken

Om redenen van administratieve vereenvoudiging wordt in dit ontwerp voor een afgeslankte versie van deze titel geopteerd, die enkel verwijst naar de bepalingen van titel II die toepasselijk worden gemaakt, behalve wanneer de voorschriften verschillend zijn.

d'affaires au regard des informations contenus dans les dossiers qui lui sont communiquées parties à la cause. Il y a sur ce point lieu d'avoir égard aux arrêts n° 118/2007 du 19 septembre 2007 de la Cour constitutionnelle et C-450/06 du 14 février 2008 de la Cour de Justice des Communautés européennes. Le présent article s'inscrit dans les principes qui sont reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Art. 92

Cette disposition vise à permettre l'indemnisation de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte en cas de recours téméraire et vexatoire. La loi ne prévoit actuellement aucun mécanisme spécifique aux marchés publics destiné à prévenir de tels abus. Pour ce qui concerne le juge judiciaire, l'article 780*bis* du Code judiciaire prévoit tant la condamnation à une amende pour la partie qui utilise la procédure à des fins manifestement dilatoires ou abusives, que la demande de dommages et intérêts pour procès téméraire et vexatoire. En ce qui concerne le Conseil d'État, la loi du 17 février 2002 a réintroduit un article 37 dans les lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 afin de permettre à ce dernier d'imposer une amende du chef d'un recours manifestement abusif. Entrée en vigueur le 26 mars 2002, cette mesure a été présentée comme étant destinée à combattre et prévenir l'arriéré judiciaire de la section d'administration du Conseil d'État (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 1997-1998, n° 1497/1). L'amende est de 125 euros à 2500 euros, montant pouvant être modifié par le Roi en fonction de l'évolution de l'indice des prix à la consommation. Le présent projet part du constat que ce montant n'est pas suffisamment dissuasif et ne bénéficie en outre pas à l'autorité adjudicatrice préjudiciée. C'est pourquoi le montant de l'indemnisation est ici laissé à la discrétion de l'instance de recours mais sans pouvoir dépasser 5% du montant du marché attribué hors taxe sur la valeur ajoutée.

TITRE III

Marchés n'atteignant pas les seuils européens

Par souci de simplification administrative, il a été opté dans ce projet pour une rédaction allégée de ce titre qui se limite à renvoyer aux dispositions rendues applicables du titre II, sauf lorsque les règles diffèrent.

HOOFDSTUK 1

Toepassingsgebied

Art. 93

De richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG zijn enkel van toepassing op de opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de Europese drempels.

Het Grondwettelijk Hof (voorheen Arbitragehof genoemd), heeft in zijn arrest 179/2005 van 7 december 2005 betreffende artikel 21*bis* van de voormelde wet van 24 december 1993, uitspraak gedaan over het eventuele verschil in behandeling tussen de verschillende categorieën van deelnemers aan en inschrijvers op “aanbestedingen” waarbij het van oordeel was dat dit verschil op een objectief criterium berustte, namelijk het bedrag van de overheidsopdracht. Aangezien de wetgever Europese richtlijnen wenste uit te voeren waarvan het toepassingsgebied beperkt is tot de opdrachten die de Europese drempels bereiken of overschrijden, diende de wetgever volgens het Grondwettelijk Hof niet te verantwoorden waarom hij die rechtsbeschermingsregeling niet wenste uit te breiden tot de deelnemers aan of inschrijvers op andere overheidsopdrachten. Het Grondwettelijk Hof sprak zich met andere woorden niet uit tegen de keuze om de *standstill* enkel voor de opdrachten boven de drempels toe te passen.

Het Grondwettelijk Hof voegde hieraan evenwel het volgende toe: *“Ongetwijfeld kunnen hiervoor, zoals de verzoeker doet, waardevolle argumenten worden aangehaald. Het komt het Hof evenwel niet toe ter zake zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de wetgever, die bij de eventuele uitbreiding van de rechtsbeschermingsregeling niet alleen rekening dient te houden met de mogelijke gevolgen die zouden kunnen voortvloeien uit een onbeperkte toepassing van het standstill-beginsel, zowel op het vlak van de rechtsgang en de duur ervan als op het vlak van de noodzakelijke efficiëntie van het optreden van de aanbestedende overheden. (...)”*.

Dit is de reden waarom, op basis van de vaststelling dat er een te groot verschil in behandeling bestaat tussen de opdrachten waarvan het bedrag de drempels overschrijden waarvoor is voorzien in een optimale rechtsbescherming van de geweerde inschrijvers, en die waarvan het bedrag lager is dan de drempels, waarbij de principes inzake informatie en transparantie gemakkelijker kunnen worden geschonden, ervoor is geopteerd om de artikelen 69, 70, 72, 73, § 1, eerste lid, 74 en 75 toepasselijk te maken op alle opdrachten.

CHAPITRE 1^{ER}

Champ d'application

Art. 93

Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne s'appliquent qu'aux marchés dont le montant atteint une valeur estimée égale ou supérieure aux seuils européens.

La Cour constitutionnelle (à l'époque encore appelée Cour d'Arbitrage), dans son arrêt 179/2005 du 7 décembre 2005 portant sur l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 précitée, a tranché la question de la différence de traitement éventuelle entre les différentes catégories de participants et de soumissionnaires, à des “adjudications” de marchés publics en considérant que celle-ci était fondée sur un critère qu'elle considérait comme objectif, à savoir le montant du marché public. Dès lors que le législateur a souhaité mettre en œuvre des directives européennes, qui sont limitées au niveau de leur champ d'application aux marchés atteignant ou excédant les seuils européens, le législateur n'avait pas, selon la Cour constitutionnelle, à justifier de la raison pour laquelle il n'a pas souhaité étendre ce régime de protection juridique aux participants ou soumissionnaires d'autres marchés publics. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle ne sanctionne pas le choix de l'application obligatoire d'un *standstill* uniquement au-dessus des seuils.

La Cour constitutionnelle avait toutefois également ajouté ceci: *“Il n'est pas douteux que des arguments pertinents en faveur de cette extension peuvent être avancés, comme le fait le requérant. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de substituer en l'espèce son jugement à celui du législateur, lequel, en cas d'une éventuelle extension du régime de protection juridique, ne doit pas seulement tenir compte des éventuels effets qui pourraient découler d'une application illimitée du principe de standstill, aussi bien au niveau du déroulement de la procédure et de sa durée qu'au niveau de l'efficacité nécessaire de l'intervention des pouvoirs adjudicateurs. (...)”*.

C'est la raison pour laquelle, en partant du constat qu'il y a une différence de traitement trop importante entre les marchés dont les montants ont une valeur supérieure aux seuils, où la protection juridique des soumissionnaires évincés est optimale, et ceux dont les montants ont une valeur inférieure aux seuils, où les principes d'information et de transparence pourraient être plus facilement malmenés, il a été décidé de rendre les articles 69, 70, 72, 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 74 et 75 applicables à tous les marchés. Ces marchés ne sont

Deze opdrachten zijn evenwel niet onderworpen aan de bepalingen betreffende de naleving van een wachttermijn en de onverbindendheid. Gezien hun bedrag is het niet opportuun om deze opdrachten aan een te zwaar regime te onderwerpen.

De artikelen 95 en 97 voorzien evenwel in de toepassing van de daarin vermelde striktere regels op de opdrachten voor werken waarvan het geraamde bedrag zich situeert tussen de Europese drempel, van 4 845 000 euro op 1 januari 2010, en de helft van die drempel. Dit bedrag is immers significanter en rechtvaardigt de toepassing van een strenger systeem, waardoor de betrokken ondernemingen meer transparantie wordt geboden.

Deze benadering is ook gebaseerd op de bevindingen van het Europees Hof van Justitie, met name in een arrest van 20 oktober 2005⁶, waarin de volgende bewoordingen worden gebruikt: *“Ook al zijn bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten uitgesloten, zijn de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, immers niet-temin gehouden om de fundamentele regels van het Verdrag, met name het verbod van discriminatie (...), in acht te nemen (...)”* en *“Het enkele feit dat de gemeenschapswetgever heeft gemeend dat de bijzondere en strenge procedures van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten niet geschikt zijn wanneer het gaat om overheidsopdrachten van geringe waarde, betekent niet dat deze van de toepassing van het gemeenschapsrecht zijn uitgesloten.”*

Volgens artikel 68, tweede lid, is titel II van de wet voor de opdrachten inzake landsverdediging als bedoeld in artikel 296, § 1, b, van het Verdrag tot oprichting van Europese Gemeenschap, enkel toepasselijk wat betreft de artikelen 69, 70, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 88 tot 92.

Gezien de algemene strekking van artikel 93 de rechtsbeschermingsregels die toepasselijk zijn op de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, eveneens toepasselijk zijn op de defensieopdrachten. De bedoelde defensieopdrachten vallen wat dat betreft immers onder het toepassingsgebied van de wet en van haar uitvoeringsbesluiten.

Ten slotte dekt het begrip opdracht voor de toepassing van deze titel eveneens het opstellen van een lijst van gegadigden alsook, in de speciale sectoren, het opstellen van een kwalificatiesysteem. Dit om dezelfde redenen als degene ingeroepen voor artikel 66, 3°.

⁶. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 20 oktober 2005, Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Franse Republiek, C-264/03.

toutefois pas obligatoirement soumis aux dispositions relatives au respect d'un délai d'attente et à l'absence d'effets, afin de ne pas imposer un régime trop lourd aux marchés dont le montant ne le justifierait pas.

Les articles 95 et 97 prévoient cependant l'application des règles plus strictes y mentionnées pour les marchés de travaux dont le montant estimé se situe entre le seuil européen, de 4 845 000 euros au 1^{er} janvier 2010, et la moitié de ce seuil. Ce montant se révèle en effet plus significatif et justifie l'application d'un régime plus sévère et offrant une plus grande transparence aux entreprises concernées.

Cette approche tire également les enseignements de la CJCE, notamment dans un arrêt du 20 octobre 2005⁶, qui estime que *“bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité et le principe de non-discrimination (...)”* et que *“le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives relatives aux marchés publics ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de marchés publics d'une faible valeur ne signifie pas que ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire.”*

Selon l'article 68, alinéa 2, le titre II de la loi ne vise les marchés en matière de défense au sens de l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité instituant la Communauté européenne qu'en ce qui concerne les articles 69, 70, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 88 à 92.

Vu la portée générale de l'article 93, les règles en matière de protection juridictionnelle s'appliquant aux marchés n'atteignant pas les seuils européens sont également applicables aux marchés en matière de défense. Les marchés en matière de défense ici visés tombent en effet dans le champ d'application de la loi et de ses arrêtés d'exécution.

Enfin, pour l'application du présent titre, la notion de marché couvre également l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés et, dans les secteurs spéciaux, l'établissement d'un système de qualification pour les mêmes raisons que celles invoquées à propos de l'article 66,3°.

⁶. Cour de Justice des Communautés européennes, 20 octobre 2005, Commission des Communautés européennes contre République française, C-264/03.

HOOFDSTUK 2

Gemotiveerde beslissing, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn

Art. 94

Deze bepaling maakt duidelijk dat de artikelen 69, 70, 72, 73, § 1, eerste lid, 74 en 75 toepasselijk zijn op de in dit hoofdstuk bedoelde opdrachten, behoudens sommige opdrachten en de opdrachten die bepaalde bedragen niet bereiken waarvoor de Koning in uitzonderingen kan voorzien.

Het is immers opportuun geacht een voldoende transparantie te verzekeren, zonder evenwel de werking van de aanbestedende instanties al te zeer te bemoeilijken voor de opdrachten met een geringere waarde.

Art. 95

Deze bepaling vermeldt in het eerste lid dat artikel 76 toepasselijk is op de opdrachten voor werken die verplicht zijn onderworpen aan een Belgische bekendmaking en waarvan het geraamde bedrag weliswaar lager ligt dan de Europese drempel, maar dat een significant bedrag ten belope van de helft van de bedoelde drempel bereikt. Hieruit vloeit voort dat deze opdrachten zijn onderworpen aan de verplichting om de in dat artikel bepaalde regels inzake de wachttermijn na te leven.

Evenwel wordt in een uitzondering voorzien voor de opdrachten voor werken inzake defensie als bedoeld in artikel 296, § 1, b, van het Verdrag, daar gelet op artikel 68, tweede lid, artikel 76 niet toepasselijk is op deze opdrachten die de Europese drempel bereiken. Dezelfde oplossing moet dan ook worden gevolgd voor de opdrachten die zich tussen de bedoelde drempels situeren.

Volgens het tweede lid kan de aanbestedende instantie artikel 76, eerste lid, betreffende de wachttermijn toepasselijk maken op de opdrachten bedoeld in titel III die niet zijn onderworpen aan het eerste lid. Momenteel kan een aanbestedende instantie die blijk wil geven van een grotere transparantie, reeds een vrijwillige wachttermijn toepassen voor opdrachten die de Europese bekendmakingsdrempels niet bereiken. In diverse recente arresten⁷ ontnemt de Raad van State de partijen evenwel

⁷ RvS, 18 september 2007, NV INTERNATIONAL BUILDING ORGANISATION, nr. 174.604; RvS, 24 juli 2007, NV FABRICOM GTI, nr. 173.622; RvS, 10 oktober 2006, NV GEMS INTERNATIONAL, nr. 163.337.

CHAPITRE 2

Décision motivée, information des candidats et des soumissionnaires et délai d'attente

Art. 94

Cette disposition indique que les articles 69, 70, 72, 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 74 et 75 sont applicables aux marchés visés au présent chapitre, sauf pour certains types de marchés et pour des marchés n'atteignant pas certains montants pour lesquels le Roi peut prévoir des exceptions.

Il a en effet été jugé opportun d'assurer un degré suffisant de transparence sans alourdir à l'excès l'action des autorités adjudicatrices pour ce qui concerne les marchés d'une plus faible importance.

Art. 95

Cette disposition indique dans son alinéa 1^{er}, que l'article 76 est applicable aux marchés publics de travaux soumis à une publicité obligatoire au niveau belge et dont le montant estimé, tout en étant inférieur au seuil européen, atteint néanmoins un montant significatif s'élevant au moins à la moitié de ce seuil. Il en résulte que ces marchés sont soumis à l'obligation de respecter les règles relatives au délai d'attente fixées par cet article.

Une exception est cependant prévue pour les marchés de travaux en matière de défense au sens de l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité car, conformément à l'article 68, alinéa 2, l'article 76 n'est pas applicable à ces marchés atteignant le seuil européen. La même solution doit dès lors être suivie pour ces marchés se situant entre les deux seuils précités.

Selon l'alinéa 2, l'autorité adjudicatrice peut rendre applicable l'article 76, alinéa 1^{er}, traitant du délai d'attente, aux marchés visés par le titre III et qui ne sont pas visés par l'alinéa 1^{er}. Un délai d'attente volontaire, pour des marchés n'atteignant pas les seuils européens, peut déjà actuellement être mis en œuvre par une autorité adjudicatrice qui voudrait faire montre d'une plus grande transparence. Cependant dans plusieurs arrêts⁷ récents, le Conseil d'État dénie aux parties la

⁷ CE, 18 septembre 2007, NV INTERNATIONAL BUILDING ORGANISATION, n°. 174.604; CE, 24 juillet 2007, NV FABRICOM GTI, n° 173.622; CE, 10 octobre 2006, NV GEMS INTERNATIONAL, n° 163.337.

de mogelijkheid om, op vrijwillige basis, de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, als bedoeld in artikel 21*bis* van de wet te gebruiken omdat dit artikel niet van toepassing is. In dat geval mogen de partijen deze procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid dus niet toepassen, zelfs niet in onderlinge overeenstemming. Hieruit moet worden afgeleid dat, alhoewel het niet verboden is om een vrijwillige wachttermijn in te voeren tussen de gunning en de sluiting van de opdracht, de toepasselijke voorschriften evenwel niet noodzakelijk die zijn zoals omschreven in artikel 21*bis*. Bijgevolg, en paradoxaal genoeg, zal de aanbestedende instantie die een wachttermijn wil respecteren terwijl niets haar daartoe verplicht, worden gesanctioneerd met de verplichting om de gewone schorsingsvoorschriften te respecteren, en dus om de opdracht niet te gunnen vóór het arrest van de Raad van State dat binnen een veel langere termijn zal worden gewezen dan die welke voortvloeit uit de uiterst dringende noodzakelijkheid in artikel 21*bis*, op straffe van een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur... Om die reden hebben de auteurs van dit ontwerp beslist deze mogelijkheid wettelijk te verankeren, vanuit het oogpunt van behoorlijk bestuur, in het bijzonder wat de opdrachten voor werken betreft, waarvan de Europese drempel vrij hoog is.

Het derde lid van dit artikel poneert het principe volgens hetwelke de opdracht, zodra die is gegund, niet meer kan worden geschorst noch onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de omzettingbepalingen daarvan.

HOOFDSTUK 3

Verhaalprocedures

Art. 96

Dit artikel maakt de artikelen 79 tot 81 toepasselijk op een in deze titel bedoelde opdracht. Deze artikelen handelen respectievelijk over de vernietiging van de beslissingen genomen door de aanbestedende instantie, de schorsing van de uitvoering van deze beslissingen en de toekenning van schadevergoeding.

Art. 97

Dit artikel voorziet in zijn eerste lid dat op de opdrachten die krachtens artikel 95, eerste lid, zijn onderworpen aan de verplichting om een wachttermijn na te leven, eveneens de artikelen 77, 2°, 78, 82 en 84 tot 87 toepasselijk zijn. Dit betekent dat de nieuwe bepalingen

possibilité d'utiliser, sur base volontaire, la suspension d'extrême urgence prévue à l'article 21*bis* de la loi précitée au motif que cet article n'est pas applicable, les marchés en cause n'atteignant pas le seuil européen. Il est donc proscrit dans ce cas que les parties mettent en œuvre, même de commun accord, une telle procédure d'extrême urgence. Il faut en déduire que, s'il n'est pas interdit de mettre en place un délai d'attente volontaire entre l'attribution et la conclusion du contrat, les règles applicables ne sont cependant pas nécessairement celles définies à l'article 21*bis*. Par conséquent et paradoxalement, l'autorité adjudicatrice qui voudrait respecter un délai d'attente alors que rien ne l'y oblige, sera sanctionnée par une obligation de respecter les règles de la suspension ordinaire, et donc de ne pas conclure le marché avant l'arrêt du Conseil d'État qui interviendra dans un délai beaucoup plus long que celui découlant de l'extrême urgence prévue à l'article 21*bis*, à peine de violer les principes de bonne administration... C'est la raison pour laquelle les auteurs du présent projet ont décidé de consacrer par voie légale cette possibilité, qui s'inscrit dans une optique de bonne gouvernance, spécialement pour les marchés de travaux, dont le seuil européen est relativement élevé.

L'alinéa 3 de cet article pose le principe en vertu duquel le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière des marchés publics ou des mesures les transposant.

CHAPITRE 3

Procédures de recours

Art. 96

Cet article rend applicables à un marché visé par le présent titre les articles 79 à 81 traitant respectivement de l'annulation des décisions prises par l'autorité adjudicatrice, de la suspension de l'exécution de ces décisions et de l'octroi de dommages et intérêts.

Art. 97

L'alinéa 1^{er} de cette disposition prévoit que pour les marchés soumis à l'obligation de respecter un délai d'attente en vertu de l'article 95, alinéa 1^{er}, les articles 77, 2°, 78, 82 et 84 à 87 sont également applicables. Il en résulte que les dispositions nouvelles relatives

betreffende de schorsing van de uitvoering van de opdracht ingevolge de schorsing door de rechter van de gunningsbeslissing, de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties waarin de bedoelde artikelen voorzien, toepasselijk zijn op de opdrachten voor werken waarvan het geraamde bedrag zich situeert tussen de Europese drempel en een bedrag dat overeenstemt met de helft daarvan. Het is inderdaad de bedoeling om de opdrachten met een significant bedrag aan dezelfde regels te onderwerpen die gelden vanaf de Europese drempel. De vermelding van artikel 77, 2°, heeft tot doel om de wachttermijn niet verplicht toepasselijk te maken wanneer er slechts één inschrijver betrokken is en er geen betrokken kandidaten zijn. In die hypothese heeft de wachttermijn immers weinig nut.

Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat wanneer de aanbestedende instantie artikel 76, tweede lid, toepasselijk maakt op de andere dan de in het eerste lid bedoelde opdrachten die onder de toepassing van titel III vallen, de artikelen 78 en 82 tot 87 niet toepasselijk zijn. De vernietiging met terugwerkende kracht van de overeenkomst, de beperking van de draagwijdte van de vernietiging tot de nog uit te voeren verplichtingen en de alternatieve sancties zullen bijgevolg niet verbonden zijn aan de vrijwillige toepassing van artikel 76, tweede lid.

Art. 98

Krachtens deze bepaling zijn de artikelen 88, §§ 1 tot 4, en 89 tot 92 toepasselijk op de in deze titel bedoelde opdrachten. Op de opdrachten bedoeld in artikel 95, eerste lid, zijn eveneens de §§ 5 en 6 van artikel 88 toepasselijk. Deze artikelen handelen met name over de verhaaltermijnen en de tergende en roekeloze verhaalprocedures. Ze bepalen ook de bevoegde verhaalinstanties.

TITEL IV

Correctiemechanisme

Art. 99

Volgens dit artikel kan de Europese Commissie, met kennisgeving aan de aanbestedende instantie, de lidstaat verzoeken om een rechtzetting van de duidelijke en klaarblijkelijke overtreding die zij zou hebben vastgesteld in het kader van een procedure. Daarmee wordt beoogd het herstel van onregelmatigheden ten opzichte van het gemeenschapsrecht of de nationale omzettingsregels ervan mogelijk te maken van bij het begin van de procedure, en zo geschillen te voorkomen.

à la suspension de l'exécution du marché en cas de suspension par le juge de la décision d'attribution, à la déclaration d'absence d'effets et aux sanctions de substitution prévues par ces articles s'appliquent aux marchés de travaux dont le montant estimé se situe entre le seuil européen et un montant correspondant à la moitié de celui-ci. La volonté est en effet de soumettre ces marchés d'un montant significatif au même régime que celui applicable à partir du seuil européen. La mention de l'article 77, 2°, a pour objet de ne pas rendre le délai d'attente obligatoirement applicable lorsqu'un seul soumissionnaire est concerné et qu'il n'y a pas de candidats concernés. Dans cette hypothèse en effet, le respect d'un délai d'attente serait dépourvu d'utilité.

L'alinéa 2 de cet article prévoit que lorsque l'autorité adjudicatrice rend applicable l'article 76, alinéa 2, aux autres marchés que ceux visés à l'alinéa 1^{er} et qui entrent dans le champ du titre III, les articles 78 et 82 à 87 ne sont pas applicables. L'annulation rétroactive du contrat, la limitation de la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées et les sanctions de substitution ne seront dès lors pas attachées à l'application volontaire de l'article 76, alinéa 2.

Art. 98

En vertu de cette disposition, les articles 88, §§ 1^{er} à 4, et 89 à 92, traitant notamment des délais de recours, des recours téméraires et vexatoires et déterminant les instances de recours compétentes, sont applicables aux marchés visés par le présent titre. Les §§ 5 et 6 de l'article 88 sont également applicables aux marchés visés à l'article 95, alinéa 1^{er}.

TITRE IV

Mécanisme correcteur

Art. 99

Selon cette disposition, la Commission européenne peut demander à l'État membre, avec information à l'autorité adjudicatrice, la correction d'une violation claire et manifeste qu'elle aurait constatée dans le cadre d'une procédure. L'objectif poursuivi est d'essayer de prévenir le développement de litiges en permettant la correction d'irrégularités au regard du droit communautaire ou du droit national le transposant dès les premières stades de la procédure.

HOOFDSTUK 3

**Wijzigings-, opheffings- en
slotbepalingen**

Art. 4

De berekening van de in de wet van 24 december 1993 bepaalde termijnen gebeurt overeenkomstig de Verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad, van 3 juni 1971, die van toepassing is op de akten genomen krachtens het Verdrag, en bijgevolg op de richtlijnen en de nationale reglementeringen waarin ze zijn omgezet. De artikelen 38 van de richtlijn 92/50/EEG van de Raad, van 18 juni 1992, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, 30 van de richtlijn 93/36/EEG van de Raad, van 14 juni 1993, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en 33 van de richtlijn 93/37/EEG van de Raad, van 14 juni 1993, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, bevestigen uitdrukkelijk deze benadering.

Deze precisering is evenwel niet meer vermeld in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Om de rechts-onzekerheid weg te nemen die kan voortvloeien uit het stilzwijgen omtrent de toepassing van de voormelde berekeningsmethode, wordt ervoor geopteerd om in dit ontwerp uitdrukkelijk naar deze verordening te verwijzen.

Wanneer de tekst bovendien de “dag na” vermeldt, gaat het om de volgende kalenderdag en niet om de eerste “werkdag” die op de verzendingsdatum volgt. De wachttermijn in dit ontwerp is immers reeds langer dan noodzakelijk volgens de richtlijn, wat gedeeltelijk de nadelen kan compenseren die verbonden zijn aan een verzending de dag vóór een vrije dag. De voormelde verordening bevat bovendien geen specifieke voorschriften over de eerste dag van de termijnen.

Bij het bepalen van de vervaldatum van de termijn moet anderzijds, indien de termijn vervalt op een zon- of een feestdag, worden uitgegaan van de eerstvolgende werkdag. Voor meer uitleg in dat verband wordt verwezen naar de memorie van toelichting van de wet van 8 juni houdende diverse bepalingen (II) (*Parl. St.* 52/1013/001, blz. 7).

Ten slotte moet worden opgemerkt dat deze wet, in dit artikel en in de artikelen betreffende de verzending van aangetekende brieven de toepassing uitsluit van een regel van artikel 53*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, volgens dewelke de termijnen die ingaan vanaf een kennisgeving op een papieren drager worden berekend,

CHAPITRE 3

**Dispositions modificatives, abrogatoires et
finales**

Art. 4

Le calcul des délais fixés dans la loi du 24 décembre 1993 s'opère conformément au règlement (CEE, Euratom) n°1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, lequel s'applique pour ce qui concerne les actes pris en vertu du Traité, et donc pour les directives et les réglementations nationales qui les transposent. Les articles 38 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, 30 de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et 33 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, confirment explicitement cette approche.

Toutefois, cette précision ne figure plus dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Afin de pallier l'insécurité juridique pouvant résulter de l'absence de ces dispositions relatives au calcul des délais, l'option a été retenue de reprendre explicitement la référence à ce règlement dans le présent projet.

Par ailleurs, lorsque le texte évoque le “lendemain”, il s'agit du jour calendrier qui suit et non du premier jour “ouvrable” qui suit celui de l'envoi. En effet, le délai d'attente prévu par le présent projet est déjà plus long que ne l'exige la directive, ce qui est de nature à compenser partiellement les inconvénients liés à un envoi la veille d'un jour non ouvrable. Le règlement précité ne prévoit d'ailleurs pas de règle spécifique concernant le premier jour des délais.

Par contre, lorsqu'il s'agira de déterminer l'échéance du délai, il conviendra de prendre en considération le premier jour ouvrable si le délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié. Il est renvoyé à l'exposé des motifs de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverse (II) (*Doc. Parl.* 52/1013/001, p. 7) pour plus de développements.

Enfin, il convient de souligner que la présente loi, en cet article et en ses articles relatifs à l'envoi de plis recommandés exclut l'application d'une règle de l'article 53*bis* du Code judiciaire, selon laquelle les délais qui commencent à courir à partir d'une notification sur support papier sont calculés, lorsque la notification est

wanneer de kennisgeving gebeurt bij aangetekende of bij gewone brief, vanaf de derde werkdag die volgt op die waarop de brief aan de postdiensten overhandigd werd, tenzij de geadresseerde het tegendeel bewijst. De niet-toepassing van deze regel vormt evenwel geen echte afwijking, aangezien het voormelde artikel 53*bis* bepaalt dat het van toepassing is “tenzij de wet anders bepaalt”, wat in casu het geval is.

Art. 5 tot 7

Deze artikelen heffen de artikelen 21*bis*, 41*sexies* en 62*bis* van de wet van 24 december 1993 op.

Art. 8

Dit artikel heeft betrekking op de datum van inwerkingtreding van de wet.

Dit is, Dames en Heren, de draagwijdte van de bepalingen die de regering u ter goedkeuring voorlegt.

De eerste minister,

Herman VAN ROMPUY

De minister van Justitie,

Stefaan DE CLERCK

De minister van Binnenlandse Zaken,

Annemie TURTELBOOM

effectuée par pli recommandé ou par pli simple, depuis le troisième jour ouvrable qui suit celui où le pli a été remis aux services de la poste, sauf preuve contraire du destinataire. La non application de cette règle ne constitue cependant pas une dérogation à proprement parler puisque cet article 53*bis* précité prévoit qu’il s’applique “sauf si la loi en dispose autrement”, ce qui est le cas en l’occurrence.

Art. 5 à 7

Ces articles abrogent les articles 21*bis*, 41*sexies* et 62*bis* de la loi du 24 décembre 1993.

Art. 8

Cet article est relatif à la date d’entrée en vigueur de la loi.

Voici, Mesdames et Messieurs, la portée des dispositions que le gouvernement a l’honneur de soumettre à votre approbation.

Le premier ministre,

Herman VAN ROMPUY

Le ministre de la Justice,

Stefaan DE CLERCK

La ministre de l’Intérieur,

Annemie TURTELBOOM

VOORONTWERP VAN WET

onderworpen aan het advies van de Raad van State

Voorontwerp van wet houdende tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

HOOFDSTUK 1**Algemene bepalingen****Artikel 1**

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

Ze zorgt met name voor de omzetting van:

1° de richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten;

2° gedeeltelijk artikel 49 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten;

3° gedeeltelijk artikel 41 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

HOOFDSTUK 2

Invoeging van een nieuw boek in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

Art. 2

In de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten wordt boek III vernummerd tot boek IV. De artikelen 65*bis*, 66, 67, 68 en 69 worden respectievelijk vernummerd tot de artikelen 100, 101, 102, 103 en 104.

Art. 3

In dezelfde wet wordt een boek III ingevoegd, luidende:

AVANT-PROJET DE LOI

soumis à l'avis du Conseil d'État

Avant-projet de loi introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

CHAPITRE 1^{ER}**Dispositions générales****Article 1^{er}**

La présente loi règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution.

Elle transpose notamment :

1° la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics;

2° partiellement l'article 49 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;

3° partiellement l'article 41 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

CHAPITRE 2

Introduction d'un nouveau livre dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Art. 2

Dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le livre III est renuméroté livre IV et les articles 65*bis*, 66, 67, 68, 69 sont renumérotés articles 100, 101, 102, 103 et 104.

Art. 3

Dans la même loi, il est inséré un livre III rédigé comme suit:

“BOEK III – MOTIVERING, INFORMATIE EN RECHTSMID-
DELEN INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN EN SOM-
MIGE OPDRACHTEN VOOR AANNEMING VAN WERKEN,
LEVERINGEN EN DIENSTEN

TITEL I

Algemene bepalingen en definities

Art. 66

In de zin van dit boek wordt verstaan onder:

1° de klassieke sectoren: de sectoren onderworpen aan de bepalingen van boek I, titels I tot III van de wet;

2° de speciale sectoren: de sectoren onderworpen aan de bepalingen van boek I, titel I en IV of boek II van de wet;

3° opdracht: de overheidsopdracht of de opdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten, de raam-overeenkomst, de prijsvraag voor ontwerpen, het opstellen van een lijst van geselecteerde kandidaten, het kwalificatie-systeem en de concessie voor openbare werken, als bedoeld in deze wet;

4° aanbestedende instantie: de aanbestedende overheid, het overheidsbedrijf of de aanbestedende dienst als bedoeld in deze wet;

5° kandidaat: de aannemer, leverancier of dienstverlener die een aanvraag tot deelneming indient met het oog op zijn selectie of zijn kwalificatie;

6° betrokken kandidaat: de kandidaat aan wie de aanbestedende instantie, naar aanleiding van een opdracht, de motieven voor zijn niet-selectie niet heeft meegedeeld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van de toewijzingsbeslissing;

7° inschrijver: de aannemer, leverancier, dienstverlener of gegadigde die een offerte indient;

8° betrokken inschrijver: de inschrijver die niet definitief is uitgesloten van deelname aan de procedure ingevolge een gemotiveerde beslissing waarvan hij in kennis is gesteld en waartegen geen verhaal meer kan worden aangetekend bij de verhaalinstantie of die wettig is bevonden door de verhaalinstantie;

9° verhaalinstantie: het in artikel 90 bedoelde rechtscollege;

10° toewijzing van de opdracht: de beslissing van de aanbestedende instantie om de gekozen inschrijver aan te wijzen;

11° gunning van de opdracht: de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbestedende instantie en de begunstigde;

“LIVRE III – MOTIVATION, INFORMATION ET VOIES DE
RECOURS EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS ET DE
CERTAINS MARCHES DE TRAVAUX, DE FOURNITURES
ET DE SERVICES

TITRE I^{ER}

Dispositions générales et définitions

Art. 66

Au sens du présent livre, on entend par:

1° les secteurs classiques: les secteurs visés par les dispositions du livre premier, titres I^{er} à III de la loi;

2° les secteurs spéciaux: les secteurs visés par les dispositions du livre premier, titres I^{er} et IV, ou du livre II de la loi;

3° marché: le marché public ou le marché de travaux, de fournitures ou de services, l'accord-cadre, le concours de projets, l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés, le système de qualification et la concession de travaux publics, au sens de la présente loi;

4° autorité adjudicatrice: le pouvoir adjudicateur, l'entreprise publique ou l'entité adjudicatrice au sens de la présente loi;

5° candidat: l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui introduit une demande de participation en vue de sa sélection ou de sa qualification;

6° candidat concerné: le candidat à qui l'autorité adjudicatrice, à l'occasion d'un marché, n'a pas notifié les motifs de sa non-sélection avant que la décision d'attribution soit notifiée aux soumissionnaires concernés;

7° soumissionnaire: l'entrepreneur, le fournisseur, le prestataire de services ou le candidat sélectionné qui remet une offre;

8° soumissionnaire concerné: le soumissionnaire non définitivement exclu de la participation à la procédure par une décision motivée qui lui a été notifiée et qui n'est plus susceptible d'un recours devant l'instance de recours ou qui a été jugée licite par l'instance de recours;

9° instance de recours: la juridiction visée à l'article 90;

10° attribution du marché: la décision prise par l'autorité adjudicatrice désignant le soumissionnaire retenu;

11° conclusion du marché: la naissance du lien contractuel entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire;

12° begunstigde: de inschrijver aan wie de opdracht is gegund;

13° opdrachtdocumenten: de documenten die op de opdracht toepasselijk zijn, met inbegrip van alle aanvullende documenten en andere documenten waarnaar deze verwijzen. Ze omvatten in voorkomend geval de aankondiging van opdracht en het bestek dat de bijzondere bepalingen bevat die op de opdracht toepasselijk zijn;

Art. 67

Dit boek heeft hetzelfde toepassingsgebied als boek I of boek II, al naargelang het ene of het andere toepasselijk is.

TITEL II

Opdrachten die de Europese drempels bereiken

HOOFDSTUK 1

Toepassingsgebied

Art. 68

Deze titel is van toepassing op de opdrachten die het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking bereiken.

Wat betreft de defensieopdrachten als bedoeld in artikel 296, § 1, b, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap zijn evenwel enkel van toepassing, de artikelen 69, 70, 72, 73, 75, 79, 80, 81, 88, 89, 90 en 91.

Wanneer de oorspronkelijke raming van de opdracht lager is dan het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking, maar het goed te keuren offertebedrag evenwel hoger is dan 20% van dit door de Koning vastgestelde bedrag, is deze titel van toepassing, met uitzondering van artikel 77, 1°.

HOOFDSTUK 2

Gemotiveerde beslissing

Art. 69

De aanbestedende instantie stelt een gemotiveerde beslissing op:

1° wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

2° wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de klassieke sectoren;

3° wanneer ze beslist over de kwalificatie of de intrekking van de kwalificatie in het kader van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren;

12° adjudicataire: le soumissionnaire avec qui le marché est conclu;

13° documents du marché: les documents applicables au marché, y inclus tous les documents complémentaires et les autres documents auxquels ils se réfèrent. Ils comprennent, le cas échéant, l'avis de marché et le cahier spécial des charges contenant les conditions particulières applicables au marché;

Art. 67

Le présent livre a le même champ d'application que le livre I ou le livre II selon que l'un ou l'autre s'applique.

TITRE II

Marchés atteignant les seuils européens

CHAPITRE 1^{ER}

Champ d'application

Art. 68

Le présent titre s'applique aux marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne.

En ce qui concerne les marchés en matière de défense visés à l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité instituant la Communauté européenne, seuls les articles 69, 70, 72, 73, 75, 79, 80, 81, 88, 89, 90 et 91 sont cependant applicables.

Lorsque l'estimation initiale du marché est inférieure au montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, mais que le montant de l'offre à approuver est cependant supérieur de plus de 20% à ce montant fixé par le Roi, le présent titre est applicable, à l'exception de l'article 77, 1°.

CHAPITRE 2

Décision motivée

Art. 69

L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée:

1° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité;

2° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques;;

3° lorsqu'elle décide de la qualification ou du retrait de la qualification dans les secteurs spéciaux;

4° wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de gunningsprocedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat;

5° wanneer ze een opdracht toewijst, ongeacht de procedure;

6° wanneer ze afziet van het gunnen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven.

In de gevallen vermeld in het eerste lid, 1° en 2°, dienen de motieven van de beslissing op het ogenblik van de beslissing te bestaan, maar kan de gemotiveerde beslissing a posteriori worden opgesteld, uiterlijk door ze op te nemen in de toewijzingsbeslissing bedoeld in het eerste lid, 5°.

Indien toepassing kan worden gemaakt van de artikelen 17, § 2, 1°, b en c, 39, § 2, 1°, c, 3°, b en c, en 59, § 2, 1°, d, 4°, b en c, kan de toewijzingsbeslissing bedoeld in het eerste lid, 5°, a posteriori worden opgesteld, uiterlijk de tiende dag na de beslissing.

Art. 70

De in artikel 69 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de procedure en het soort beslissing:

1° de naam en het adres van de aanbestedende instantie, het voorwerp van de opdracht en het goed te keuren opdrachtbedrag;

2° in geval van onderhandelingsprocedure, de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van deze procedure rechtvaardigen of mogelijk maken;

3° de namen van de kandidaten of inschrijvers;

4° ingeval van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren:

a. de namen van de gekwalificeerde en niet-gekwaliificeerde kandidaten en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben en die gebaseerd zijn op de kwalificatiecriteria en -regels;

b. de namen van de kandidaten waarvan de kwalificatie is ingetrokken en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben en die gebaseerd zijn op de kwalificatiecriteria en -regels;

5° de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben;

6° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen;

4° lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation;

5° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;

6° lorsqu'elle renonce à l'attribution d'un marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1^{er}, 1° et 2°, les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise mais la décision motivée peut cependant être établie a posteriori, et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution du marché visée au 5° du premier alinéa.

Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1^{er}, 5°, la décision motivée peut, en cas d'impossibilité avérée, être établie a posteriori, et au plus tard dans les dix jours qui suivent la décision, dans les hypothèses visées aux articles 17, § 2, 1°, b et c, 39, § 2, 1°, c, 3°, b et c, et 59, § 2, 1°, d, 4°, b et c.

Art. 70

La décision motivée visée à l'article 69 comporte, selon la procédure et le type de décision:

1° le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, l'objet et le montant du marché à approuver;

2° en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure;

3° les noms des candidats ou des soumissionnaires;

4° en cas de système de qualification dans les secteurs spéciaux:

a. les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification;

b. les noms des candidats dont la qualification est retirée et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification;

5° les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes;

6° les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;

7° de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben;

8° de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het gunnen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die wordt gevolgd.

Art. 71

De in artikel 70 bedoelde beslissing geldt als proces-verbaal en wordt, op haar verzoek, overgelegd aan de Europese Commissie. Behalve voor de opdrachten gegund in de speciale sectoren wordt dit proces-verbaal aangevuld met de vermelding van het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming zal worden gegeven, voor zover dat gekend is.

HOOFDSTUK 3

Informatie aan kandidaten en inschrijvers

Art. 72

§ 1. Wanneer de gunningsprocedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, deelt de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde selectiebeslissing, aan elke niet-geselecteerde kandidaat mee:

1° de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing;

2° ingeval van een beperking van het aantal geselecteerde kandidaten op basis van een rangschikking, de gemotiveerde selectiebeslissing.

De uitnodiging tot het indienen van een offerte mag niet aan de geselecteerde kandidaten worden gericht vóór de verzending van deze informatie.

§ 2. Ingeval van het instellen en het beheer van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren deelt de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde kwalificatiebeslissing, aan elke niet-gekwalificeerde aanvrager de motieven voor zijn niet-kwalificatie mee, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing. Deze mededeling gebeurt onverwijld en uiterlijk binnen de vijftien dagen vanaf de datum van de beslissing.

Voorafgaandelijk aan de intrekking van de kwalificatie van een aannemer, leverancier of dienstverlener brengt de aanbestedende instantie hem, tenminste vijftien dagen vóór de datum bepaald voor de intrekking van de kwalificatie, schriftelijk op de hoogte van haar voornemen en van de redenen die dit rechtvaardigen, alsook van de mogelijkheid om zijn opmerkingen te laten gelden binnen dezelfde termijn.

7° les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue;

8° les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie.

Art. 71

La décision visée à l'article 70 vaut procès-verbal et est transmise, à sa demande, à la Commission européenne. Sauf pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux, ce procès-verbal est complété par l'indication de la part du marché qui sera sous-traitée, si celle-ci est connue.

CHAPITRE 3

Information des candidats et des soumissionnaires

Art. 72

§ 1^{er}. Lorsque la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation, dès qu'elle a pris la décision motivée de sélection, l'autorité adjudicatrice communique à tout candidat non sélectionné:

1° les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision;

2° en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la décision motivée de sélection.

L'invitation à présenter une offre ne peut être adressée aux candidats sélectionnés avant l'envoi de ces informations.

§ 2. En cas d'établissement et de gestion d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux, dès qu'elle a pris la décision motivée de qualification, l'autorité adjudicatrice communique à tout candidat non retenu, les motifs de sa non-qualification, extraits de cette décision. Cette communication a lieu dans les moindres délais et au plus tard dans les quinze jours à compter de la date de la décision.

Préalablement au retrait de la qualification d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services, l'autorité adjudicatrice informe celui-ci par écrit de cette intention et des raisons la justifiant au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification, ainsi que de la possibilité de faire part de ses observations dans ce même délai.

Art. 73

§ 1. Onmiddellijk na het nemen van de toewijzingsbeslissing deelt de aanbestedende overheid mee:

1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;

2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;

3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing.

De kennisgeving bedoeld in het eerste lid vermeldt ook:

1° de nauwkeurige vermelding van de exacte duur van de termijn bedoeld in artikel 76, eerste lid;

2° de aanbeveling om de aanbestedende instantie binnen diezelfde termijn te berichten per telefax, e-mail of een ander elektronisch middel indien de belanghebbende een vordering tot schorsing indient overeenkomstig artikel 76;

3° het telefaxnummer of het elektronisch adres waarnaar de in artikel 76, derde lid, bedoelde verwittiging kan worden verzonden.

De aanbestedende instantie verzendt deze informatie onverwijld per telefax of e-mail of een ander elektronisch middel, alsook, dezelfde dag, bij een ter post aangetekende brief.

§ 2. De in § 1 bedoelde kennisgeving doet geen enkele contractuele verbintenis ontstaan ten aanzien van de gekozen inschrijver en schorst de termijn tijdens dewelke de inschrijvers gebonden blijven door hun offerte, voor zover een dergelijk termijn toepasselijk is.

Voor alle voor die opdracht ingediende offertes eindigt de schorsing van de bedoelde termijn:

1° indien geen vordering tot schorsing is ingesteld als bedoeld in artikel 76, tweede lid, de laatste dag van de termijn bedoeld in artikel 76, eerste lid;

2° indien een vordering tot schorsing is ingesteld als bedoeld in artikel 76, tweede lid, de dag waarop de in artikel 80 vermelde verhaalinstantie een beslissing heeft genomen;

3° in elk geval ten laatste 45 dagen na de in § 1 bedoelde kennisgeving.

Art. 74

Onmiddellijk na het nemen van de beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht en, in voorkomend geval, een nieuwe opdracht uit te schrijven, deelt de aanbestedende instantie de gemotiveerde beslissing mee aan de betrokken kandidaten en inschrijvers.

Art. 73

§ 1^{er} - Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique:

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également:

1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 76, alinéa 1^{er};

2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit un recours en suspension conformément à l'article 76;

3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 76, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice envoie immédiatement ces informations par télécopieur, par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée à la poste.

§ 2. La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai soit applicable.

Pour l'ensemble des offres, la suspension de ce délai prend fin:

1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 76, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période prévue à l'article 76, alinéa 1^{er};

2° en cas de demande de suspension visée à l'article 76, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 80;

3° en tout cas au plus tard 45 jours après la communication visée au § 1^{er}.

Art. 74

Dès qu'elle a pris la décision de renoncer à l'attribution d'un marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché, l'autorité adjudicatrice communique la décision motivée aux candidats concernés et aux soumissionnaires.

Art. 75

De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van de gunning en uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.

In geval van een verhaalprocedure, moeten de verhaalinstantie en de aanbestedende instantie erop toezien **dat het vertrouwelijk karakter van de informatie, als bedoeld in het vorige lid, wordt nageleefd.**

Hoe dan ook hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de gunningsprocedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende overheid, zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen, naar gelang van het geval, over de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid en evaluatie van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om de procedure stop te zetten.

HOOFDSTUK 4

Wachttermijn

Art. 76

De gunning van de opdracht die volgt op de toewijzingsbeslissing, mag niet plaatsvinden vóór het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat de dag nadat de gemotiveerde beslissing aan de betrokken kandidaten en inschrijvers is verzonden. Deze verzending gebeurt per telefax of e-mail of een ander elektronisch middel, alsook, dezelfde dag, bij een ter post aangetekende brief. Indien deze verzendingen niet tegelijk gebeuren, gaat de termijn in de dag na de laatste verzendingsdatum

Wanneer een in artikel 80 bedoelde vordering tot schorsing van de uitvoering van de toewijzingsbeslissing wordt ingediend binnen de in het eerste lid vermelde termijn, mag de aanbestedende instantie de opdracht niet gunnen voordat de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, hetzij over de vordering tot schorsing.

Te dien einde wordt de indiener van de vordering uitgenodigd de aanbestedende instantie binnen die termijn per telefax, e-mail, of een ander elektronisch middel over de indiening van die vordering te berichten.

De opdracht mag worden gegund na afloop van de in het eerste lid bedoelde termijn, wanneer binnen de bedoelde termijn geen enkele vordering tot schorsing wordt ingediend.

Art. 75

L'autorité adjudicatrice et toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, ne divulguent aucun de ces renseignements. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Dans le cas d'une procédure de recours, l'instance saisie et l'autorité adjudicatrice veillent au respect du caractère confidentiel des renseignements résultant de l'alinéa précédent.

En toute hypothèse, quelles que soient les circonstances, les candidats, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'autorité adjudicatrice, aussi longtemps que l'autorité adjudicatrice n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à poursuivre la procédure.

CHAPITRE 4

Délai d'attente

Art. 76

La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés. Cet envoi est effectué par télécopieur, par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique, et, le même jour, par lettre recommandée à la poste. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours le lendemain du jour du dernier envoi

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution visée à l'article 80 est introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur le recours en suspension.

A cette fin, l'auteur de cette demande est invité à avertir l'autorité adjudicatrice dans ce délai, par télécopieur, courrier électronique ou tout autre moyen électronique, de l'introduction d'une telle demande.

La conclusion du marché peut avoir lieu au terme du délai visé à l'alinéa 1^{er} lorsqu'aucune demande de suspension n'est introduite dans le délai précité.

Het verbod om de opdracht te gunnen, strekt enkel tot voordeel van de indiener van een vordering tot schorsing binnen de in het eerste lid bedoelde termijn.

Art. 77

De opdracht mag worden gegund zonder toepassing te maken van artikel 76 in de volgende gevallen:

1° wanneer een voorafgaande Europese bekendmaking niet verplicht is;

2° wanneer de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken kandidaten zijn;

3° voor elke specifieke opdracht die gebaseerd is op een raamovereenkomst, als bedoeld in in de speciale sectoren.

Art. 78

De schorsing van de uitvoering van de toewijzingsbeslissing door de verhaalinstantie leidt van rechtswege tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met artikel 76 zou zijn gegund.

De aanbestedende instantie stelt de begunstigde onverwijld van deze schorsing in kennis en beveelt hem de uitvoering van de opdracht, al naargelang, niet te beginnen of stop te zetten.

Wanneer na de schorsing van rechtswege van de uitvoering van de opdracht geen enkele vordering tot nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing of tot onverbindendverklaring van de opdracht wordt ingediend binnen de toepasselijke termijnen bepaald in artikel 88, wordt de schorsing van de uitvoering van de toewijzingsbeslissing en van de opdracht opgeheven door de verhaalinstantie.

HOOFDSTUK 5

Verhaalprocedures

Afdeling 1

Vernietiging

Art. 79

Op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad bij het bekomen van een bepaalde opdracht en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld, kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen, waaronder degene die berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties, omdat deze beslissingen een machtsafwijding of een inbreuk vormen op:

L'interdiction de procéder à la conclusion du marché bénéficie au seul auteur d'une demande de suspension introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}.

Art. 77

La conclusion du marché peut avoir lieu sans appliquer l'article 76 dans les cas suivants:

1° lorsqu'une publication européenne préalable n'est pas obligatoire;

2° lorsque le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;

3° pour chaque marché spécifique fondé sur un accord-cadre, tel que visé dans les secteurs spéciaux.

Art. 78

La suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation de l'article 76.

L'autorité adjudicatrice informe l'adjudicataire sans délai de cette suspension et lui ordonne, selon le cas, de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché.

Lorsqu'après la suspension de plein droit de l'exécution du marché, aucune demande d'annulation de la décision d'attribution ou de déclaration d'absence d'effets du marché n'est introduite dans les délais applicables prévus à l'article 88, l'instance de recours lève la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché.

CHAPITRE 5

Des procédures de recours

Section 1

Annulation

Art. 79

À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent:

1° het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, alsook op de wet en haar uitvoeringsbesluiten;

2° de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn;

3° de opdrachtdocumenten.

Afdeling 2

Schorsing

Art. 80

Onder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 79 en zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist, kan de verhaalinstantie, eventueel op straffe van een dwangsom, de uitvoering van de in artikel 79 bedoelde beslissingen schorsen en, zolang het vernietigingsberoep bij hem aanhangig is:

1° de voorlopige maatregelen nemen om de beweerdde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;

2° de voorlopige maatregelen nemen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak.

Deze vordering wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, al naargelang.

De verhaalinstantie houdt rekening met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen.

De beslissing om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan, doet geen afbreuk aan de andere door de indiener ingeroepen rechten.

Afdeling 3

Schadevergoeding

Art. 81

De verhaalinstantie kent een schadevergoeding toe aan de personen die benadeeld zijn door één van de in artikel 79 genoemde schendingen die door de aanbestedende instantie zijn begaan en voorafgaan aan de gunning van de opdracht op voorwaarde dat de verhaalinstantie zowel de schade als het oorzakelijk verband tussen de schade en de beweerdde schending bewezen acht.

1° le droit communautaire en matière de marchés publics, ainsi que la loi et ses arrêtés d'exécution;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;

3° les documents du marché.

Section 2

Suspension

Art. 80

Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 79, l'instance de recours peut, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 79 et, aussi longtemps qu'elle demeure saisie d'un recours en annulation:

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Ce recours est introduit selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, selon le cas.

L'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

Section 3

Dommages et intérêts

Art. 81

L'instance de recours accorde des dommages et intérêts aux personnes lésées par une des violations visées à l'article 79 commise par l'autorité adjudicatrice et précédant la conclusion du marché, à condition que ladite instance considère comme établis tant le dommage que le lien causal entre celui-ci et la violation alléguée.

Wanneer er voor de opdrachten in de speciale sectoren, een vordering tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van de kosten voor het opstellen van een offerte of van de deelname aan een gunningsprocedure, volstaat het dat de indiener aantoonst dat er sprake is van een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de wet of van haar uitvoeringsbesluiten en dat hij reële kansen had om de opdracht toegewezen te bekomen wanneer deze schending niet zou zijn gebeurd.

Afdeling 4

Onverbindendverklaring

Art. 82

Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de verhaalinstantie de gegunde opdracht onverbindend in elk van de volgende gevallen:

1° onverminderd artikel 83, wanneer de aanbestedende instantie een opdracht heeft gegund zonder voorafgaande Europese bekendmaking, terwijl het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten dit nochtans vereisen;

2° wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft toegewezen zonder inachtneming van de in artikel 76, eerste lid, vermelde termijn, of zonder te wachten tot de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot schorsing, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, wanneer:

a) een inschrijver door deze schending geen vordering tot schorsing heeft kunnen instellen of voleindigen als bedoeld in artikel 76, tweede lid, en

b) deze schending gepaard gaat met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten die de kansen van een inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig heeft beïnvloed;

De aanbestedende instantie en de begunstigde worden betrokken in deze verhaalprocedure.

De vordering tot onverbindendverklaring van de opdracht kan samen met de in artikel 79 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk worden ingediend.

Art. 83

De in artikel 82, eerste lid, 1°, bedoelde onverbindendverklaring is niet toepasselijk indien de aanbestedende instantie, alhoewel ze van oordeel is dat de gunning van de opdracht zonder voorafgaande Europese bekendmaking toegestaan is op grond van de bepalingen van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten,

Toutefois, pour les marchés dans les secteurs spéciaux, lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est uniquement tenue de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise.

Section 4

Déclaration d'absence d'effets

Art. 82

À la demande de toute personne intéressée, l'instance de recours déclare dépourvu d'effets un marché attribué dans chacun des cas suivants:

1° sous réserve de l'article 83, lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu un marché sans une publicité européenne préalable, alors que cela est pourtant exigé par le droit communautaire en matière de marchés publics, par la loi ou ses arrêtés d'exécution;

2° lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché sans respecter le délai visé à l'article 76, alinéa 1^{er}, ou sans attendre que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, statue, soit sur la demande de suspension, soit sur la demande de mesures provisoires lorsque cette violation:

a) a privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension visé à l'article 76, alinéa 2, et

b) est accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et si cette dernière violation a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché;

L'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire sont appelés à la cause.

La demande de déclaration d'absence d'effets du marché peut être introduite avec la demande d'annulation visée à l'article 79 ou séparément.

Art. 83

La déclaration d'absence d'effets visée à l'article 82, alinéa 1^{er}, 1°, ne s'applique pas si l'autorité adjudicatrice, bien qu'estimant que la passation du marché sans une publicité européenne préalable est autorisée en vertu des dispositions du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution,

1° in het Publicatieblad van de Europese Unie vooraf een aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante heeft bekendgemaakt, overeenkomstig het door de Koning vastgestelde model, waarin ze te kennen geeft de opdracht te willen gunnen en;

2° de opdracht niet heeft gegund vóór het verstrijken van een termijn van ten minste tien dagen die ingaat de dag na de bekendmaking van de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De in het eerste lid bedoelde aankondiging wordt eveneens bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen, zonder dat deze laatste bekendmaking evenwel een toepassingsvoorwaarde vormt voor de in dit artikel bedoelde uitzondering op de onverbindendverklaring.

De bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen is facultatief voor de opdrachten onderworpen aan de bepalingen van boek II van de wet.

De in het eerste lid bedoelde aankondiging bevat de volgende informatie:

1° de naam en de contactgegevens van de aanbestedende instantie;

2° een omschrijving van het voorwerp van de opdracht;

3° de rechtvaardiging van de beslissing van de aanbestedende instantie om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande Europese bekendmaking;

4° de naam en de contactgegevens van de inschrijver ten aanzien van wie is beslist de opdracht toe te wijzen, en

5° in voorkomend geval, elke andere informatie die de aanbestedende instantie nuttig acht.

Alleen de aankondiging bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen geldt als officiële bekendmaking.

Art. 84

Wanneer ze de opdracht onverbindend verklaart, kan de verhaalinstantie beslissen om:

1° alle contractuele verbintenissen met terugwerkende kracht te vernietigen, of

2° de werking van de vernietiging te beperken tot de nog uit te voeren verbintenissen.

In het in het eerste lid, 2°, vermelde geval legt de verhaalinstantie tevens een straf op als bedoeld in artikel 87.

1° a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis de transparence ex ante volontaire, conformément au modèle fixé par le Roi, exprimant son intention de conclure le marché et;

2° n'a pas conclu le marché avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne.

L'avis visé à l'alinéa premier est également publié au Bulletin des Adjudications sans que cette dernière publication ne constitue une condition d'application de l'exception à l'absence d'effets prévue au présent article.

La publication au Bulletin des Adjudications est facultative pour les marchés soumis aux dispositions du livre II de la loi.

L'avis visé à l'alinéa 1^{er} contient les informations suivantes:

1° le nom et les coordonnées de l'autorité adjudicatrice;

2° la description de l'objet du marché;

3° la justification de la décision de l'autorité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publicité européenne préalable;

4° le nom et les coordonnées du soumissionnaire auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et

5° le cas échéant, toute autre information jugée utile par l'autorité adjudicatrice.

Seul l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications a valeur de publication officielle.

Art. 84

Lorsqu'elle déclare un marché dépourvu d'effets, l'instance de recours peut prononcer:

1° l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou

2° la limitation de la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées.

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 2°, l'instance de recours prononce également une pénalité financière visée à l'article 87.

Art. 85

De verhaalinstantie kan beslissen om een opdracht niet onverbindend te verklaren, ook al is die onwettig gegund om de in artikel 82 genoemde redenen, indien ze, na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, van mening is dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de rechtsgevolgen van de opdracht zouden blijven bestaan.

In dat geval legt de verhaalinstantie in de plaats daarvan één van de in artikel 87 bedoelde alternatieve sancties op.

Wat het niet onverbindend verklaren van een opdracht betreft, mogen economische belangen alleen als dwingende redenen worden beschouwd indien, in uitzonderlijke omstandigheden, de onverbindendheid onevenredig grote gevolgen zou hebben.

Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de opdracht in kwestie, kunnen evenwel niet als dwingende redenen van algemeen belang in aanmerking worden genomen. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de opdracht omvatten onder meer de kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de opdracht, de kosten van een nieuwe gunningsprocedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de opdracht moet uitvoeren, en de kosten van de juridische verplichtingen die voortvloeien uit de onverbindendheid.

Art. 86

Behalve in de in de artikelen 78, en 82 tot 85 genoemde gevallen kan de opdracht, zodra die is gegund, niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van de het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten.

Afdeling 5

Alternatieve sanctionering

Art. 87

§ 1. Bij wijze van alternatieve sanctie kan de verhaalinstantie, ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende, de looptijd van de opdracht inkorten of de aanbestedende instantie een straf opleggen.

De aanbestedende instantie en de begunstigde worden betrokken in deze verhaalprocedure.

De straf bedraagt maximum 15% van het goedgekeurd opdrachtbedrag exclusief BTW.

De opgelegde sanctie is doeltreffend, evenredig en afschrikkend.

Art. 85

L'instance de recours a la faculté de ne pas considérer un marché dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 82, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus.

Dans ce cas, l'instance de recours prononce à titre de substitution une des sanctions visées à l'article 87.

En ce qui concerne la décision de ne pas déclarer un marché dépourvu d'effets, l'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 86

Sauf dans les cas prévus aux articles 78 et 82 à 85, le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution.

Section 5

Sanctions de substitution

Art. 87

§ 1^{er}. À titre de sanction de substitution, l'instance de recours peut, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, abréger la durée du marché ou imposer une pénalité financière à l'autorité adjudicatrice.

L'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire sont appelés à la cause.

La pénalité financière s'élève au maximum à 15% du montant hors TVA du marché attribué.

La sanction prononcée est effective, proportionnée et dissuasive.

Wanneer ze een sanctie oplegt, kan de verhaalinstantie alle relevante factoren in aanmerking nemen, waaronder de ernst van de schending, de houding van de aanbestedende instantie en de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft.

De toekenning van schadevergoeding vormt geen sanctie als bedoeld in dit artikel.

§ 2. Op verzoek van elke belanghebbende en na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, legt de verhaalinstantie een alternatieve sanctie op als bedoeld in § 1 wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gegund in strijd met artikel 76, eerste en tweede lid, waarbij deze schending evenwel:

1° voor de inschrijver geen belemmering vormde om een vordering tot schorsing in te stellen als bedoeld in artikel 76, tweede lid, en

2° niet gepaard ging met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, waardoor de kansen van de inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig zouden zijn beïnvloed.

De straffen die bij wijze van alternatieve sanctie worden uitgesproken, worden gestort aan de Schatkist.¹

Afdeling 6

Verhaaltermijnen

Art. 88

De verhaalprocedures worden, op straffe van niet-ontvankelijkheid, ingesteld binnen de volgende termijnen vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang het geval:

1° de in artikel 79 bedoelde vordering tot vernietiging: binnen een termijn van zestig dagen;

2° de in artikel 80 bedoelde vordering tot schorsing: binnen een termijn van vijftien dagen. Ingeval toepassing wordt gemaakt van artikel 83, bedraagt de termijn tien dagen;

3° de in artikel 81 bedoelde vordering tot schadevergoeding: binnen een termijn van vijf jaar;

4° de in artikel 82 bedoelde vordering tot onverbindend-verklaring:

i) binnen een termijn van dertig dagen die ingaat de dag nadat de aanbestedende instantie:

a) de aankondiging van gegunde opdracht heeft bekendgemaakt overeenkomstig de door de Koning vastgestelde bepalingen, wanneer de aanbestedende instantie beslist heeft deze opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking

Lorsqu'elle prononce une sanction, l'instance de recours peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement de l'autorité adjudicatrice et la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction au sens du présent article.

§ 2. A la demande de toute personne intéressée et après avoir apprécié tous les aspects pertinents, l'instance de recours prononce une sanction de substitution visée au § 1^{er} lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché en méconnaissance de l'article 76, alinéas 1^{er} et 2, sans toutefois que cette violation:

1° ait privé le soumissionnaire de la possibilité d'engager un recours en suspension visé à l'article 76, alinéa 2, et

2° soit accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution, et que cette dernière violation ait pu compromettre les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché.

Les pénalités financières prononcées comme sanctions de substitution sont versées au Trésor public.¹

Section 6

Délais de recours

Art. 88

Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais suivants à compter de la publication, de la notification ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas:

1° pour les recours en annulation visés à l'article 79: dans un délai de soixante jours;

2° pour les recours en suspension visés à l'article 80: dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 83, le délai est de dix jours;

3° le recours en dommages et intérêts visé à l'article 81: dans un délai de cinq ans;

4° le recours en déclaration d'absence d'effets visé à l'article 82:

i) dans un délai de trente jours à compter du lendemain du jour où l'autorité adjudicatrice:

a) a publié l'avis d'attribution du marché conformément aux dispositions arrêtées par le Roi, lorsque l'autorité adjudicatrice a décidé d'attribuer ce marché sans publication préalable d'un avis au Journal officiel de l'Union européenne au Bulletin des

van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen en de aankondiging van gegunde opdracht de rechtvaardiging van deze beslissing bevat, of

b) de betrokken kandidaten en inschrijvers ervan in kennis heeft gesteld dat de opdracht werd gegund en hen tegelijk de gemotiveerde beslissing heeft meegedeeld die op hen betrekking heeft;

ii) binnen een termijn van zes maanden die ingaat de dag nadat de opdracht werd toegewezen: wanneer de aanbestedende instantie de bepalingen van i) niet naleeft;

5° de in artikel 87 bedoelde vordering tot alternatieve sancties: binnen een termijn van zes maanden.

Afdeling 7

Tergende en roekeloze verhaalprocedure

Art. 89

Ingeval van een tergende en roekeloze verhaalprocedure kan de verhaalinstantie, op verzoek van de aanbestedende instantie of de begunstigde van de beslissing, aan de aanbestedende instantie of aan de begunstigde een passende schadevergoeding toekennen ten laste van de verzoeker. Het bedrag van de schadevergoeding mag in geen geval 5% van het toegewezen opdrachtbedrag overschrijden.

Afdeling 8

Verhaalinstanties

Art. 90

Voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 79 en 80 is de verhaalinstantie:

1° de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

2° de gewone rechter wanneer de aanbestedende instantie geen overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 81, 82 en 87 is de verhaalinstantie de gewone rechter. Voor de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties zetelt de rechter zoals in kort geding.

Adjudications et que l'avis d'attribution du marché contient la justification de cette décision, ou

b) a informé les candidats concernés et les soumissionnaires concernés de la conclusion du contrat en leur communiquant simultanément la décision motivée les concernant;

ii) ou, lorsque l'autorité adjudicatrice ne respecte pas les dispositions du i), dans les six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché;

5° les recours relatifs à des sanctions de substitution visées à l'article 87: dans un délai de six mois.

Section 7

Recours téméraire et vexatoire

Art. 89

En cas de recours téméraire et vexatoire, à la demande de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte, l'instance de recours peut octroyer une indemnisation adéquate à l'autorité adjudicatrice ou au bénéficiaire à charge du requérant. Le montant de l'indemnité ne peut en aucun cas dépasser 5% du montant du marché attribué.

Section 8

Instances de recours

Art. 90

L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 79 et 80 est:

1° la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;

2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Pour les procédures de recours visées aux articles 81, 82 et 87, l'instance de recours est le juge judiciaire. Pour la déclaration d'absence d'effets et les sanctions alternatives, le juge siège comme en référé.

Art. 91

Tenzij de bepalingen van deze wet hiervan afwijken, worden de bevoegdheids- en procedurevoorschriften voor de verhaalinstantie bepaald door de wetten en besluiten betreffende de verhaalinstantie.

Wanneer de verhaalinstantie een vordering tot schorsing van de uitvoering van de toewijzingsbeslissing ontvangt, deelt zij dit onmiddellijk mee aan de aanbestedende instantie, voor zover de vordering de identificatie van deze laatste toelaat.

TITEL III

Opdrachten die de Europese drempels niet bereiken

HOOFDSTUK 1

Toepassingsgebied

Art. 92

Deze titel is toepasselijk op de opdrachten die het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking niet bereiken.

Het is eveneens toepasselijk op de defensie-opdrachten, als bedoeld in artikel 296, § 1, b, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

HOOFDSTUK 2

Gemotiveerde beslissing, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn

Art. 93

De artikelen 69 tot 75 zijn toepasselijk op de opdrachten bedoeld in deze titel. De Koning kan voorzien in uitzonderingen voor bepaalde soorten opdrachten en voor opdrachten beneden bepaalde bedragen.

Art. 94

De aanbestedende instantie kan de artikelen 76 tot 78 op de opdrachten bedoeld in deze titel toepasselijk maken.

HOOFDSTUK 3

Verhaalprocedures

Art. 95

De artikelen 79 tot 81 zijn toepasselijk op de opdrachten onderworpen aan de bepalingen van deze titel.

Art. 91

À moins que des dispositions de la présente loi n'y dérogent, les règles de compétence et de procédure devant l'instance de recours sont celles fixées par les lois et arrêtés relatifs à l'instance de recours.

Lorsque l'instance de recours reçoit une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution, elle en informe immédiatement l'autorité adjudicatrice, pour autant que cette demande permette l'identification de cette autorité.

TITRE III

Marchés n'atteignant pas les seuils européens

CHAPITRE 1^{ER}**Champ d'application**

Art. 92

Le présent titre s'applique aux marchés n'atteignant pas le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne.

Il s'applique également aux marchés en matière de défense visés à l'article 296, § 1^{er}, b, du traité instituant la Communauté européenne.

CHAPITRE 2

Décision motivée, information des candidats et des soumissionnaires et délai d'attente

Art. 93

Les articles 69 à 75 sont applicables aux marchés visés au présent titre. Le Roi peut prévoir des exceptions pour certains types de marchés et pour des marchés n'atteignant pas certains montants.

Art. 94

L'autorité adjudicatrice peut rendre applicables les articles 76 à 78 aux marchés visés au présent titre.

CHAPITRE 3

Procédures de recours

Art. 95

Les articles 79 à 81 sont applicables aux marchés visés par le présent titre.

Art. 96

Wanneer de aanbestedende instantie de artikelen 76 tot 78 vrijwillig toepasselijk maakt op de opdrachten onderworpen aan de bepalingen van deze titel, zijn de artikelen 82 tot 87 niet toepasselijk.

Art. 97

De artikelen 88 tot 90 zijn toepasselijk op de opdrachten onderworpen aan de bepalingen van deze titel.

TITEL IV

Correctiemechanisme

Art. 98

§ 1. De Europese Commissie kan de in de tweede tot vijfde paragraaf bedoelde procedure hanteren wanneer zij, vóór de toewijzing van de opdracht, van oordeel is dat een ernstige schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten is begaan tijdens een gunningsprocedure die tot de werkingssfeer van hoofdstuk 2 van deze wet behoort.

§ 2. De Europese Commissie stelt de Belgische Staat in kennis van de redenen waarom zij tot de conclusie is gekomen dat een ernstige schending is begaan en vraagt deze op passende wijze ongedaan te maken.

§ 3. Binnen 21 kalenderdagen na ontvangst van de in de tweede paragraaf bedoelde kennisgeving, stelt de Belgische Staat de Commissie in kennis van:

- a) de bevestiging dat de schending ongedaan is gemaakt;
- b) een met redenen omkleed oordeel waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen, of
- c) een kennisgeving waarin staat dat de gunningsprocedure is geschorst, hetzij op initiatief van de aanbestedende instantie, hetzij in het kader van de uitoefening van de in artikel 16 vermelde bevoegdheden.

§ 4. Een met redenen omkleed oordeel meegedeeld volgens § 3, punt b), kan onder meer gebaseerd zijn op het feit dat tegen de beweerdte inbreuk beroep bij een rechter of beroep is ingesteld. In dat geval deelt de Belgische Staat de Europese Commissie het resultaat van deze procedures mee, zodra dit bekend is.

§ 5. In geval van kennisgeving waarbij wordt meegedeeld dat een gunningsprocedure is geschorst overeenkomstig § 3, punt c), stelt de betrokken lidstaat de Europese Commissie ervan in kennis dat de schorsing is ingetrokken of dat een andere gunningsprocedure is uitgeschreven die volledig of gedeeltelijk verband houdt met de voorafgaande procedure. Deze nieuwe kennisgeving moet bevestigen dat de beweerdte

Art. 96

Si l'autorité adjudicatrice fait application volontaire des articles 76 à 78 pour les marchés visés par le présent titre, les articles 82 à 87 ne sont pas applicables.

Art. 97

Les articles 88 à 90 sont applicables aux marchés visés par le présent titre.

TITRE IV

Mécanisme correcteur

Art. 98

§ 1^{er}. La Commission européenne peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un marché, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application du chapitre 2 de la présente loi.

§ 2. La Commission européenne notifie à l'État belge les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

§ 3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État belge communique à la Commission:

- a) la confirmation que la violation a été corrigée;
- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative de l'autorité adjudicatrice, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 16.

§ 4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, point b), peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'une autre nature. Dans ce cas, l'État belge informe la Commission européenne du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

§ 5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, point c), l'État membre concerné notifie à la Commission européenne la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette notification confirme que la violation alléguée a été cor-

schending ongedaan is gemaakt of moet een met redenen omkleed oordeel bevatten waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie heeft plaatsgevonden.

§ 6. Wanneer de Europese Commissie de in de tweede tot vijfde paragraaf bedoelde procedure hanteert, is de betrokken aanbestedende instantie verplicht samen te werken met de overheden belast met het overmaken van een antwoord aan Europese Commissie. De aanbestedende instantie is met name verplicht de Eerste Minister langs de snelst mogelijke kanalen, binnen 10 dagen na ontvangst van de kennisgeving van de Europese Commissie, alle documenten en inlichtingen over te leggen die noodzakelijk zijn voor een afdoend antwoord.”.

HOOFDSTUK 3

Wijzigings-, opheffings- en slotbepalingen

Art. 4

In boek IV van dezelfde wet wordt een artikel 98 ingediend, luidende:

“Art. 99. De berekening van de in deze wet bepaalde termijnen gebeurt overeenkomstig de verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad, van 3 juni 1971, houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden in het Gemeenschapsrecht.”.

Art. 5. In dezelfde wet wordt artikel 21*bis* opgeheven.

Art. 6. In dezelfde wet wordt artikel 41*sexies* opgeheven.

Art. 7. In dezelfde wet wordt artikel 62*bis* opgeheven.

Art. 8. De Koning bepaalt de datum van inwerkingtreding van deze wet.

De overheidsopdrachten en de opdrachten bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, zonder een aankondiging bekend te maken, de uitnodiging tot het indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte vóór deze datum plaatsvond, blijven onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of de uitnodiging.

rigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.

§ 6. Lorsque la Commission européenne invoque la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5, l'autorité adjudicatrice concernée est tenue de collaborer avec les autorités chargées de communiquer une réponse à la Commission européenne. L'autorité adjudicatrice est notamment tenue de produire par les voies les plus rapides au Premier Ministre, dans les dix jours de la réception de la notification de la Commission européenne, tous documents et renseignements nécessaires à assurer une réponse satisfaisante.”.

CHAPITRE 3

Dispositions modificatives, abrogatoires et finales

Art. 4

Dans le livre IV de la même loi, un article 98 est inséré, rédigé comme suit:

“Art. 99. Le calcul des délais fixés dans la présente loi s'opère conformément au règlement (CEE, Euratom) n°1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire.”.

Art. 5. L'article 21*bis* de la même loi est abrogé.

Art. 6. L'article 41*sexies* de la même loi est abrogé.

Art. 7. L'article 62*bis* de la même loi est abrogé.

Art. 8. Le Roi fixe la date de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Les marchés publics et les marchés publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une demande de participation ou à remettre offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 47 322/1
van 29 oktober 2009

De Raad van State, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 19 oktober 2009 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, verlengd tot 5 november 2009, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", heeft het volgende advies gegeven:

Overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter gemotiveerd

"par l'obligation d'assurer la transposition pour le 20 décembre 2009 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics".

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het invoegen van een nieuw boek III in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Met die invoeging wordt een dubbel oogmerk nagestreefd.

In de eerste plaats wordt ermee de omzetting in het interne recht beoogd van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (ontworpen titel II van boek III van de wet van 24 december 1993). Deze richtlijn dient te zijn omgezet tegen uiterlijk 20 december 2009 (1) en beoogt in essentie de beroepsprocedures ingeval van plaatsing van overheidsopdrachten efficiënter te laten verlopen.

Daarnaast strekt het ontwerp ertoe om het toepassingsgebied van sommige van de procedurevoorschriften die ter omzetting van de voornoemde richtlijn 2007/66/EG in de wet van 24 december 1993 worden ingeschreven, uit te breiden

¹ Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2007/66/EG.

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 47 322/1
du 22 octobre 2009

Le Conseil d'État, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 19 octobre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, prorogé jusqu'au 5 novembre 2009, sur un avant-projet de loi "introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", a donné l'avis suivant:

Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée

"par l'obligation d'assurer la transposition pour le 20 décembre 2009 de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics".

*
* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis tend à insérer un nouveau livre III dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Cette insertion poursuit un double objectif.

En premier lieu, elle vise à transposer en droit interne la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (titre II en projet du livre III de la loi du 24 décembre 1993). Cette directive doit être transposée au plus tard le 20 décembre 2009 (1) et vise essentiellement à rendre plus efficaces les procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

En outre, le projet a pour objet d'étendre aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux directives européennes relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics (titre III en projet du livre III de la loi du

¹ Article 3, paragraphe 1, de la directive 2007/66/CE.

tot de opdrachten die niet zijn onderworpen aan de Europese richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (ontworpen titel III van boek III van de wet van 24 december 1993) (2).

Algemene opmerkingen

1. De richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van 31 maart 2004 zijn in de Belgische rechtsorde omgezet door, enerzijds, de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en, anderzijds, wat de rechtsbescherming betreft, door de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze beide wetten zijn nog niet in werking getreden.

Het om advies voorgelegde ontwerp van wet strekt tot het omzetten van richtlijn 2007/66/EG door middel van het invoegen van een aantal bepalingen in de wet van 24 december 1993, die nog steeds van kracht is. De laatstgenoemde richtlijn verwijst voor haar toepassing evenwel naar de overheidsopdrachten bedoeld in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Vraag is derhalve of de omzetting van richtlijn 2007/66/EG op volledige en correcte wijze kan gebeuren door middel van een wijziging van de wet van 24 december 1993, terwijl de omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG niet door die wet, doch wel door de voornoemde, nog niet in werking getreden wetten van 15 en 16 juni 2006, is gebeurd.

Naar het zeggen van de gemachtigde is het de bedoeling dat tevens een ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 juni 2006 zou worden ingediend en dat tegelijk de wet van 16 juni 2006 zou worden opgeheven.

Voorts verduidelijkte de gemachtigde wat volgt:

“Overwegende dat:

— door de verschillende aanpassingen van de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten, waarbij inzonderheid wordt verwezen naar het laatste aanpassingsbesluit van 29-09-2009 (BS, 2-10-2009), is voorzien in de omzetting van de dwingende bepalingen van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG;

— daarmee het toepassingsgebied ten opzichte van de richtlijn 2007/66/EG strikt genomen is afgedekt;

— eerstdaags een wetsontwerp zal worden ingediend dat zal strekken tot de invoeging van analoge bepalingen

² Bedoeld worden richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

24 décembre 1993) le champ d'application de certaines règles de procédure, inscrites dans la loi du 24 décembre 1993 en vue de la transposition de la directive 2007/66/CE précitée (22).

Observations générales

1. Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 ont été transposées dans l'ordre juridique belge, d'une part, par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, d'autre part, en ce qui concerne la protection juridique, par la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Ces deux lois ne sont pas encore entrées en vigueur.

Le projet de loi soumis pour avis tend à transposer la directive 2007/66/CE en insérant un certain nombre de dispositions dans la loi du 24 décembre 1993, qui est toujours en vigueur. Cette dernière directive se réfère toutefois, quant à son application, aux marchés publics visés dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. La question se pose donc de savoir si la directive 2007/66/CE peut être transposée intégralement et correctement en modifiant de la loi du 24 décembre 1993, alors que les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE n'ont pas été transposées par cette loi, mais par les lois précitées des 15 et 16 juin 2006 qui ne sont pas encore entrées en vigueur.

Selon le délégué, il est envisagé d'introduire également un projet de loi modifiant la loi du 15 juin 2006 et d'abroger en même temps la loi du 16 juin 2006.

Le délégué a encore précisé ce qui suit:

“Overwegende dat:

— door de verschillende aanpassingen van de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten, waarbij inzonderheid wordt verwezen naar het laatste aanpassingsbesluit van 29-09-2009 (BS, 2-10-2009), is voorzien in de omzetting van de dwingende bepalingen van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG;

— daarmee het toepassingsgebied ten opzichte van de richtlijn 2007/66/EG strikt genomen is afgedekt;

— eerstdaags een wetsontwerp zal worden ingediend dat zal strekken tot de invoeging van analoge bepalingen

² Sont visées la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

in de nieuwe wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 (zij het afgestemd op het ruimer toepassingsveld van deze wet, d.w.z. rekening houdende met de in de richtlijnen 2004/17 en 18 bedoelde — facultatieve — bepalingen omtrent het dynamisch aankoopstelsel, de raamovereenkomst in de klassieke sectoren, ...) en waarin verder zal worden voorzien in de opheffing van de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, is de omzetting van de richtlijn 2007/66/E.G. o.i. wel degelijk verzekerd”.

2. Diverse bepalingen van het ontwerp vertonen discordanties tussen de Nederlandse en de Franse tekst. Een aantal van de meest in het oog springende discordanties worden vermeld bij de artikelsgewijze opmerkingen. Het staat evenwel aan de stellers om de tekst van het ontwerp vanuit die optiek aan een bijkomend en systematisch onderzoek te onderwerpen.

Tevens moet erop worden toegezien dat in zowel de Nederlandse als de Franse tekst van het ontwerp een uniforme terminologie wordt gehanteerd. Dat is nu niet steeds het geval. Zo wordt bijvoorbeeld het in de Franse tekst voorkomende begrip “autorité adjudicatrice” in de Nederlandse tekst weergegeven door zowel “aanbestedende overheid” als “aanbestedende instantie” (3). In de ontworpen artikelen 73, § 1, tweede lid, 2° en 3°, en 76, derde lid, is in de Franse tekst telkens sprake van een “avertissement”. In de overeenstemmende bepalingen in de Nederlandse tekst wordt nu eens de term “berichten”, dan weer de term “verwittigen” gebruikt. Het spreekt voor zich dat de Nederlandse tekst op deze punten even eenvormig moet zijn als de Franse tekst.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Art. 2

Behoudens in het geval van een coördinatie of een codificatie mag het voorwerp van een wijzigingsbepaling niet louter bestaan uit een vernumming van artikelen of indelingen van het bepalend gedeelte ⁽⁴⁾. In artikel 2 van het ontwerp wordt nochtans voor dergelijke vernumming door middel van een wijzigingsbepaling geopteerd. Rekening houdend met de belangrijke nadelen die aan dergelijke handelwijze zijn verbonden en teneinde de rechtsonzekerheid niet nog groter te maken, wordt de stellers van het ontwerp ten stelligste aangeraden zich erover te beraden of dergelijke vernumming strikt noodzakelijk is.

³ In het ontworpen artikel 66, 4°, wordt het begrip “aanbestedende instantie” (autorité adjudicatrice) gedefinieerd.

⁴ Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, Raad van State, 2008, nr. 125, met vermelding van de diverse nadelen die zijn verbonden aan een vernumming door middel van een wijzigingsbepaling. De handleiding kan worden geraadpleegd op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consÉtat.be).

in de nieuwe wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 (zij het afgestemd op het ruimer toepassingsveld van deze wet, d.w.z. rekening houdende met de in de richtlijnen 2004/17 en 18 bedoelde — facultatieve — bepalingen omtrent het dynamisch aankoopstelsel, de raamovereenkomst in de klassieke sectoren, ...) en waarin verder zal worden voorzien in de opheffing van de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, is de omzetting van de richtlijn 2007/66/E.G. o.i. wel degelijk verzekerd”.

2. Plusieurs dispositions du projet présentent des discordances entre les textes français et néerlandais. Certaines des discordances les plus évidentes seront mentionnées dans les observations relatives aux articles. Il appartient toutefois aux auteurs de soumettre le texte du projet à un examen complémentaire et systématique sous cet angle.

Par ailleurs, il faudra veiller, tant dans le texte français que dans le texte néerlandais du projet, à utiliser une terminologie uniforme. Cela n'est pas toujours le cas en l'espèce. Ainsi, par exemple, la notion d'“autorité adjudicatrice” figurant dans le texte français est rendue dans le texte néerlandais tant par les mots “aanbestedende overheid” que par les mots “aanbestedende instantie” (33). Dans les articles 73, § 1^{er}, alinéa 2, 2° et 3°, et 76, alinéa 3, en projet, le texte français emploie chaque fois le terme “avertissement”. Les dispositions correspondantes du texte néerlandais utilisent tantôt le terme “berichten”, tantôt le terme “verwittigen”. Il va de soi que sur ces points, le texte néerlandais doit être aussi uniforme que le texte français.

EXAMEN DU TEXTE

Art. 2

Sauf en cas de coordination ou de codification, une disposition modificative ne peut avoir pour seul objet de renuméroter des articles ou des divisions du dispositif ⁽⁴⁾. Toutefois, à l'article 2 du projet, il est opté pour une telle renumérotation au moyen d'une disposition modificative. Compte tenu des inconvénients majeurs liés à un tel procédé et afin de ne pas accroître davantage l'insécurité juridique, il est vivement conseillé aux auteurs du projet de se demander si pareille renumérotation est vraiment nécessaire.

³ L'article 66, 4°, en projet, définit la notion d'“aanbestedende instantie” (autorité adjudicatrice).

⁴ Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, Conseil d'État, 2008, n° 125, mentionnant plusieurs inconvénients liés à une renumérotation effectuée par voie de disposition modificative. Le guide peut être consulté sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consÉtat.be).

Art. 3

Ontworpen artikel 66

1. Bij de definitie van het begrip “betrokken inschrijver” (ontworpen artikel 66, 8°) rijst de vraag of, ingeval beroep moet worden ingesteld bij de gewone rechter, het volstaat dat hierover werd beslist in eerste aanleg, dan wel dat het moet gaan om een definitieve uitspraak ⁽⁵⁾.

2. Volgens de memorie van toelichting houdt de omschrijving van het begrip “toewijzing van de opdracht” (ontworpen artikel 66, 10°) een verruiming in van het “in het administratief recht gekende begrip (van de afsplitsbare rechtshandeling)”. Het is niet duidelijk wat de beoogde verruiming precies inhoudt. Voor een goed begrip zou in de memorie van toelichting daarom moeten worden aangegeven hoe de voornoemde figuur momenteel toepassing vindt en welke “verruimde” toepassing daarvan als gevolg van het ontworpen artikel 66, 10°, zal worden gemaakt ⁽⁶⁾.

Ontworpen artikel 68

Rekening houdend met de bedoeling die blijkt uit de memorie van toelichting ten grondslag ligt aan het ontworpen artikel 68, derde lid, dient in de Nederlandse tekst van die bepaling de zinsnede “het goed te keuren offertebedrag evenwel hoger is dan 20% van dit door de Koning vastgestelde bedrag” te worden vervangen door de zinsnede “het goed te keuren offertebedrag evenwel meer dan 20% hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag”.

In hetzelfde lid lijkt bovendien te moeten worden geëxpliciteerd of het goed te keuren offertebedrag inclusief of exclusief btw is.

Ontworpen artikel 69

De Nederlandse en de Franse tekst van het ontworpen artikel 69, derde lid, vertonen diverse discordanties. Zo stemt bijvoorbeeld de term “toewijzingsbeslissing”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de woorden “*décision motivée*”, in de Franse tekst, en wordt de zinsnede “*en cas d’impossibilité avérée*”, in de Franse tekst, niet weergegeven in de Nederlandse tekst. De beide taalversies van het betrokken lid dienen beter op elkaar te worden afgestemd.

Ontworpen artikel 73

1. Luidens het ontworpen artikel 73, § 1, tweede lid, 2°, dient de kennisgeving door de aanbestedende instantie onder meer de “aanbeveling” te vermelden om die instantie binnen de daartoe voorgeschreven termijn ervan te berichten indien de belanghebbende een vordering tot schorsing indient. In het

⁵ Vergelijk met het ontworpen artikel 76, tweede lid, waarin de zinsnede “voordat de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan” voorkomt.

⁶ Dergelijke verduidelijking is des te meer aangewezen, gelet op het gebruik dat in het ontwerp wordt gemaakt van de begrippen “toewijzing” en “gunning” van de opdracht (zie de opmerking dienaangaande bij het ontworpen artikel 74).

Art. 3

Article 66 en projet

1. La définition de la notion de “soumissionnaire concerné” (article 66, 8°, en projet) soulève la question de savoir si, dans l’hypothèse où le recours doit être formé devant le juge ordinaire, il suffit qu’il ait statué à ce sujet en première instance ou s’il doit s’agir d’une décision définitive ⁽⁵⁾.

2. Selon l’exposé des motifs, la définition de la notion d’“attribution du marché” (article 66, 10°, en projet) implique une généralisation de la “notion (de l’acte détachable)” qui prévaut en droit administratif”. On aperçoit mal quel est le contenu précis de la généralisation envisagée. C’est pourquoi, par souci d’une bonne compréhension du texte, l’exposé des motifs devrait indiquer les modalités d’application actuelles de la notion précitée et l’application “généralisée” qui en sera faite à la suite de l’article 66, 10°, en projet ⁽⁶⁾.

Article 68 en projet

Compte tenu de l’intention qui, selon l’exposé des motifs, fonde l’article 68, alinéa 3, en projet, on remplacera, dans le texte néerlandais de cette disposition, le segment de phrase “*het goed te keuren offertebedrag evenwel hoger is dan 20% van dit door de Koning vastgestelde bedrag*” par le segment de phrase “het goed te keuren offertebedrag evenwel meer dan 20% hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag”.

Le même alinéa doit en outre préciser si le montant de l’offre à approuver s’entend TVA comprise ou non.

Article 69 en projet

Les textes français et néerlandais de l’article 69, alinéa 3, en projet, présentent plusieurs discordances. Ainsi, les mots “*décision motivée*”, dans le texte français, ne correspondent pas au terme “*toewijzingsbeslissing*” dans le texte néerlandais et le segment de phrase “*en cas d’impossibilité avérée*” dans le texte français n’a pas d’équivalent dans le texte néerlandais. Les deux versions linguistiques de l’alinéa concerné doivent mieux concorder.

Article 73 en projet

1. Selon l’article 73, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, en projet, la communication par l’autorité adjudicatrice comprend notamment la “recommandation” de l’avertir dans le délai prescrit à cet effet dans le cas où l’intéressé introduit un recours en suspension. L’article 76, alinéa 3, en projet, mentionne que l’auteur de

⁵ Comparez avec l’article 76, alinéa 2, en projet, qui comporte le membre de phrase “avant que l’instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue”.

⁶ Pareille précision est d’autant plus indiquée vu l’emploi que fait le projet des notions d’“attribution” et de “conclusion” du marché (voir l’observation formulée à cet égard sous l’article 74 en projet).

ontworpen artikel 76, derde lid, wordt vermeld dat de indiener van de vordering wordt "uitgenodigd" om de aanbestedende instantie te berichten over het indienen van de vordering. In het ontworpen artikel 91, tweede lid, wordt bepaald dat, wanneer de verhaalinstantie een vordering tot schorsing van de uitvoering van de toewijzingsbeslissing ontvangt, zij dit onmiddellijk meedeelt aan de aanbestedende instantie, voor zover de vordering de identificatie van deze instantie toelaat.

De aldus ontworpen regeling wijkt af van de bestaande regeling inzake de wachtermijn volgens welke de afgewezen inschrijver ertoe verplicht is om binnen die termijn de aanbestedende instantie in kennis te stellen van de vordering tot schorsing ⁽⁷⁾.

Vraag is of de zo-even vermelde afwijking van de bestaande regeling van de wachtermijn voldoende coherent is.

Ingeval bijvoorbeeld een inschrijver een vordering tot schorsing indient de laatste dag van de wachtermijn, bedoeld in het ontworpen artikel 76, zoals op een vrijdag, en hij dit niet meedeelt aan de aanbestedende instantie, en de Raad van State het beroep pas op maandag ontvangt en meedeelt aan de voornoemde instantie, bestaat het risico dat deze laatste in de tussenperiode de opdracht gunt, uitgaande van de veronderstelling dat geen beroep werd ingediend.

Zulks zou blijkbaar niet beletten dat de gewone rechter overeenkomstig het ontworpen artikel 82 sanctionerend optreedt door middel van een onverbindendverklaring, mits aan de voorwaarden van het ontworpen artikel 82, eerste lid, 2°, is voldaan. Strikt genomen werd in het hiervoor geschetste geval immers gegund terwijl nog tijdens de wachtermijn een vordering tot schorsing werd ingediend, hetgeen de enige waarborg uitmaakt om te beletten dat de aanbestedende instantie de opdracht gunt vooraleer hierover door de verhaalinstantie is beslist ⁽⁸⁾.

Vraag is of bij het uitwerken van de ontworpen regeling rekening is gehouden met de geschetste hypothese en of het in het licht daarvan geen aanbeveling zou verdienen om de wachtermijn, bedoeld in het ontworpen artikel 76, te laten lopen tot de kennisgeving van het indienen van het beroep door de verhaalinstantie. In dat geval dient ook de redactie van het ontworpen artikel 73, § 2, tweede lid, in overeenkomstige zin te worden aangepast.

2. Duidelijkheidshalve en naar analogie met de Nederlandse tekst vermelde men in de Franse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel 73, § 2, tweede lid, dat alle "voor die opdracht ingediende" offertes worden bedoeld.

⁷ De besprekingen in de Commissie voor de Overheidsopdrachten doen ervan blijken dat de ontworpen regeling wil vermijden dat de kennisgeving aan de aanbestedende overheid zou neerkomen op een bijkomende voorwaarde in vergelijking met de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, die richtlijn 2007/66/EG beoogt te wijzigen. Zie wat dat betreft artikel 1, lid 4, van richtlijn 89/665/EEG, zoals vervangen bij artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG, en overweging 11 van deze laatste richtlijn.

⁸ Zie het ontworpen artikel 76 en de in de memorie van toelichting verstrekte commentaar bij het ontworpen artikel 73.

cette demande est "invité" à avertir l'autorité adjudicatrice de l'introduction de la demande. L'article 91, alinéa 2, en projet, dispose que lorsque l'instance de recours reçoit une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution, elle en informe immédiatement l'autorité adjudicatrice, pour autant que cette demande permette l'identification de cette autorité.

Le régime en projet s'écarte de celui qui existe en matière de délai d'attente et en vertu duquel le soumissionnaire évincé a l'obligation d'informer l'autorité adjudicatrice de la demande de suspension dans ce délai ⁽⁷⁾.

La question se pose de savoir si cette dérogation au régime existant en ce qui concerne le délai d'attente est suffisamment cohérente.

Par exemple, lorsqu'un soumissionnaire introduit une demande de suspension le dernier jour du délai d'attente visé à l'article 76 en projet, comme un vendredi, sans en faire la communication à l'autorité adjudicatrice et que le Conseil d'État ne reçoit le recours que le lundi et le communique à l'autorité précitée, le risque existe que cette dernière conclue le marché entre-temps, partant de la supposition qu'aucun recours n'a été introduit.

Cela n'empêcherait sans doute pas que le juge ordinaire exerce son pouvoir de censure par la voie d'une déclaration d'absence d'effets conformément à l'article 82, en projet, si les conditions de l'article 82, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, étaient réunies. En effet, dans l'hypothèse envisagée ci-dessus, la conclusion est intervenue, à strictement parler, alors qu'une demande de suspension a encore été introduite durant le délai d'attente, ce qui constitue l'unique garantie pour empêcher l'autorité adjudicatrice de conclure le marché avant que l'instance de recours ait pris une décision à cet égard ⁽⁸⁾.

2. Par souci de clarté et par analogie avec le texte néerlandais, on mentionnera, dans le texte français de la phrase introductive de l'article 73, § 2, alinéa 2, en projet, que l'ensemble des offres "déposées pour ce marché" sont visées.

⁷ Les discussions en Commission des Marchés publics révèlent que le régime en projet entend éviter que la communication à l'autorité adjudicatrice constitue une condition supplémentaire par rapport aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, que la directive 2007/66/CEE entend modifier. Voir à cet égard l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la directive 89/665/CEE, que remplace l'article 1^{er} de la directive 2007/66/CE, et le considérant 11 de cette dernière directive.

⁸ Voir l'article 76 en projet et le commentaire que donne l'exposé des motifs de l'article 73 en projet.

Ontworpen artikel 74

Het ontworpen artikel 74 refereert aan het ogenblik “na het nemen van de beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht”. In de Franse tekst wordt verwezen naar “la décision de renoncer à l’attribution d’un marché”.

De gemachtigde verduidelijkt in verband met de draagwijdte van het woord “gunnen” in het ontworpen artikel 74 wat volgt:

“Het gaat hier om de notie “gunnen” in zijn ruimere betekenis van “plaatsen”. In voorkomend geval kan het gaan om de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht, maar het kan ook gebeuren dat al in een eerder stadium wordt beslist om de procedure stop te zetten (vooraleer er sprake is van een toewijzing). De beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht omvat m.a.w. de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht”.

Gelet op deze verduidelijking rijst de vraag of het begrip “attribution d’un marché”, in de Franse tekst van het ontworpen artikel 74, niet beter wordt vervangen door - zoals in de Nederlandse tekst het geval is - een meer algemeen begrip zoals “conclusion”, dat trouwens wordt gedefinieerd in het ontworpen artikel 66, 11°. “Attribution du marché” wordt in het ontworpen artikel 66, 10°, immers omschreven als “la décision prise par l’autorité adjudicatrice désignant le soumissionnaire retenu”, hetgeen veeleer wijst in de richting van een specifieke beslissing en niet op een beslissing tot “gunning” zoals die blijkbaar wordt beoogd in het ontworpen artikel 74.

In de Nederlandse tekst van het ontwerp worden de begrippen “toewijzing” en “gunning” van de opdracht, die nochtans op een verschillende wijze worden omschreven in het ontworpen artikel 66, 10° en 11°, in nog andere bepalingen door elkaar gebruikt (zie het ontworpen artikel 88, 4°, i), a)), terwijl de Franse tekst het telkens heeft over “attribution du marché”. In de Nederlandse tekst van de ontworpen artikelen 88, 4°, ii), en 98, § 1⁽⁹⁾, wordt dan weer de term “toegewezen” of “toewijzing” gebruikt, terwijl de Franse tekst het heeft over “la conclusion du marché”, hetgeen evenmin spoort met de omschrijving van de betrokken begrippen in het ontworpen artikel 66, 10° en 11°. De tekst van het ontwerp zou wat dat betreft op een meer consequente wijze moeten worden geredigeerd in de beide landstalen.

Ontworpen artikel 75

Aan het einde van het ontworpen artikel 75, derde lid, is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst. De zinsnede “over de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid en evaluatie van de offertes”, in de Nederlandse tekst, stemt immers niet overeen met de zinsnede “au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres”, in de Franse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

⁹ Zie evenwel de opmerking die hierna wordt gemaakt bij het ontworpen artikel 98.

Article 74 en projet

Le texte français de l'article 74 en projet évoque “la décision de renoncer à l’attribution d’un marché”. Le texte néerlandais se réfère au moment suivant “het nemen van de beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht”.

À propos de la portée du mot “gunnen” à l'article 74 en projet, le délégué a précisé ce qui suit:

“Het gaat hier om de notie “gunnen” in zijn ruimere betekenis van “plaatsen”. In voorkomend geval kan het gaan om de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht, maar het kan ook gebeuren dat al in een eerder stadium wordt beslist om de procedure stop te zetten (vooraleer er sprake is van een toewijzing). De beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht omvat m.a.w. de beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht”.

Compte tenu de cette précision, la question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable de remplacer la notion d’“attribution d’un marché” dans le texte français de l'article 74 en projet par un terme plus général comme celui de “conclusion” - à l’instar du texte néerlandais - que l'article 66, 11°, en projet, définit par ailleurs. En effet, l'article 66, 10°, en projet, définit l’“attribution du marché” comme “la décision prise par l’autorité adjudicatrice désignant le soumissionnaire retenu”, ce qui évoque plutôt une décision spécifique et non une décision de “conclusion” comme l’entend sans doute l'article 74 en projet.

Dans d'autres dispositions (voir l'article 88, 4°, i), a), en projet), le texte français fait invariablement état de l’“attribution du marché” alors que le texte néerlandais du projet emploie indistinctement les notions de “toewijzing” et “gunning” auxquelles l'article 66, 10° et 11°, en projet, donne pourtant des définitions différentes. Le texte français des articles 88, 4°, ii), et 98, § 1⁽⁹⁾, en projet, évoque par ailleurs “la conclusion du marché” alors que le texte néerlandais emploie les termes “toegewezen” ou “toewijzing”, ce qui n'est pas davantage conforme à la définition que donne des notions concernées l'article 66, 10° et 11° en projet. Le texte du projet devrait à cet égard être rédigé d'une manière plus cohérente dans les deux langues nationales.

Article 75 en projet

À la fin de l'article 75, alinéa 3, en projet, on constate une discordance entre les textes français et néerlandais. En effet, le segments de phrase “au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres” dans le texte français et “over de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid en evaluatie van de offertes” dans le texte néerlandais, ne concordent pas. Il convient d'y remédier.

⁹ Voir toutefois l'observation faite ci-après concernant l'article 98 en projet.

Ontworpen artikel 76

In het ontworpen artikel 88, 2°, wordt vermeld dat de termijn om een vordering tot schorsing in te dienen geen vijftien, maar tien dagen bedraagt in het geval bedoeld in het ontworpen artikel 83, waarin eveneens wordt gerefereerd aan het niet gunnen binnen een termijn van tien dagen na de bekendmaking van de aankondiging dat men de opdracht wil gunnen.

Op de vraag hoe het ontworpen artikel 88, 2°, zich verhoudt tot het bepaalde in het ontworpen artikel 76, antwoordde de gemachtigde:

"De bepaling van de tweede zin van artikel 88, 2°, betreffende termijn voor het indienen van een vordering tot schorsing in het kader van een wachttermijn, impliceert dat bij toepassing van artikel 83, dat voorziet in de mogelijkheid om te ontsnappen aan de onverbindendverklaring, een wachttermijn moet worden gerespecteerd, die in dat geval meer bepaald 10 dagen bedraagt.

Bij nader inzien lijkt het ons inderdaad aangewezen om de toepassing van de wachttermijn, en dus de verhouding met artikel 76, te verduidelijken door in artikel 83 een bepaling op te nemen die verwijst naar de schorsingsregeling van artikel 80".

Ontworpen artikel 77

In het ontworpen artikel 77, 3°, wordt melding gemaakt van een "raamovereenkomst". In artikel 2ter, eerste alinea, c), van richtlijn 92/13/EEG is evenwel sprake van een "dynamisch aankoopstelsel". Vraag is hoe de beide bepalingen zich tot elkaar verhouden.

Ontworpen artikel 80

1. Uit het ontworpen artikel 80 blijkt niet voldoende duidelijk volgens welke procedure voorlopige maatregelen dienen te worden gevraagd. Dient zulks in het verzoekschrift tot nietigverklaring te gebeuren of kunnen voorlopige maatregelen ook in een afzonderlijk verzoekschrift worden gevraagd? Ter wille van de rechtszekerheid zou de ontworpen bepaling op dat punt best worden geëxpliciteerd.

2. Het ontworpen artikel 80, tweede lid, luidt:

"Deze vordering wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, al naargelang".

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet zich in verband met het vereiste van het doorlopen van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid genoopt om *mutatis mutandis* de opmerkingen te herhalen die hij reeds in het verleden heeft geformuleerd.

Article 76 en projet

L'article 88, 2°, en projet, dispose que le délai pour introduire un recours en suspension n'est pas de quinze jours mais de dix jours en cas d'application de l'article 83 en projet, lequel fait également référence à la situation où le marché n'est pas conclu dans un délai de dix jours à compter de la publication de l'avis indiquant la volonté de conclure le marché.

À la question de savoir comment l'article 88, 2°, en projet, se conçoit par rapport à l'article 76, le délégué a répondu:

"De bepaling van de tweede zin van artikel 88, 2°, betreffende termijn voor het indienen van een vordering tot schorsing in het kader van een wachttermijn, impliceert dat bij toepassing van artikel 83, dat voorziet in de mogelijkheid om te ontsnappen aan de onverbindendverklaring, een wachttermijn moet worden gerespecteerd, die in dat geval meer bepaald 10 dagen bedraagt.

Bij nader inzien lijkt het ons inderdaad aangewezen om de toepassing van de wachttermijn, en dus de verhouding met artikel 76, te verduidelijken door in artikel 83 een bepaling op te nemen die verwijst naar de schorsingsregeling van artikel 80".

Article 77 en projet

L'article 77, 3°, en projet mentionne un "accord-cadre". À l'article 2ter, paragraphe 1, c), de la directive 92/13/CEE, il est cependant question d'un "système d'acquisition dynamique". La question est de savoir comment ces deux dispositions se positionnent l'une par rapport à l'autre.

Article 80 en projet

1. L'article 80 en projet n'indique pas suffisamment clairement la procédure régissant la demande de mesures provisoires. Convient-il de les demander dans la requête en annulation ou peuvent-elles l'être aussi dans une requête distincte? Dans un souci de sécurité juridique, la disposition en projet gagnerait à être précisée sur ce point.

2. L'article 80, alinéa 2, en projet, s'énonce comme suit:

"Ce recours est introduit selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, selon le cas".

Le Conseil d'État, section de législation, se voit contraint, en ce qui concerne l'exigence de suivre une procédure d'extrême urgence, de rappeler *mutatis mutandis* les observations qu'il a déjà formulées par le passé.

In advies 37 099/1/2/3/4 van 6 en 7 mei 2004 ⁽¹⁰⁾ merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op:

“In het ontworpen artikel 21*bis*, § 2, tweede lid, wordt, wat het bij de Raad van State in te stellen beroep betreft, bepaald dat dergelijk beroep “uitsluitend ... via een uiterst dringende rechtspleging” mag gebeuren. Bedoeld wordt dat terzake niet de gewone procedure tot schorsing voor de Raad van State kan worden opgestart, maar wel de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid.

De stellers van het ontwerp gaan op die wijze, wat de betrokken besluiten tot gunning van overheidsopdrachten betreft, voorbij aan het gegeven dat, volgens de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid, een uitzonderlijk en ongewoon karakter heeft in vergelijking met de gewone schorsingsprocedure. Aan dat uitzonderlijke en ongewone karakter liggen diverse redenen ten grondslag.

In de eerste plaats is dergelijke procedure van aard om het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State te verstoren. Zo zullen bijvoorbeeld de magistraten in voorkomend geval het administratief dossier en de nota van de verwerende partij, evenals de eventuele verzoekschriften in tussenkomst, slechts onmiddellijk vóór of op de terechtzitting ontvangen en dienen de betrokken stukken veelal met spoed te worden verzameld en opgesteld met alle risico's van dien aard op het vlak van volledigheid en juiste voorstelling van zaken, hetgeen een determinerende invloed kan hebben in dossiers betreffende een technisch-complexe aangelegenheid als die inzake de gunning van overheidsopdrachten. Meer in het algemeen dient de Raad van State zich in geval van een procedure in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid uit te spreken na een zeer summier onderzoek dat bezwaarlijk dezelfde diepgang kan vertonen als mag worden verwacht bij andere procedures.

Het uitzonderlijke en ongewone karakter van de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid valt ook te verklaren omdat in dat geval de rechten van verdediging van de verwerende en de eventueel tussenkomende partijen tot een minimum worden herleid. Het spreekt voor zich dat de inperking van de rechten van verdediging waarmee de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid onmiskenbaar gepaard gaat, zich des te sterker laat gevoelen naarmate de complexiteit van de te behandelen dossiers toeneemt, zoals met name in het contentieux van de gunning van overheidsopdrachten het geval is.

Tot slot valt het uitzonderlijke en ongewone karakter van de procedure tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid ongetwijfeld mede te verklaren door de gevolgen die dergelijke procedure voor de organisatie van de Raad van State meebrengt. Zo is er de noodzaak om de diensten op een zodanige wijze te organiseren dat er permanent en

Dans son avis 37 099/1/2/3/4 des 6 et 7 mai 2004 ⁽¹⁰⁾, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit:

“En ce qui concerne le recours à introduire devant le Conseil d'État, l'article 21*bis*, § 2, alinéa 2, en projet, prévoit que ce recours peut être intenté “exclusivement par une procédure d'extrême urgence”. Cela signifie que ce n'est pas la procédure de suspension ordinaire devant le Conseil d'État qui peut être intentée, mais bien la procédure de suspension au titre de l'extrême urgence.

Les auteurs du projet perdent ainsi de vue, en ce qui concerne les décisions d'adjudication des marchés publics concernées, que dans l'économie des lois coordonnées sur le Conseil d'État la procédure de suspension d'extrême urgence revêt un caractère exceptionnel et inhabituel par rapport à la procédure de suspension ordinaire. À l'origine de ce caractère exceptionnel et inhabituel se trouvent des raisons diverses.

Tout d'abord, une telle procédure est susceptible de perturber le fonctionnement normal de la procédure devant le Conseil d'État. Ainsi par exemple, les magistrats ne recevront éventuellement le dossier administratif et la note de la partie défenderesse, ainsi que les éventuelles requêtes en intervention, que juste avant l'audience ou à l'audience même, les pièces concernées devant généralement être rassemblées et rédigées en urgence, avec tous les risques que cela comporte sur le plan de la complétude et de la présentation exacte des faits, ce qui peut avoir un effet déterminant dans des dossiers concernant une matière technique complexe comme celle de l'adjudication des marchés publics. Plus généralement, le Conseil d'État est amené, dans une procédure d'extrême urgence, à statuer après avoir procédé à un examen très sommaire, qui peut difficilement être aussi fouillé que ce que d'autres procédures laissent escompter.

Le caractère exceptionnel et inhabituel de la procédure de suspension d'extrême urgence s'explique également par la circonstance que dans ce cas, les droits de la défense de la partie défenderesse et des éventuelles parties intervenantes sont réduits à leur plus simple expression. Il va sans dire que la limitation des droits de la défense qui découle indéniablement de la procédure de suspension d'extrême urgence, se manifeste d'autant plus fortement à mesure que les dossiers à instruire deviennent plus complexes, comme c'est notamment le cas dans le contentieux de la passation des marchés publics.

Enfin, le caractère exceptionnel et inhabituel de la procédure de suspension d'extrême urgence s'explique aussi certainement par les effets d'une telle procédure sur l'organisation du Conseil d'État. Il est ainsi nécessaire d'organiser les services de manière à pouvoir rendre en permanence un jugement urgent sur-le-champ. Le nombre de tels jugements urgents

¹⁰ Advies 37 099/1/2/3/4 van 6 en 7 mei 2004 over een voorontwerp van programmawet (*Parl. St.*, Kamer, DOC 51 1139/001, 325-327, nr. 5).

¹⁰ Avis 37 099/1/2/3/4 des 6 et 7 mai 2004 sur un avant-projet de loi-programme (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 51 1139/001, 325-327, n° 5).

terstond een dringende uitspraak kan worden geveld. Het aantal van dergelijke dringende uitspraken heeft bovendien invloed op de zorg die de Raad van State kan besteden aan de andere geschillen, waarvan de beslechting dreigt te worden vertraagd ⁽¹¹⁾.

(...)

Uit wat voorafgaat volgt dat de verplichte beperking tot het instellen van een vordering tot schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid diverse nadelige gevolgen heeft voor zowel de rechtsbescherming als de goede werking van de Raad van State. De betrokken maatregel biedt daarenboven geen garantie dat in alle gevallen tot een snelle rechterlijke uitspraak wordt gekomen.

Hiermee rekening houdende doen de stellers van het ontwerp er goed aan om andere mogelijkheden te overwegen om tot een snelle uitspraak van de Raad van State te komen, zij het met inachtneming van het belang van zowel de betrokken partijen, als de Raad van State zelf, om toch over een minimumtermijn te beschikken om zich een voldoende oordeel te vormen omtrent de veelal technisch-complexe dossiers inzake de gunning van overheidsopdrachten. Er kan bijvoorbeeld aan worden gedacht om ook een gewone procedure tot schorsing mogelijk te maken, zij het dat eventueel kan worden bepaald dat de desbetreffende vordering binnen een minimumtermijn moet worden ingesteld (bijvoorbeeld binnen vijftien dagen na de betekening van het gunningsbesluit) en de Raad van State verplicht een uitspraak moet doen binnen een kortere termijn dan nu in de praktijk het geval is. Een andere mogelijkheid bestaat erin om in een specifieke, ten aanzien van de betrokken aangelegenheid geldende, versnelde procedure voor de Raad van State te voorzien, welke desalniettemin een minimumtermijn laat voor een behoorlijk onderzoek van de desbetreffende dossiers".

Ontworpen artikel 81

Het ontworpen artikel 81, tweede lid, (12) is volgens de memorie van toelichting "een verplichte bepaling die artikel 2, § 7, van (...) richtlijn 92/13/EEG omzet". Het betrokken lid roept een aantal vragen op, zoals de vraag of aan het ontworpen artikel 81, tweede lid, de bedoeling ten grondslag ligt om af te wijken van de ruimere mogelijkheden tot schadevergoeding die worden vermeld in het ontworpen artikel 81, eerste lid, en de vraag of uit de samenhang tussen de beide leden van het ontworpen artikel 81 moet worden afgeleid dat voor de toepassing van het eerste lid het invoeren van een "reële kans" op toewijzing van de opdracht niet volstaat.

De gemachtigde verduidelijkt in dat verband:

¹¹ Voetnoot 30 uit het geciteerde advies: In het geval bedoeld in artikel 17, § 1, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is er bovendien het gegeven van de dubbele fasering, waarmee de vereiste bevestiging van de voorlopig uitgesproken schorsing in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid gepaard gaat.

¹² In de memorie van toelichting wordt verkeerdelijk melding gemaakt van het "voorlaatste lid" van het ontworpen artikel 81.

affecte en outre l'attention que le Conseil d'État peut consacrer à d'autres litiges, dont la solution risque d'être retardée ⁽¹¹⁾.

(...)

Il s'ensuit que l'obligation d'introduire exclusivement une demande de suspension d'extrême urgence a des conséquences préjudiciables diverses, tant pour la protection juridique que pour le bon fonctionnement du Conseil d'État. De surcroît, cette mesure ne garantit nullement qu'un jugement rapide sera rendu dans tous les cas.

Partant de cette constatation, les auteurs du projet seraient bien avisés de réfléchir à d'autres pistes, pour obtenir une décision rapide de la part du Conseil d'État, tout en respectant l'intérêt tant des parties intéressées que du Conseil d'État proprement dit, qui ménageraient malgré tout un délai minimum permettant de se forger une opinion suffisante sur les dossiers techniques souvent complexes en matière d'adjudication de marchés publics. Ils pourraient par exemple envisager de permettre également une procédure de suspension ordinaire en prévoyant éventuellement que la demande en question devrait être introduite dans un délai minimum (par exemple, dans les quinze jours de la notification de la décision d'adjudication du marché) et que le Conseil d'État serait tenu de statuer dans un délai plus court que ce n'est le cas pour l'instant dans la pratique. Une autre possibilité consisterait à prévoir, pour la matière en question, une procédure spécifique accélérée devant le Conseil d'État, qui laisserait néanmoins un délai minimum pour examiner convenablement les dossiers concernés".

Article 81 en projet

Selon l'exposé des motifs, l'article 81, alinéa 2, en projet (1212) est "une disposition transposant l'article 2, § 7, de la directive 92/13/CEE". L'alinéa concerné suscite un certain nombre de questions, telles que celles de savoir si l'intention de l'article 81, alinéa 2, en projet, est de déroger aux possibilités plus étendues en matière d'octroi de dommages et intérêts, mentionnées à l'article 81, alinéa 1^{er}, en projet, et s'il faut déduire de la connexité entre les deux alinéas de l'article 81 en projet que pour l'application de l'alinéa 1^{er}, il ne suffit pas d'invoquer une "chance réelle" de remporter le marché.

Le délégué précise à cet égard:

¹¹ Note 30 de l'avis cité: Dans le cas visé à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il faut en outre tenir compte des deux phases qu'implique la confirmation requise de la suspension provisoire en cas d'extrême urgence.

¹² Dans l'exposé des motifs, il est fait erronément mention de "l'avant-dernier alinéa" de l'article 81 en projet.

"Het is inderdaad niet de bedoeling om voor de speciale sectoren af te wijken van de schadevergoedingsmogelijkheden van het eerste lid. Dit is o.i. niet het geval, aangezien zowel voor de klassieke als voor de speciale sectoren wordt verwezen naar de inbreuken vermeld in artikel 79.

De bepaling van het tweede lid strekt er enkel toe, overeenkomstig artikel 2, § 7, van de richtlijn, in de speciale sectoren op het vlak van de bewijsvoering iets meer soepelheid te bieden specifiek voor het vorderen van schadevergoeding voor de kosten voor het opstellen van de offerte of van de deelname aan de procedure. Naast het aantonen van een inbreuk tegen het Gemeenschapsrecht of de wet en haar uitvoeringsbesluiten, kan immers worden volstaan met het bewijs van de reële kans om de opdracht te bekomen, terwijl in de regeling van het eerste lid het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de precieze schade en de beweerdte inbreuk is vereist".

Ontworpen artikel 84

1. Naar het zeggen van de gemachtigde dient een onverbindendverklaring steeds gepaard te gaan met één van de gevolgen die worden vermeld in het ontworpen artikel 84, eerste lid, 1° en 2°. Deze bedoeling zou duidelijker moeten worden tot uitdrukking gebracht in de tekst van het ontwerp.

2. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 84, tweede lid, wordt melding gemaakt van "een straf (...) als bedoeld in artikel 87". In de Franse tekst wordt melding gemaakt van "*une pénalité financière visée à l'article 87*". Beide begrippen stemmen niet met elkaar overeen. Er wordt derhalve beter geopteerd voor een meer eenvormige terminologie. In dat geval dienen ook andere bepalingen van het ontwerp te worden aangepast, waaronder het ontworpen artikel 87.

Ontworpen artikel 88

1. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 88 vervange men in de Nederlandse tekst het woord "kennisgeving" door het woord "betekening" ⁽¹³⁾.

2. Ter wille van de leesbaarheid moet in de Franse tekst van het ontworpen artikel 88, 4°, i), a), worden geschreven "*au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications*".

Ontworpen artikel 89

Rekening houdend met de door de gemachtigde verstrekte uitleg dient aan het einde van het ontworpen artikel 89 te worden geschreven "... mag in geen geval 5% van het toegewezen opdrachtbedrag, exclusief btw, overschrijden".

¹³ Vgl. met artikel 4, derde lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

"Het is inderdaad niet de bedoeling om voor de speciale sectoren af te wijken van de schadevergoedingsmogelijkheden van het eerste lid. Dit is o.i. niet het geval, aangezien zowel voor de klassieke als voor de speciale sectoren wordt verwezen naar de inbreuken vermeld in artikel 79.

De bepaling van het tweede lid strekt er enkel toe, overeenkomstig artikel 2, § 7, van de richtlijn, in de speciale sectoren op het vlak van de bewijsvoering iets meer soepelheid te bieden specifiek voor het vorderen van schadevergoeding voor de kosten voor het opstellen van de offerte of van de deelname aan de procedure. Naast het aantonen van een inbreuk tegen het Gemeenschapsrecht of de wet en haar uitvoeringsbesluiten, kan immers worden volstaan met het bewijs van de reële kans om de opdracht te bekomen, terwijl in de regeling van het eerste lid het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de precieze schade en de beweerdte inbreuk is vereist".

Article 84 en projet

1. Selon le délégué, une déclaration d'absence d'effets doit toujours s'accompagner d'une des conséquences mentionnées à l'article 84, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, en projet. Cette intention devrait être exprimée de manière plus claire dans le texte du projet.

2. Dans le texte néerlandais de l'article 84, alinéa 2, en projet, il est fait état d'une "*straf (...) als bedoeld in artikel 87*". Dans le texte français, il est question d'"une pénalité financière visée à l'article 87". Les deux notions ne concordent pas. Mieux vaut dès lors choisir une terminologie plus uniforme. Dans ce cas, il faudra également adapter d'autres dispositions du projet, dont l'article 87 en projet.

Article 88 en projet

1. Dans la phrase introductive de l'article 88 en projet, on remplacera dans le texte néerlandais le mot "*kennisgeving*" par le mot "*betekening*" ⁽¹³⁾.

2. Dans un souci de lisibilité, il faut écrire dans le texte français de l'article 88, 4°, i), a), en projet "au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications".

Article 89 en projet

Eu égard à l'explication fournie par le délégué, il faut écrire à la fin de l'article 89 en projet "... ne peut en aucun cas dépasser 5% du montant du marché attribué, hors TVA".

¹³ Cf. article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Ontworpen artikel 93

Het ontworpen artikel 93 bepaalt dat de artikelen 69 tot 75 toepasselijk zijn op de opdrachten bedoeld in de ontworpen titel III. In dat verband rijst de vraag op welke wijze toepassing zal moeten worden gemaakt van het ontworpen artikel 73, dat herhaaldelijk verwijst naar artikel 76, ingeval artikel 76 door de aanbestedende instantie niet toepasselijk wordt gemaakt (zie het ontworpen artikel 94). Eindigt dan bijvoorbeeld ook de schorsing van de gestanddoeningstermijn wanneer binnen de in het ontworpen artikel 76, tweede lid, bedoelde termijn geen vordering tot schorsing werd ingediend?

Volgens de gemachtigde zou het ontworpen artikel 93 inderdaad moeten worden aangepast in het licht van de voorgaande vraagstelling, en dienen meer bepaald “de verwijzingen naar artikel 73, § 1, tweede en derde lid, en § 2, (te worden geneutraliseerd) teneinde op die manier de toepassing van artikel 76 te neutraliseren”.

Ontworpen artikel 96

De Raad van State kan de toewijzingsbeslissing schorsen eenmaal de overeenkomst is ontstaan ⁽¹⁴⁾. De vraag rijst of dit kan gebeuren op basis van de schending van de wachttermijn, terwijl er geen onverbindendverklaring mogelijk is?

De gemachtigde verstrekke in dat verband de volgende toelichting:

“Voor de opdrachten bedoeld in titel III zou van de bepalingen van hoofdstuk 4 van titel II betreffende de wachttermijn enkel mogen worden voorzien in de toepasselijkheid van artikel 76, eerste lid. Aldus dringt zich een wijziging op van zowel artikel 94 als van artikel 96:

“Artikel 94 - De aanbestedende instantie kan artikel 76, eerste lid, op de opdrachten bedoeld in deze titel toepassen maken”;

“Artikel 96 - Wanneer de aanbestedende instantie artikel 76, eerste lid, vrijwillig toepasselijk maakt ...”.

Ontworpen artikel 98

Het ontworpen artikel 98 beoogt de omzetting van artikel 3 van richtlijn 89/665/EEG en artikel 8 van richtlijn 92/13/EEG. Deze artikelen hebben evenwel betrekking op door de Europese Commissie in te stellen procedures ten aanzien van de lidstaten en behoeven derhalve geen omzetting in het interne recht. Enkel het bepaalde in het ontworpen artikel 98, § 6, dat betrekking heeft op de coördinerende rol die voor de Eerste Minister is weggelegd bij het doorsturen van het antwoord aan de Europese Commissie, houdt een zinvolle omzetting in van de voornoemde bepalingen van de betrokken richtlijnen. Het ontworpen artikel 98 wordt derhalve beter beperkt tot het bepaalde in paragraaf 6 ervan.

¹⁴ Zie wat dat betreft de commentaar in de memorie van toelichting bij het ontworpen artikel 78.

Article 93 en projet

L'article 93 en projet dispose que les articles 69 à 75 sont applicables aux marchés visés au titre III en projet. À cet égard, la question se pose de savoir comment il devra être fait application de l'article 73 en projet, lequel se réfère à plusieurs reprises à l'article 76, si ce dernier article n'est pas rendu applicable par l'autorité adjudicatrice (voir l'article 94 en projet). La suspension du délai d'engagement prend-elle par exemple aussi fin lorsqu'aucune demande de suspension n'a été introduite dans le délai visé à l'article 76, alinéa 2, en projet?

Selon le délégué, il faudrait en effet adapter l'article 93 en projet en tenant compte de la question posée ci-dessus et plus particulièrement “omettre” les références à l'article 73, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, et § 2 afin de neutraliser ainsi l'application de l'article 76.

Article 96 en projet

Le Conseil d'État peut suspendre la décision d'attribution dès que la convention est née ⁽¹⁴⁾. La question se pose de savoir si cette suspension peut être ordonnée sur la base de la violation du délai d'attente, alors qu'aucune déclaration d'absence d'effets n'est possible.

Le délégué a fourni à cet égard le commentaire suivant:

“Voor de opdrachten bedoeld in titel III zou van de bepalingen van hoofdstuk 4 van titel II betreffende de wachttermijn enkel mogen worden voorzien in de toepasselijkheid van artikel 76, eerste lid. Aldus dringt zich een wijziging op van zowel artikel 94 als van artikel 96:

“Artikel 94 - De aanbestedende instantie kan artikel 76, eerste lid, op de opdrachten bedoeld in deze titel toepassen maken”;

“Artikel 96 - Wanneer de aanbestedende instantie artikel 76, eerste lid, vrijwillig toepasselijk maakt ...”.

Article 98 en projet

L'article 98 en projet vise à transposer l'article 3 de la directive 89/665/CEE et l'article 8 de la directive 92/13/CEE. Ces articles concernent toutefois des procédures à instaurer par la Commission européenne à l'égard des États membres et ne doivent donc pas être transposés dans le droit interne. Seule la règle énoncée à l'article 98, § 6, en projet, relative au rôle de coordination qui est réservé au Premier Ministre en ce qui concerne la communication de la réponse adressée à la Commission européenne, implique une transposition utile des dispositions précitées des directives concernées. Mieux vaut dès lors limiter l'article 98 en projet à la règle énoncée au paragraphe 6 de celui-ci.

¹⁴ Voir à cet égard le commentaire dans l'exposé des motifs sur l'article 78 en projet.

Art. 4

De bij artikel 4 van het ontwerp in te voegen ⁽¹⁵⁾ bepaling is artikel 99 van de wet van 24 december 1993. De inleidende zin van artikel 4 van het ontwerp moet dienovereenkomstig worden gecorrigeerd.

Artikelen 5 tot 7

In een opheffingsbepaling moeten alle teksten worden vermeld die nog van kracht zijnde wijzigingen bevatten van de op te heffen bepaling. Dat betekent dat bijvoorbeeld artikel 5 van het ontwerp dient te luiden:

“Artikel 21*bis* van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 9 juli 2004 en gewijzigd bij de wet van 8 juni 2008 en bij het koninklijk besluit van 29 september 2009, wordt opgeheven”.

De redactie van de artikelen 6 en 7 van het ontwerp dient op gelijkaardige wijze te worden aangepast.

Art. 8

Artikel 8, eerste lid, van het ontwerp draagt de Koning op om de datum van inwerkingtreding van de ontworpen wet te bepalen. Daarbij wordt geen melding gemaakt van een uiterste datum van inwerkingtreding. Er dient evenwel mee rekening te worden gehouden dat richtlijn 2007/66/EG luidens haar artikel 3, lid 1, uiterlijk op 20 december 2009 in het interne recht dient te zijn omgezet.

De kamer was samengesteld uit

de Heren

M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
M. TISON, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,

Mevrouw

G. VERBERCKMOES,	griffier.
------------------	-----------

¹⁵ En niet “in te dienen” bepaling, zoals in de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 4 van het ontwerp verkeerdelijk wordt vermeld.

Art. 4

La disposition que l'article 4 du projet doit insérer ⁽¹⁵⁾ est l'article 99 de la loi du 24 décembre 1993. Il y a lieu de corriger la phrase liminaire de l'article 4 du projet en conséquence.

Articles 5 à 7

Une disposition abrogatoire doit mentionner tous les textes comportant des modifications encore en vigueur de la disposition à abroger. Cela signifie que l'article 5 du projet, par exemple, doit s'énoncer comme suit:

“L'article 21*bis* de la même loi, inséré par la loi du 9 juillet 2004 et modifié par la loi du 8 juin 2008 et par l'arrêté royal du 29 septembre 2009, est abrogé”.

Il y a lieu d'adapter la formulation des articles 6 et 7 du projet dans le même sens.

Art. 8

L'article 8, alinéa 1^{er}, du projet charge le Roi de fixer la date d'entrée en vigueur de la loi en projet. À ce propos, il n'est pas fait mention d'une date ultime d'entrée en vigueur. Il faut toutefois tenir compte du fait qu'en vertu de son article 3, paragraphe 1, la directive 2007/66/CE doit être transposée dans le droit interne au plus tard le 20 décembre 2009.

La chambre était composée de

Messieurs

M. VAN DAMME,	président de chambre,
J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
M. TISON, L. DENYS,	assesseurs de la section de législation,

Madame

G. VERBERCKMOES,	greffier.
------------------	-----------

¹⁵ Le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 4 du projet utilise erronément le verbe “*indienen*” au lieu de “*invoegen*”.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. Depuydt, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De griffier,

G. VERBERCKMOES

De voorzitter

M. VAN DAMME

Le rapport a été présenté par M. P. Depuydt, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. M. Van Damme.

Le greffier,

G. VERBERCKMOES

Le président

M. VAN DAMME

WETSONTWERP

ALBERT II, KONING DER BELGEN,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen,

ONZE GROET.

Op de voordracht van de Eerste Minister, de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en op het advies van de in Raad vergaderde Ministers,

HEBBEN WIJ BESLOTEN EN BESLUITEN WIJ:

De Eerste Minister, de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken zijn ermee belast het ontwerp van wet, waarvan de tekst hierna volgt, in Onze naam aan de Wetgevende Kamers voor te leggen en bij de Kamer van volksvertegenwoordigers in te dienen:

HOOFDSTUK 1**Algemene bepalingen****Artikel 1**

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

Ze zorgt met name voor de omzetting van:

1° richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten;

2° gedeeltelijk artikel 49 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten;

3° gedeeltelijk artikel 41 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

PROJET DE LOI

ALBERT II, ROI DES BELGES,

À tous, présents et à venir,

SALUT.

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

NOUS AVONS ARRÊTÉ ET ARRÊTONS:

Le Premier Ministre, le Ministre de la Justice et la Ministre de l'Intérieur sont chargés de présenter en notre nom, aux Chambres législatives et de déposer à la Chambre des représentants, le projet de loi dont la teneur suit:

CHAPITRE 1^{ER}**Dispositions générales****Article 1^{er}**

La présente loi règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution.

Elle transpose notamment :

1° la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics;

2° partiellement l'article 49 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;

3° partiellement l'article 41 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

HOOFDSTUK 2

Invoeging van een nieuw boek in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

Art. 2

In de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten wordt boek III vernummerd tot boek IV. De artikelen 65*bis*, 66, 67, 68 en 69 worden respectievelijk vernummerd tot de artikelen 101, 102, 103, 104 en 105.

Art. 3

In dezelfde wet wordt een boek III ingevoegd, luidende:

“BOEK III — MOTIVERING, INFORMATIE EN RECHTSMIDDELEN INZAKE OVERHEIDSDOPDRACHTEN EN SOMMIGE OPDRACHTEN VOOR AANNEMING VAN WERKEN, LEVERINGEN EN DIENSTEN”.

TITEL I

Algemene bepalingen en definities

Art. 66

In de zin van dit boek wordt verstaan onder:

1° de klassieke sectoren: de sectoren onderworpen aan de bepalingen van boek I, titels I tot III;

2° de speciale sectoren: de sectoren onderworpen aan de bepalingen van boek I, titel I en IV, of boek II;

3° opdracht: de overheidsopdracht of de opdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten, de raamovereenkomst, de prijsvraag voor ontwerpen en de concessie voor openbare werken, in de zin van deze wet;

4° aanbestedende instantie: de aanbestedende overheid, het overheidsbedrijf of de aanbestedende dienst in de zin van deze wet;

5° kandidaat: de aannemer, leverancier of dienstver-

CHAPITRE 2

Introduction d'un nouveau livre dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Art. 2

Dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le livre III est renuméroté livre IV et les articles 65*bis*, 66, 67, 68, 69 sont renumérotés articles 101, 102, 103, 104 et 105.

Art. 3

Dans la même loi, il est inséré un livre III rédigé comme suit:

“LIVRE III — MOTIVATION, INFORMATION ET VOIES DE RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS ET DE CERTAINS MARCHÉS DE TRAVAUX, DE FOURNITURES ET DE SERVICES”.

TITRE I^{ER}*Dispositions générales et définitions*

Art. 66

Au sens du présent livre, on entend par:

1° les secteurs classiques: les secteurs visés par les dispositions du livre premier, titres I^{er} à III;

2° les secteurs spéciaux: les secteurs visés par les dispositions du livre premier, titres I^{er} et IV, ou du livre II;

3° marché: le marché public ou le marché de travaux, de fournitures ou de services, l'accord-cadre, le concours de projets et la concession de travaux publics, au sens de la présente loi;

4° autorité adjudicatrice: le pouvoir adjudicateur, l'entreprise publique ou l'entité adjudicatrice au sens de la présente loi;

5° candidat: l'entrepreneur, le fournisseur ou le pres-

lener die een aanvraag tot deelneming indient met het oog op zijn selectie of zijn kwalificatie;

6° betrokken kandidaat: de kandidaat aan wie de aanbestedende instantie, naar aanleiding van een opdracht, de motieven voor zijn niet-selectie niet heeft meegedeeld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van de gunningsbeslissing;

7° inschrijver: de aannemer, leverancier, dienstverlener of gegadigde die een offerte indient;

8° betrokken inschrijver: de inschrijver die niet definitief is uitgesloten van deelname aan de procedure ingevolge een gemotiveerde beslissing waarvan hij in kennis is gesteld en waartegen geen verhaal meer kan worden aangetekend bij de verhaalinstantie of die wettig is bevonden door de verhaalinstantie;

9° verhaalinstantie: het in artikel 89 bedoelde rechtscollege;

10° gunning van de opdracht: de beslissing van de aanbestedende instantie om de gekozen inschrijver aan te wijzen;

11° sluiting van de opdracht: de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbestedende instantie en de begunstigde;

12° begunstigde: de inschrijver met wie de opdracht is gesloten;

13° opdrachtdocumenten: de documenten die op de opdracht toepasselijk zijn, met inbegrip van alle aanvullende documenten en de andere documenten waarnaar deze verwijzen. Ze omvatten in voorkomend geval de aankondiging van opdracht en het bestek dat de bijzondere bepalingen bevat die op de opdracht toepasselijk zijn.

Art. 67

Dit boek heeft hetzelfde toepassingsgebied als boek I of boek II, al naargelang het ene of het andere toepasselijk is.

tataire de services qui introduit une demande de participation en vue de sa sélection ou de sa qualification;

6° candidat concerné: le candidat à qui l'autorité adjudicatrice, à l'occasion d'un marché, n'a pas notifié les motifs de sa non-sélection avant que la décision d'attribution soit notifiée aux soumissionnaires concernés;

7° soumissionnaire: l'entrepreneur, le fournisseur, le prestataire de services ou le candidat sélectionné qui remet une offre;

8° soumissionnaire concerné: le soumissionnaire non définitivement exclu de la participation à la procédure par une décision motivée qui lui a été notifiée et qui n'est plus susceptible d'un recours devant l'instance de recours ou qui a été jugée licite par l'instance de recours;

9° instance de recours: la juridiction visée à l'article 89;

10° attribution du marché: la décision prise par l'autorité adjudicatrice désignant le soumissionnaire retenu;

11° conclusion du marché: la naissance du lien contractuel entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire;

12° adjudicataire: le soumissionnaire avec qui le marché est conclu;

13° documents du marché: les documents applicables au marché, y inclus tous les documents complémentaires et les autres documents auxquels ils se réfèrent. Ils comprennent, le cas échéant, l'avis de marché et le cahier spécial des charges contenant les conditions particulières applicables au marché.

Art. 67

Le présent livre a le même champ d'application que le livre I^{er} ou le livre II selon que l'un ou l'autre s'applique.

TITEL II

Opdrachten die de Europese drempels bereiken

HOOFDSTUK 1

Toepassingsgebied

Art. 68

Deze titel is van toepassing op de opdrachten die het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking bereiken.

Wat betreft de defensieopdrachten bedoeld in artikel 296, § 1, b, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap zijn evenwel enkel van toepassing, de artikelen 69, 70, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 88 tot 92.

Wanneer de oorspronkelijke raming van de opdracht lager is dan het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking, maar het goed te keuren offertebedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde evenwel meer dan 20% hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag, is deze titel van toepassing, behalve de uitzondering bedoeld in artikel 77, 1°.

HOOFDSTUK 2

Gemotiveerde beslissing

Art. 69

De aanbestedende instantie stelt een gemotiveerde beslissing op:

1° wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

2° wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de klassieke sectoren;

3° wanneer ze beslist over de kwalificatie of de intrekking van de kwalificatie in het kader van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren;

4° wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat;

5° wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure;

TITRE II

*Marchés atteignant les seuils européens*CHAPITRE 1^{ER}**Champ d'application**

Art. 68

Le présent titre s'applique aux marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne.

En ce qui concerne les marchés en matière de défense visés à l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité instituant la Communauté européenne, seuls les articles 69, 70, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 88 à 92 sont cependant applicables.

Lorsque l'estimation initiale du marché est inférieure au montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, mais que le montant hors taxe sur la valeur ajoutée de l'offre à approuver est cependant supérieur de plus de 20% à ce montant fixé par le Roi, le présent titre est applicable, sauf l'exception prévue à l'article 77, 1°.

CHAPITRE 2

Décision motivée

Art. 69

L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée:

1° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité;

2° lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques;

3° lorsqu'elle décide de la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux;

4° lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation;

5° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;

6° wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven.

In de gevallen vermeld in het eerste lid, 1° en 2°, dienen de motieven van de beslissing op het ogenblik van de beslissing te bestaan, maar kan de gemotiveerde beslissing a posteriori worden opgesteld, uiterlijk door ze op te nemen in de gunningsbeslissing bedoeld in het eerste lid, 5°.

Indien toepassing kan worden gemaakt van de artikelen 17, § 2, 1°, b, tweede lid, tweede streepje, en c, 39, § 2, 1°, c, en 3°, b en c, en 59, § 2, 1°, d, en 4°, b en c, wordt de gunningsbeslissing bedoeld in het eerste lid, 5°, indien deze niet onmiddellijk kan worden opgesteld, a posteriori opgesteld, uiterlijk de vijftiende dag na de beslissing.

Art. 70

De in artikel 69 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de procedure en het soort beslissing:

1° de naam en het adres van de aanbestedende instantie, het voorwerp van de opdracht en het goed te keuren opdrachtbedrag;

2° in geval van onderhandelingsprocedure, de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van deze procedure rechtvaardigen of mogelijk maken;

3° de namen van de kandidaten of inschrijvers;

4° ingeval van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren:

— de namen van de gekwalificeerde en niet-gekwalificeerde kandidaten en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben en die gebaseerd zijn op de vooraf vastgestelde kwalificatiecriteria en -regels;

— de namen van de kandidaten waarvan de kwalificatie is ingetrokken en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben en die gebaseerd zijn op de vooraf vastgestelde kwalificatiecriteria en -regels;

5° de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben;

6° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke

6° lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1^{er}, 1° et 2°, les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise mais la décision motivée peut cependant être établie a posteriori, et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution visée à l'alinéa 1^{er}, 5°.

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 5°, si la décision d'attribution ne peut être établie immédiatement, celle-ci est établie a posteriori, et au plus tard dans les quinze jours qui suivent la décision, dans les hypothèses visées aux articles 17, § 2, 1°, b, alinéa 2, 2^e tiret, et c, 39, § 2, 1°, c, et 3°, b et c, et 59, § 2, 1°, d, et 4°, b et c.

Art. 70

La décision motivée visée à l'article 69 comporte, selon la procédure et le type de décision:

1° le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, l'objet et le montant du marché à approuver;

2° en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure;

3° les noms des candidats ou des soumissionnaires;

4° en cas de système de qualification dans les secteurs spéciaux:

— les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;

— les noms des candidats dont la qualification est retirée et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;

5° les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes;

6° les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur

motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen;

7° de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben;

8° de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die wordt gevolgd.

Art. 71

De in artikel 70 bedoelde beslissing geldt als proces-verbaal en wordt, op haar verzoek, overgelegd aan de Europese Commissie. In de klassieke sectoren wordt dit proces-verbaal aangevuld met de vermelding van het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming zal worden gegeven, voor zover dat gekend is.

HOOFDSTUK 3

Informatie aan kandidaten en inschrijvers

Art. 72

§ 1. Wanneer de gunningsprocedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, deelt de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde selectiebeslissing, aan elke niet-geselecteerde kandidaat mee:

1° de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing;

2° ingeval van een beperking van het aantal geselecteerde kandidaten op basis van een rangschikking, de gemotiveerde selectiebeslissing.

De uitnodiging tot het indienen van een offerte mag niet aan de geselecteerde kandidaten worden gericht vóór de verzending van deze informatie.

§ 2. Ingeval van het instellen en het beheer van een kwalificatiesysteem in de speciale sectoren deelt de

éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;

7° les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue;

8° les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie.

Art. 71

La décision visée à l'article 70 vaut procès-verbal et est transmise, à sa demande, à la Commission européenne. Dans les secteurs classiques, ce procès-verbal est complété par l'indication de la part du marché qui sera sous-traitée, si celle-ci est connue.

CHAPITRE 3

Information des candidats et des soumissionnaires

Art. 72

§ 1^{er}. Lorsque la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation, dès qu'elle a pris la décision motivée de sélection, l'autorité adjudicatrice communique à tout candidat non sélectionné:

1° les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision;

2° en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la décision motivée de sélection.

L'invitation à présenter une offre ne peut être adressée aux candidats sélectionnés avant l'envoi de ces informations.

§ 2. En cas d'établissement et de gestion d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux,

aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde kwalificatiebeslissing, aan elke niet-gekwalificeerde kandidaat de motieven voor zijn niet-kwalificatie mee, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing. Deze mededeling gebeurt onverwijld en uiterlijk binnen vijftien dagen vanaf de datum van de beslissing.

Voorafgaandelijk aan de intrekking van de kwalificatie van een aannemer, leverancier of dienstverlener brengt de aanbestedende instantie hem, tenminste vijftien dagen vóór de datum bepaald voor de intrekking van de kwalificatie, schriftelijk op de hoogte van haar voornemen en van de redenen die dit rechtvaardigen, alsook van de mogelijkheid om zijn opmerkingen te laten gelden binnen dezelfde termijn.

Art. 73

§ 1. Onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing doet de aanbestedende instantie kennisgeving van:

1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;

2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;

3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing.

De in het eerste lid bedoelde kennisgeving omvat in voorkomend geval eveneens:

1° de nauwkeurige vermelding van de exacte duur van de termijn bedoeld in artikel 76, eerste lid;

2° de aanbeveling om de aanbestedende instantie binnen diezelfde termijn per telefax, e-mail of een ander elektronisch middel te verwittigen indien de belanghebbende een vordering tot schorsing indient overeenkomstig artikel 76;

3° het telefaxnummer of het elektronisch adres waarnaar de in artikel 76, derde lid, bedoelde verwittiging kan worden verzonden.

De aanbestedende instantie doet deze kennisgeving onverwijld per telefax of e-mail of een ander elektronisch middel, alsook, dezelfde dag, bij aangetekende brief.

dès qu'elle a pris la décision motivée de qualification, l'autorité adjudicatrice communique à tout candidat non qualifié, les motifs de sa non-qualification, extraits de cette décision. Cette communication a lieu dans les moindres délais et au plus tard dans les quinze jours à compter de la date de la décision.

Préalablement au retrait de la qualification d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services, l'autorité adjudicatrice informe celui-ci par écrit de cette intention et des raisons la justifiant au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification, ainsi que de la possibilité de faire part de ses observations dans ce même délai.

Art. 73

§ 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique:

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant:

1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 76, alinéa 1^{er};

2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit un recours en suspension conformément à l'article 76;

3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 76, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

§ 2. De in paragraaf 1 bedoelde kennisgeving doet geen enkele contractuele verbintenis ontstaan ten aanzien van de gekozen inschrijver en schorst de termijn tijdens dewelke de inschrijvers gebonden blijven door hun offerte, voor zover een dergelijke termijn en artikel 76 toepasselijk zijn.

Voor alle voor die opdracht ingediende offertes eindigt de schorsing van de bedoelde termijn:

1° indien geen vordering tot schorsing is ingesteld als bedoeld in artikel 76, tweede lid, de laatste dag van de termijn bedoeld in artikel 76, eerste lid;

2° indien een vordering tot schorsing is ingesteld als bedoeld in artikel 76, tweede lid, de dag waarop de in artikel 80 bedoelde verhaalinstantie een beslissing heeft genomen;

3° in elk geval ten laatste 45 dagen na de in paragraaf 1 bedoelde kennisgeving.

Art. 74

Onmiddellijk na het nemen van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, een nieuwe opdracht uit te schrijven, deelt de aanbestedende instantie de gemotiveerde beslissing mee aan de betrokken kandidaten en inschrijvers.

Art. 75

§ 1. Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

§ 2. De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van het plaatsen en de uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.

Zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van

§ 2. La communication visée au paragraphe 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 76 soient applicables.

Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché, la suspension de ce délai prend fin:

1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 76, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 76, alinéa 1^{er};

2° en cas de demande de suspension visée à l'article 76, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 80;

3° en tout cas au plus tard 45 jours après la communication visée au paragraphe 1^{er}.

Art. 74

Dès qu'elle a pris la décision de renoncer à passer un marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché, l'autorité adjudicatrice communique la décision motivée aux candidats concernés et aux soumissionnaires.

Art. 75

§ 1^{er}. Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

§ 2. L'autorité adjudicatrice et toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées par celle-ci, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, ne divulguent aucun de ces renseignements. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Aussi longtemps que l'autorité adjudicatrice n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats, de la régularité des

de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie.

HOOFDSTUK 4

Wachttermijn

Art. 76

De sluiting van de opdracht die volgt op de gunningsbeslissing, mag in geen geval plaatsvinden vóór het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat de dag nadat de gemotiveerde beslissing aan de betrokken kandidaten en inschrijvers overeenkomstig artikel 73, § 1, derde lid, is verzonden. Indien deze verzendingen niet tegelijk gebeuren, gaat de termijn voor de betrokken kandidaat of de betrokken inschrijver in de dag na de laatste verzendingsdatum.

Wanneer een in artikel 80 bedoelde vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing wordt ingediend binnen de in het eerste lid bedoelde termijn, mag de aanbestedende instantie de opdracht niet sluiten voordat de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, hetzij over de vordering tot schorsing.

Te dien einde wordt de indiener van de vordering uitgenodigd de aanbestedende instantie binnen die termijn bij voorkeur per telefax of e-mail of een ander elektronisch middel over de indiening van die vordering te verwittigen.

De opdracht mag worden gesloten na afloop van de in het eerste lid bedoelde termijn, wanneer binnen de bedoelde termijn geen enkele vordering tot schorsing wordt ingediend.

Het verbod om de opdracht te sluiten, strekt enkel tot voordeel van de indiener van een vordering tot schorsing binnen de in het eerste lid bedoelde termijn.

Art. 77

De opdracht mag worden gesloten zonder toepassing te maken van artikel 76 in de volgende gevallen:

offres, de attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché, les candidats, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'autorité adjudicatrice.

CHAPITRE 4

Délai d'attente

Art. 76

La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 73, § 1^{er}, alinéa 3. À défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi.

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution visée à l'article 80 est introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur le recours en suspension.

À cette fin, l'auteur de cette demande est invité à avertir l'autorité adjudicatrice dans ce délai, de préférence par télécopieur ou courrier électronique ou tout autre moyen électronique, de l'introduction d'une telle demande.

La conclusion du marché peut avoir lieu au terme du délai visé à l'alinéa 1^{er} lorsqu'aucune demande de suspension n'est introduite dans le délai précité.

L'interdiction de procéder à la conclusion du marché bénéficie au seul auteur d'une demande de suspension introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}.

Art. 77

La conclusion du marché peut avoir lieu sans appliquer l'article 76 dans les cas suivants:

1° wanneer een voorafgaande Europese bekendmaking niet verplicht is;

2° wanneer de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken kandidaten zijn.

Art. 78

De schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie leidt van rechtswege tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met artikel 76 zou zijn gesloten.

De aanbestedende instantie stelt de begunstigde onverwijld van deze schorsing in kennis en beveelt hem de uitvoering van de opdracht, al naargelang, niet te beginnen of stop te zetten.

Wanneer na de schorsing van rechtswege van de uitvoering van de opdracht geen enkele vordering tot nietigverklaring van de gunningsbeslissing of tot onverbindendverklaring van de opdracht wordt ingediend binnen de toepasselijke termijnen bepaald in artikel 88, worden de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing en van de opdracht van rechtswege opgeheven.

HOOFDSTUK 5

Verhaalprocedures

Afdeling 1

Vernietiging

Art. 79

Op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad bij het bekomen van een bepaalde opdracht en die door de beweerdte schending is of dreigt te worden benadeeld, kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen, waaronder degene die berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties, omdat deze beslissingen een machtsafwenning inhouden of een inbreuk vormen op:

1° het op de desbetreffende opdracht toepasselijke Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, alsook op de wet en haar uitvoeringsbesluiten;

1° lorsqu'une publication européenne préalable n'est pas obligatoire;

2° lorsque le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés.

Art. 78

La suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation de l'article 76.

L'autorité adjudicatrice informe l'adjudicataire sans délai de cette suspension et lui ordonne, selon le cas, de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché.

Lorsqu'après la suspension de plein droit de l'exécution du marché, aucune demande d'annulation de la décision d'attribution ou de déclaration d'absence d'effets du marché n'est introduite dans les délais applicables prévus à l'article 88, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché sont levées de plein droit.

CHAPITRE 5

Des procédures de recours

Section 1^{re}

Annulation

Art. 79

À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent:

1° le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la loi et ses arrêtés d'exécution;

2° de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn;

3° de opdrachtdocumenten.

Afdeling 2

Schorsing

Art. 80

Onder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 79 en zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist, kan de verhaalinstantie, eventueel op straffe van een dwangsom, de uitvoering van de in artikel 79 bedoelde beslissingen schorsen en, zolang het vernietigingsberoep bij haar aanhangig is:

1° de voorlopige maatregelen bevelen om de beeerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;

2° de voorlopige maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak.

Deze vordering wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding, overeenkomstig artikel 89.

De verhaalinstantie houdt rekening met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen.

De beslissing om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan, doet geen afbreuk aan de andere door de indiener ingeroepen rechten.

De vordering tot voorlopige maatregelen kan samen met de in het eerste lid bedoelde vordering tot schorsing of met de in artikel 79 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk worden ingediend.

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;

3° les documents du marché.

Section 2

Suspension

Art. 80

Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 79, l'instance de recours peut, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 79 et, aussi longtemps qu'elle demeure saisie d'un recours en annulation:

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Ce recours est introduit selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, conformément à l'article 89.

L'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou avec la demande d'annulation visée à l'article 79 ou séparément.

Afdeling 3*Schadevergoeding***Art. 81**

De verhaalinstantie kent een schadevergoeding toe aan de personen die benadeeld zijn door één van de in artikel 79 bedoelde schendingen die door de aanbestedende instantie zijn begaan en voorafgaan aan de sluiting van de opdracht op voorwaarde dat de verhaalinstantie zowel de schade als het oorzakelijk verband tussen de schade en de beweerdte schending bewezen acht.

Wanneer er voor de opdrachten in de speciale sectoren, een vordering tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van de kosten voor het opstellen van een offerte of van de deelname aan de procedure, volstaat het dat de indiener aantoonst dat er sprake is van een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de wet of van haar uitvoeringsbesluiten en dat hij reële kansen had om de opdracht te bekomen wanneer deze schending niet zou zijn gebeurd.

Afdeling 4*Onverbindendverklaring***Art. 82**

Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de verhaalinstantie de gesloten opdracht onverbindend in elk van de volgende gevallen:

1° onverminderd artikel 83, wanneer de aanbestedende instantie een opdracht heeft gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking, terwijl het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten dit nochtans vereisen;

2° wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gesloten zonder inachtneming van de in artikel 76, eerste lid, bedoelde termijn, of zonder te wachten tot de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot schorsing, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, wanneer:

a) een inschrijver door deze schending geen verhaal tot schorsing heeft kunnen instellen of voleindigen als bedoeld in artikel 76, tweede lid, en

Section 3*Dommages et intérêts***Art. 81**

L'instance de recours accorde des dommages et intérêts aux personnes lésées par une des violations visées à l'article 79 commise par l'autorité adjudicatrice et précédant la conclusion du marché, à condition que la dite instance considère comme établis tant le dommage que le lien causal entre celui-ci et la violation alléguée.

Toutefois, pour les marchés dans les secteurs spéciaux, lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à la procédure de marché, elle est uniquement tenue de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise.

Section 4*Déclaration d'absence d'effets***Art. 82**

À la demande de toute personne intéressée, l'instance de recours déclare dépourvu d'effets un marché conclu dans chacun des cas suivants:

1° sous réserve de l'article 83, lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu un marché sans une publicité européenne préalable, alors que cela est pourtant exigé par le droit communautaire en matière de marchés publics, par la loi ou ses arrêtés d'exécution;

2° lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché sans respecter le délai visé à l'article 76, alinéa 1^{er}, ou sans attendre que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, statue, soit sur la demande de suspension, soit sur la demande de mesures provisoires lorsque cette violation:

a) a privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension visé à l'article 76, alinéa 2, et

b) deze schending gepaard gaat met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten die de kansen van een inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig heeft beïnvloed.

De aanbestedende instantie en de begunstigde worden betrokken in deze verhaalprocedure. Te dien einde deelt de aanbestedende instantie de identiteit van de begunstigde mee zodra de indiener van het verhaal daarom verzoekt.

De vordering tot onverbindendverklaring van de opdracht kan samen met de in artikel 79 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk worden ingediend.

Art. 83

De in artikel 82, eerste lid, 1°, bedoelde onverbindendverklaring is niet toepasselijk indien de aanbestedende instantie, alhoewel ze van oordeel is dat het plaatsen van de opdracht zonder voorafgaande Europese bekendmaking toegestaan is op grond van de bepalingen van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten,

1° in het Publicatieblad van de Europese Unie vooraf een aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante heeft bekendgemaakt, overeenkomstig het door de Koning vastgestelde model, waarin ze te kennen geeft de opdracht te willen sluiten en;

2° de opdracht niet heeft gesloten vóór het verstrijken van een termijn van ten minste tien dagen die ingaat de dag na de bekendmaking van de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De in het eerste lid bedoelde aankondiging wordt eveneens bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen, zonder dat deze laatste bekendmaking evenwel een toepassingsvoorwaarde vormt voor de in dit artikel bedoelde uitzondering op de onverbindendverklaring.

De bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen is facultatief voor de opdrachten onderworpen aan de bepalingen van boek II.

De in het eerste lid bedoelde aankondiging bevat de volgende informatie:

1° de naam en de contactgegevens van de aanbestedende instantie;

2° een omschrijving van het voorwerp van de opdracht;

b) est accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et si cette dernière violation a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché.

L'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire sont appelés à la cause. À cette fin, l'autorité adjudicatrice communique l'identité de l'adjudicataire dès qu'elle en est requise par l'auteur du recours.

La demande de déclaration d'absence d'effets du marché peut être introduite avec la demande d'annulation visée à l'article 79 ou séparément.

Art. 83

La déclaration d'absence d'effets visée à l'article 82, alinéa 1^{er}, 1°, ne s'applique pas si l'autorité adjudicatrice, bien qu'estimant que la passation du marché sans une publicité européenne préalable est autorisée en vertu des dispositions du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution,

1° a publié préalablement au Journal officiel de l'Union européenne un avis de transparence ex ante volontaire, conformément au modèle fixé par le Roi, exprimant son intention de conclure le marché et;

2° n'a pas conclu le marché avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne.

L'avis visé à l'alinéa 1^{er} est également publié au Bulletin des Adjudications sans que cette dernière publication ne constitue cependant une condition d'application de l'exception à la déclaration d'absence d'effets prévue au présent article.

La publication au Bulletin des Adjudications est facultative pour les marchés soumis aux dispositions du livre II.

L'avis visé à l'alinéa 1^{er} contient les informations suivantes:

1° le nom et les coordonnées de l'autorité adjudicatrice;

2° la description de l'objet du marché;

3° de rechtvaardiging van de beslissing van de aanbestedende instantie om de opdracht te plaatsen zonder voorafgaande Europese bekendmaking;

4° de naam en de contactgegevens van de inschrijver ten aanzien van wie is beslist de opdracht te gunnen, en

5° in voorkomend geval, elke andere informatie die de aanbestedende instantie nuttig acht.

Alleen de aankondiging bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen geldt als officiële bekendmaking.

Art. 84

Wanneer ze de opdracht onverbindend verklaart, beslist de verhaalinstantie om:

1° alle contractuele verbintenissen met terugwerkende kracht te vernietigen, of

2° de werking van de vernietiging te beperken tot de nog uit te voeren verbintenissen.

In het in het eerste lid, 2°, bedoelde geval legt de verhaalinstantie tevens een boete op als bedoeld in artikel 87.

Art. 85

De verhaalinstantie kan beslissen om een opdracht niet onverbindend te verklaren, ook al is die onwettig gesloten om de in artikel 82 genoemde redenen, indien ze, na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, van mening is dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de rechtsgevolgen van de opdracht zouden blijven bestaan.

In dat geval legt de verhaalinstantie in de plaats daarvan alternatieve sancties op als bedoeld in artikel 87.

Wat het niet onverbindend verklaren van een opdracht betreft, mogen economische belangen alleen als dwingende redenen worden beschouwd indien, in uitzonderlijke omstandigheden, de onverbindendheid onevenredig grote gevolgen zou hebben.

Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de opdracht in kwestie, kunnen evenwel niet als dwingende redenen van algemeen belang in aanmerking worden genomen. Economische belangen die

3° la justification de la décision de l'autorité adjudicatrice de passer le marché sans publicité européenne préalable;

4° le nom et les coordonnées du soumissionnaire auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et

5° le cas échéant, toute autre information jugée utile par l'autorité adjudicatrice.

Seul l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications a valeur de publication officielle.

Art. 84

Lorsqu'elle déclare un marché dépourvu d'effets, l'instance de recours prononce:

1° l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou

2° la limitation de la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées.

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 2°, l'instance de recours prononce également une pénalité financière visée à l'article 87.

Art. 85

L'instance de recours a la faculté de ne pas considérer un marché dépourvu d'effets, même s'il a été conclu illégalement pour des motifs visés à l'article 82, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus.

Dans ce cas, l'instance de recours prononce à titre de substitution des sanctions visées à l'article 87.

En ce qui concerne la décision de ne pas déclarer un marché dépourvu d'effets, l'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts

rechtstreeks verband houden met de opdracht omvatten onder meer de kosten die voortvloeien uit de vertraging bij de uitvoering van de opdracht, de kosten van een nieuwe gunningsprocedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de opdracht moet uitvoeren, en de kosten van de juridische verplichtingen die voortvloeien uit de onverbindendheid.

Art. 86

Behalve in de in de artikelen 78 en 82 tot 85 bepaalde gevallen kan de opdracht, zodra die is gesloten, niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten.

Afdeling 5

Alternatieve sancties

Art. 87

§ 1. Bij wijze van alternatieve sanctie kan de verhaalinstantie, ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende, de looptijd van de opdracht inkorten of de aanbestedende instantie een boete opleggen.

De aanbestedende instantie en de begunstigde worden betrokken in deze verhaalprocedure. Te dien einde deelt de aanbestedende instantie de identiteit van de begunstigde mee zodra de indiener van het verhaal daarom verzoekt.

De opgelegde sanctie is doeltreffend, evenredig en afschrikkend.

Wanneer ze een sanctie oplegt, kan de verhaalinstantie alle relevante factoren in aanmerking nemen, waaronder de ernst van de schending, de houding van de aanbestedende instantie en de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft.

De boete bedraagt maximum 15% van het gegunde opdrachtbedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde.

De toekenning van schadevergoeding vormt geen sanctie als bedoeld in dit artikel.

§ 2. Op verzoek van elke belanghebbende en na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, legt de verhaalinstantie een alternatieve sanctie op als bedoeld

déoulant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 86

Sauf dans les cas prévus aux articles 78 et 82 à 85, le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution.

Section 5

Sanctions de substitution

Art. 87

§ 1^{er}. À titre de sanction de substitution, l'instance de recours peut, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, abréger la durée du marché ou imposer une pénalité financière à l'autorité adjudicatrice.

L'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire sont appelés à la cause. À cette fin, l'autorité adjudicatrice communique l'identité de l'adjudicataire dès qu'elle en est requise par l'auteur du recours.

La sanction prononcée est effective, proportionnée et dissuasive.

Lorsqu'elle prononce une sanction, l'instance de recours peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement de l'autorité adjudicatrice et la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

La pénalité financière s'élève au maximum à 15% du montant hors taxe sur la valeur ajoutée du marché attribué.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction au sens du présent article.

§ 2. À la demande de toute personne intéressée et après avoir apprécié tous les aspects pertinents, l'instance de recours prononce une sanction de substitution

in paragraaf 1 wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gesloten in strijd met artikel 76, eerste en tweede lid, waarbij deze schending evenwel:

1° voor de inschrijver geen belemmering vormde om een vordering tot schorsing in te stellen als bedoeld in artikel 76, tweede lid, en

2° niet gepaard ging met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, waardoor de kansen van de inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig zouden zijn beïnvloed.

De boetes die bij wijze van alternatieve sanctie worden uitgesproken, worden gestort aan de Schatkist.

Afdeling 6

Verhaaltermijnen

Art. 88

§ 1. De verhaalprocedures worden, op straffe van niet-ontvankelijkheid, ingesteld binnen de paragrafen 2 tot 4, 5, eerste lid, en 6 bedoelde termijnen vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang.

§ 2. De in artikel 79 bedoelde vordering tot vernietiging wordt ingesteld binnen een termijn van zestig dagen.

§ 3. De in artikel 80 bedoelde vordering tot schorsing wordt ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen. Ingeval toepassing wordt gemaakt van artikel 83 bedraagt de termijn tien dagen.

§ 4. De in artikel 81 bedoelde vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld binnen een termijn van vijf jaar.

§ 5. De in artikel 82 bedoelde vordering tot onverbindendverklaring wordt ingesteld binnen een termijn van dertig dagen die ingaat de dag nadat de aanbestedende instantie, hetzij:

1° de aankondiging van gegunde opdracht heeft bekendgemaakt overeenkomstig de door de Koning vastgestelde bepalingen, wanneer de aanbestedende instantie beslist heeft deze opdracht te plaatsen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen en de aankondiging van gegunde opdracht de rechtvaardiging van deze beslissing bevat, of

visée au paragraphe 1^{er} lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché en méconnaissance de l'article 76, alinéas 1^{er} et 2, sans toutefois que cette violation:

1° ait privé le soumissionnaire de la possibilité d'engager un recours en suspension visé à l'article 76, alinéa 2, et

2° soit accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution, et que cette dernière violation ait pu compromettre les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché.

Les pénalités financières prononcées comme sanctions de substitution sont versées au Trésor.

Section 6

Délais de recours

Art. 88

§ 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux paragraphes 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

§ 2. Le recours en annulation visé à l'article 79 est introduit dans un délai de soixante jours.

§ 3. Le recours en suspension visé à l'article 80 est introduit dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 83, le délai est de dix jours.

§ 4. Le recours en dommages et intérêts visé à l'article 81 est introduit dans un délai de cinq ans.

§ 5. Le recours en déclaration d'absence d'effets visé à l'article 82 est introduit dans un délai de trente jours à compter du lendemain du jour où l'autorité adjudicatrice, soit:

1° a publié l'avis d'attribution du marché conformément aux dispositions arrêtées par le Roi, lorsque l'autorité adjudicatrice a décidé de passer ce marché sans publication préalable d'un avis au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications et que l'avis d'attribution du marché contient la justification de cette décision, ou

2° de betrokken kandidaten en inschrijvers ervan in kennis heeft gesteld dat de opdracht werd gesloten en hen tegelijk de gemotiveerde beslissing heeft meege-deeld die op hen betrekking heeft.

De verhaaltermijn bedraagt zes maanden vanaf de dag na de sluiting van de opdracht wanneer de aanbestedende instantie de bepalingen van het eerste lid niet naleeft.

§ 6. De in artikel 87 bedoelde vordering tot alternatieve sancties wordt ingesteld binnen een termijn van zes maanden.

Afdeling 7

Verhaalinstanties

Art. 89

Voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 79 en 80 is de verhaalinstantie:

1° de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

2° de gewone rechter wanneer de aanbestedende instantie geen overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 81, 82 en 87 is de verhaalinstantie de gewone rechter. Voor de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties zetelt de rechter zoals in kort geding.

Art. 90

Tenzij de bepalingen van deze wet hiervan afwijken, worden de bevoegdheids- en procedurevoorschriften voor de verhaalinstantie bepaald door de wetten en besluiten betreffende de verhaalinstantie.

Wanneer de verhaalinstantie een vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing ontvangt, deelt zij dit onmiddellijk mee aan de aanbestedende instantie.

Art. 91

De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen

2° a informé les candidats concernés et les soumissionnaires concernés de la conclusion du contrat en leur communiquant simultanément la décision motivée les concernant.

Le délai de recours est fixé à six mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché, lorsque l'autorité adjudicatrice ne respecte pas les dispositions de l'alinéa 1^{er}.

§ 6. Le recours relatif à des sanctions de substitution visées à l'article 87 est introduit dans un délai de six mois.

Section 7

Instances de recours

Art. 89

L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 79 et 80 est:

1° la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;

2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Pour les procédures de recours visées aux articles 81, 82 et 87, l'instance de recours est le juge judiciaire. Pour la déclaration d'absence d'effets et les sanctions alternatives, le juge siège comme en référé.

Art. 90

À moins que des dispositions de la présente loi n'y dérogent, les règles de compétence et de procédure devant l'instance de recours sont celles fixées par les lois et arrêtés relatifs à l'instance de recours.

Lorsque l'instance de recours reçoit une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution, elle en informe immédiatement l'autorité adjudicatrice.

Art. 91

L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des

met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.

Art. 92

Ingeval van een tergende en roekeloze verhaalprocedure kan de verhaalinstantie, op verzoek van de aanbestedende instantie of de begunstigde van de beslissing, aan de aanbestedende instantie of aan de begunstigde een passende schadevergoeding toekennen ten laste van de verzoeker. Het totale bedrag van de eventuele schadevergoedingen mag in geen geval 5% van het gegunde opdrachtbedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde overschrijden.

TITEL III

Opdrachten die de Europese drempels niet bereiken

HOOFDSTUK 1

Toepassingsgebied

Art. 93

Deze titel is toepasselijk op de opdrachten die het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking niet bereiken.

In de zin van deze titel wordt onder “opdracht” eveneens verstaan het opstellen van een lijst van gegadigden en, in de speciale sectoren, van een kwalificatiesysteem.

informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable.

Art. 92

En cas de recours téméraire et vexatoire, à la demande de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte, l'instance de recours peut octroyer une indemnisation adéquate à l'autorité adjudicatrice ou au bénéficiaire à charge du requérant. Le montant total des éventuelles indemnités ne peut en aucun cas dépasser 5% du montant hors taxe sur la valeur ajoutée du marché attribué.

TITRE III

Marchés n'atteignant pas les seuils européens

CHAPITRE 1^{ER}

Champ d'application

Art. 93

Le présent titre s'applique aux marchés n'atteignant pas le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne.

Au sens du présent titre, on entend également par “marché”, l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés et, dans les secteurs spéciaux, l'établissement d'un système de qualification.

HOOFDSTUK 2

Gemotiveerde beslissing, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn

Art. 94

De artikelen 69, 70, 72, 73, § 1, eerste lid, 74 en 75 zijn toepasselijk op de opdrachten bedoeld in deze titel. De Koning kan voorzien in uitzonderingen voor bepaalde soorten opdrachten en voor opdrachten beneden bepaalde bedragen.

Art. 95

Artikel 76 is toepasselijk op de opdrachten voor werken die verplicht zijn onderworpen aan een Belgische bekendmaking en waarvan het geraamde bedrag ligt tussen het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking en een bedrag dat de helft bedraagt van het eerstgenoemde bedrag. Het onderhavige lid is evenwel niet toepasselijk op de opdrachten voor werken inzake defensie als bedoeld in artikel 296, § 1, b, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

De aanbestedende instantie kan artikel 76, eerste lid, toepasselijk maken op de opdrachten bedoeld in deze titel die niet zijn onderworpen aan het eerste lid.

Zodra de opdracht is gesloten, kan deze niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten.

HOOFDSTUK 3

Verhaalprocedures

Art. 96

De artikelen 79 tot 81 zijn toepasselijk op de opdrachten onderworpen aan de bepalingen van deze titel.

Art. 97

Wanneer artikel 95, eerste lid, toepasselijk is, zijn de artikelen 77, 2°, 78, 82 en 84 tot 87 eveneens toepasselijk.

CHAPITRE 2

Décision motivée, information des candidats et des soumissionnaires et délai d'attente

Art. 94

Les articles 69, 70, 72, 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 74 et 75 sont applicables aux marchés visés au présent titre. Le Roi peut prévoir des exceptions pour certains types de marchés et pour des marchés n'atteignant pas certains montants.

Art. 95

L'article 76 est applicable aux marchés de travaux soumis à la publicité obligatoire au niveau belge dont le montant estimé se situe entre le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et un montant correspondant à la moitié du montant cité en premier lieu. Le présent alinéa ne s'applique cependant pas aux marchés de travaux en matière de défense visés à l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité instituant la Communauté européenne.

L'autorité adjudicatrice peut rendre l'article 76, alinéa 1^{er}, applicable aux marchés visés au présent titre et qui ne sont pas visés à l'alinéa 1^{er}.

Une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution.

CHAPITRE 3

Procédures de recours

Art. 96

Les articles 79 à 81 sont applicables aux marchés visés par le présent titre.

Art. 97

Lorsque l'article 95, alinéa 1^{er}, est applicable, les articles 77, 2°, 78, 82 et 84 à 87 sont également applicables.

Wanneer de aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 95, tweede lid, artikel 76, eerste lid, vrijwillig toepasselijk maakt, zijn de artikelen 78 en 82 tot 87 niet toepasselijk.

Art. 98

De artikelen 88, §§ 1 tot 4, en 89 tot 92 zijn toepasselijk op de opdrachten bedoeld in deze titel. Op de opdrachten bedoeld in artikel 95, eerste lid, zijn eveneens de bepalingen van artikel 88, §§ 5 en 6, toepasselijk.

TITEL IV

Correctiemechanisme

Art. 99

§ 1. De Europese Commissie kan de in de tweede tot vijfde paragraaf bedoelde procedure hanteren wanneer zij, vóór de sluiting van de opdracht, van oordeel is dat een ernstige schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten is begaan tijdens een procedure die onder het toepassingsgebied valt van titel II van dit boek.

§ 2. De Europese Commissie stelt de Belgische Staat in kennis van de redenen waarom zij tot de conclusie is gekomen dat een ernstige schending is begaan en vraagt deze op passende wijze ongedaan te maken.

§ 3. Binnen 21 kalenderdagen na ontvangst van de in de tweede paragraaf bedoelde kennisgeving, stelt de Belgische Staat de Commissie in kennis van:

- a) de bevestiging dat de schending ongedaan is gemaakt;
- b) een met redenen omkleed oordeel waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen, of
- c) een kennisgeving waarin staat dat de gunningsprocedure is geschorst, hetzij op initiatief van de aanbestedende instantie, hetzij in het kader van de uitoefening van de in artikel 80 bepaalde bevoegdheden.

§ 4. Een met redenen omkleed oordeel meegedeeld volgens paragraaf 3, b, kan onder meer gebaseerd zijn op het feit dat tegen de beweerde inbreuk verhaal bij een rechter of een andere instantie is ingesteld. In dat geval deelt de Belgische Staat de Europese Commissie het resultaat van deze procedures mee, zodra dit bekend is.

Si l'autorité adjudicatrice, conformément à l'article 95, alinéa 2, fait application volontaire de l'article 76, alinéa 1^{er}, les articles 78 et 82 à 87 ne sont pas applicables.

Art. 98

Les articles 88, §§ 1^{er} à 4, et 89 à 92 sont applicables aux marchés visés par le présent titre. Les dispositions de l'article 88, §§ 5 et 6, sont également applicables aux marchés visés à l'article 95, alinéa 1^{er}.

TITRE IV

Mécanisme correcteur

Art. 99

§ 1^{er}. La Commission européenne peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un marché, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de marché relevant du champ d'application du titre II du présent livre.

§ 2. La Commission européenne notifie à l'État belge les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

§ 3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État belge communique à la Commission:

- a) la confirmation que la violation a été corrigée;
- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative de l'autorité adjudicatrice, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 80.

§ 4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, b, peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou auprès d'une autre instance. Dans ce cas, l'État belge informe la Commission européenne du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

Wanneer de aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 95, tweede lid, artikel 76, eerste lid, vrijwillig toepasselijk maakt, zijn de artikelen 78 en 82 tot 87 niet toepasselijk.

Art. 98

De artikelen 88, §§ 1 tot 4, en 89 tot 92 zijn toepasselijk op de opdrachten bedoeld in deze titel. Op de opdrachten bedoeld in artikel 95, eerste lid, zijn eveneens de bepalingen van artikel 88, §§ 5 en 6, toepasselijk.

TITEL IV

Correctiemechanisme

Art. 99

§ 1. De Europese Commissie kan de in de tweede tot vijfde paragraaf bedoelde procedure hanteren wanneer zij, vóór de sluiting van de opdracht, van oordeel is dat een ernstige schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten is begaan tijdens een procedure die onder het toepassingsgebied valt van titel II van dit boek.

§ 2. De Europese Commissie stelt de Belgische Staat in kennis van de redenen waarom zij tot de conclusie is gekomen dat een ernstige schending is begaan en vraagt deze op passende wijze ongedaan te maken.

§ 3. Binnen 21 kalenderdagen na ontvangst van de in de tweede paragraaf bedoelde kennisgeving, stelt de Belgische Staat de Commissie in kennis van:

- a) de bevestiging dat de schending ongedaan is gemaakt;
- b) een met redenen omkleed oordeel waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen, of
- c) een kennisgeving waarin staat dat de gunningsprocedure is geschorst, hetzij op initiatief van de aanbestedende instantie, hetzij in het kader van de uitoefening van de in artikel 80 bepaalde bevoegdheden.

§ 4. Een met redenen omkleed oordeel meegedeeld volgens paragraaf 3, b, kan onder meer gebaseerd zijn op het feit dat tegen de beweerde inbreuk verhaal bij een rechter of een andere instantie is ingesteld. In dat geval deelt de Belgische Staat de Europese Commissie het resultaat van deze procedures mee, zodra dit bekend is.

Si l'autorité adjudicatrice, conformément à l'article 95, alinéa 2, fait application volontaire de l'article 76, alinéa 1^{er}, les articles 78 et 82 à 87 ne sont pas applicables.

Art. 98

Les articles 88, §§ 1^{er} à 4, et 89 à 92 sont applicables aux marchés visés par le présent titre. Les dispositions de l'article 88, §§ 5 et 6, sont également applicables aux marchés visés à l'article 95, alinéa 1^{er}.

TITRE IV

Mécanisme correcteur

Art. 99

§ 1^{er}. La Commission européenne peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un marché, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de marché relevant du champ d'application du titre II du présent livre.

§ 2. La Commission européenne notifie à l'État belge les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

§ 3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État belge communique à la Commission:

- a) la confirmation que la violation a été corrigée;
- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative de l'autorité adjudicatrice, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 80.

§ 4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, b, peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou auprès d'une autre instance. Dans ce cas, l'État belge informe la Commission européenne du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

§ 5. In geval van kennisgeving waarbij wordt meegedeeld dat een gunningsprocedure is geschorst overeenkomstig paragraaf 3, c, stelt de betrokken lidstaat de Europese Commissie ervan in kennis dat de schorsing is ingetrokken of dat een andere gunningsprocedure is uitgeschreven die volledig of gedeeltelijk verband houdt met de voorafgaande procedure. Deze nieuwe kennisgeving moet bevestigen dat de beweerdde schending ongedaan is gemaakt of moet een met redenen omkleed oordeel bevatten waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie heeft plaatsgevonden.

§ 6. Wanneer de Europese Commissie de in de tweede tot vijfde paragraaf bedoelde procedure hanteert, is de betrokken aanbestedende instantie verplicht samen te werken met de overheden belast met het overmaken van een antwoord aan Europese Commissie. De aanbestedende instantie is met name verplicht de eerste minister langs de snelst mogelijke kanalen, binnen 10 dagen na ontvangst van de kennisgeving van de Europese Commissie, alle documenten en inlichtingen over te leggen die noodzakelijk zijn voor een afdoend antwoord.”.

HOOFDSTUK 3

Wijzigings-, opheffings- en slotbepalingen

Art. 4

In boek IV van dezelfde wet wordt een artikel 100 ingevoegd, luidende:

“Art. 100. De berekening van de in deze wet bepaalde termijnen gebeurt overeenkomstig de verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad, van 3 juni 1971, houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden in het Gemeenschapsrecht.”.

Art. 5

Artikel 21*bis* van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 9 juli 2004 en gewijzigd bij de wet van 8 juni 2008 en bij het koninklijk besluit van 29 september 2009, wordt opgeheven.

Art. 6

Artikel 41*sexies* van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 8 juni 2008 en gewijzigd bij het koninklijk besluit van 29 september 2009, wordt opgeheven.

§ 5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, c, l'État membre concerné notifie à la Commission européenne la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.

§ 6. Lorsque la Commission européenne invoque la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5, l'autorité adjudicatrice concernée est tenue de collaborer avec les autorités chargées de communiquer une réponse à la Commission européenne. L'autorité adjudicatrice est notamment tenue de produire par les voies les plus rapides au premier ministre, dans les dix jours de la réception de la notification de la Commission européenne, tous documents et renseignements nécessaires à assurer une réponse satisfaisante.”.

CHAPITRE 3

Dispositions modificatives, abrogatoires et finales

Art. 4

Dans le livre IV de la même loi, il est inséré un article 100, rédigé comme suit:

“Art. 100. Le calcul des délais fixés dans la présente loi s'opère conformément au règlement (CEE, Euratom) n°1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire.”.

Art. 5

L'article 21*bis* de la même loi, inséré par la loi du 9 juillet 2004 et modifié par la loi du 8 juin 2008 et par l'arrêté royal du 29 septembre 2009, est abrogé.

Art. 6

L'article 41*sexies* de la même loi, inséré par la loi du 8 juin 2008 et modifié par l'arrêté royal du 29 septembre 2009, est abrogé.

Art. 7

Artikel 62*bis* van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 8 juni 2008 en gewijzigd bij het koninklijk besluit van 29 september 2009, wordt opgeheven.

Art. 8

De Koning bepaalt de datum van inwerkingtreding van deze wet.

De overheidsopdrachten, de opdrachten en de prijsvragen voor ontwerpen bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum een uitnodiging werd verstuurd om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, blijven onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging.

Gegeven te Brussel, 23 november 2009

VAN KONINGSWEGE:

De eerste minister,

Herman VAN ROMPUY

De minister van Justitie,

Stefaan DE CLERCK

De minister van Binnenlandse Zaken,

Annemie TURTELBOOM

Art. 7

L'article 62*bis* de la même loi, inséré par la loi du 8 juin 2008 et modifié par l'arrêté royal du 29 septembre 2009, est abrogé.

Art. 8

Le Roi fixe la date de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Les marchés publics, les marchés et les concours de projet, publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une demande de participation ou à remettre une offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation.

Donné à Bruxelles, le 23 novembre 2009

PAR LE ROI:

Le premier ministre,

Herman VAN ROMPUY

Le ministre de la Justice,

Stefaan DE CLERCK

La ministre de l'Intérieur,

Annemie TURTELBOOM