

BELGISCHE SENAAAT

ZITTING 2009-2010

11 DECEMBER 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

VERSLAG

NAMENS DE COMMISSIE VOOR
DE FINANCIËN EN VOOR
DE ECONOMISCHE AANGELEGENHEDEN
UITGEBRACHT DOOR
DE HEER **FONTAINE**

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2009-2010

11 DÉCEMBRE 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

RAPPORT

FAIT AU NOM DE LA COMMISSION
DES FINANCES ET DES AFFAIRES
ÉCONOMIQUES
PAR
M. FONTAINE

Samenstelling van de commissie / Composition de la commission :

Voorzitter / Président : Wouter Beke.**Leden / Membres :**

CD&V	Wouter Beke, Elke Tindemans, Hugo Vandenberghe, Tony Van Parys.
MR	Berni Collas, Marie-Hélène Crombé-Berton, Richard Fournaux.
Open Vld	Roland Duchatelet, Paul Wille.
Vlaams Belang	Anke Van dermeersch, Freddy Van Gaever.
PS	Caroline Désir, Christiane Vienne.
sp.a	John Crombez, Johan Vande Lanotte.
cdH	Dimitri Fourny.
Écolo	José Daras.

Plaatsvervangers / Suppléants :

Dirk Claes, Sabine de Bethune, Nahima Lanjri, Els Schelfhout, Pol Van Den Driessche.
Alain Courtois, Philippe Fontaine, Caroline Persoons, Dominique Tilmans.
Jean-Jacques De Gucht, Martine Taelman, Patrik Vankrunkelven.
Yves Buysse, Jurgen Ceder, Nele Jansegers.
Philippe Mahoux, Franco Seminara, Olga Zrihen.
Guy Swennen, Marleen Temmerman, Myriam Vanlerberghe.
Francis Delpérée, Vanessa Matz.
Marcel Cheron, Cécile Thibaut.

*Zie :***Stukken van de Senaat :****4-1538 - 2009/2010 :**

Nr. 1 : Ontwerp overgezonden door de Kamer van volksvertegenwoordigers.

*Voir :***Documents du Sénat :****4-1538 - 2009/2010 :**

N° 1 : Projet transmis par la Chambre des représentants.

I. INLEIDING

Dit verplicht bicameraal wetsontwerp werd in de Kamer van volksvertegenwoordigers oorspronkelijk ingediend als een wetsontwerp van de regering (stuk Kamer, nr. 52-2276/1).

Het werd op 10 december aangenomen door de Kamer van volksvertegenwoordigers, met 87 stemmen bij 53 onthoudingen.

Het wetsontwerp werd overgezonden op 12 december 2009.

Met toepassing van het artikel 27.1., tweede lid, van het Reglement van de Senaat, heeft de commissie de bespreking van het wetsontwerp aangevat voor de eindstemming in de Kamer van volksvertegenwoordigers.

De commissie heeft dit wetsontwerp besproken tijdens haar vergaderingen van 9 en 11 december 2009.

II. INLEIDENDE UITEENZETTING DOOR DE HEER CARL DEVLIES, STAATSSECRETARIS VOOR DE COÖRDINATIE VAN DE FRAUDEBESTRIJDING, TOEGEVOEGD AAN DE EERSTE MINISTER, EN STAATSSECRETARIS, TOEGEVOEGD AAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

De staatssecretaris verwijst naar de toelichting die hij in de Kamer van volksvertegenwoordigers heeft verstrekt (zie stuk Kamer, nr. 52-2276/003, blz. 3 tot en met 5).

III. ALGEMENE BESPREKING

De heer Vandenberghe merkt op dat twee van de richtlijnen die worden omgezet reeds dateren van 31 maart 2004. Waarom heeft deze omzetting zo lang geduurd? Nu moet de Senaat immers zeer snel en onder tijdsdruk deze bicamerale, technische belangrijke, tekst goedkeuren opdat België de richtlijnen voor 20 december 2009 zou omzetten in Belgisch recht.

Verder merkt spreker op dat een richtlijn niet de letterlijke uitvoering vergt van de rehtens bindende instructies van de Europese Unie maar dat er een marge van appreciatie wordt gelaten aan de nationale wetgever. In welke mate worden de richtlijnen *ne varietur* omgezet in het Belgische recht? Worden er andere voorwaarden bepaald die gebeurlijk de overheid ten goede komen?

De heer Daras vraagt welke concrete gevolgen de voorgestelde bepalingen hebben. Zal de nieuwe wet

I. INTRODUCTION

Le projet de loi à l'examen, qui relève de la procédure bicamérale obligatoire, a été déposé initialement à la Chambre des représentants en tant que projet du gouvernement (doc. Chambre, n° 52-2276/1).

Il a été adopté le 10 décembre par la Chambre des représentants, par 87 voix et 53 abstentions.

Il a été transmis le 12 décembre 2009.

En application de l'article 27.1., alinéa 2, du règlement du Sénat, la commission a entamé la discussion de ce projet de loi avant le vote final à la Chambre des représentants.

La commission a examiné le projet de loi au cours de ses réunions des 9 et 11 décembre 2009.

II. EXPOSÉ INTRODUCTIF DE M. CARL DEVLIES, SECRÉTAIRE D'ÉTAT À LA COORDINATION DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE, ADJOINT AU PREMIER MINISTRE, ET SECRÉTAIRE D'ÉTAT ADJOINT AU MINISTRE DE LA JUSTICE

Le secrétaire d'État renvoie à l'exposé introductif qu'il a présenté à la Chambre des représentants (voir doc. Chambre, n° 52-2276/003, pp. 3 à 5).

III. DISCUSSION GÉNÉRALE

M. Vandenberghe fait remarquer que deux des directives à transposer datent du 31 mars 2004. Pourquoi avoir attendu si longtemps pour le faire? Le Sénat se voit à présent contraint d'approuver dans la précipitation cet important texte technique bicaméral afin de permettre à la Belgique de transposer les directives en droit belge d'ici le 20 décembre 2009.

Par ailleurs, l'intervenant souligne qu'une directive ne requiert pas l'exécution littérale des instructions juridiquement contraignantes de l'Union européenne, mais qu'une marge d'appréciation est laissée au législateur national. Dans quelle mesure les directives sont-elles transposées *ne varietur* en droit belge? D'autres conditions susceptibles d'être utiles aux pouvoirs publics ont-elles été fixées?

M. Daras demande quelles conséquences concrètes auront les dispositions proposées. La nouvelle loi ne

tot gevolg hebben dat bepaalde procedures worden verzwaaard? Zal er, als gevolg hiervan, meer tijd nodig zijn om bepaalde zaken te realiseren?

De staatssecretaris antwoordt dat de voorliggende bepalingen er voornamelijk toe strekken om richtlijn 2007/66/EG om te zetten naar Belgische recht en dat er daarnaast ook nog een integratie is van hetgeen waarin voorzien was in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Spreker beaamt dat er ongeveer twee jaar is verlopen tussen de basisrichtlijn van 11 december 2007 en de huidige tekst. De omzetting van de richtlijn 2007/66/EG heeft veel tijd gevraagd omdat de technische, detaillistische en complexe structuur van de richtlijn op een niet letterlijke manier moest worden ingepast in de Belgische wetgeving. De betrokken tekst zelf was klaar in juni van dit jaar. Echter, er werd ook een overleg met de betrokkenen georganiseerd in de Commissie van de Overheidsopdrachten en er werd voor de kleinere opdrachten, die niet onmiddellijk onder de richtlijn ressorteren, een bijstelling gedaan in functie van de principes die door Europa worden gesteld. De diensten van de kanselarij van de eerste minister bevestigen dat de volgende herziening van de wet van 15 juni 2006, die dit keer niet aan omzettingstermijn is gebonden, aan het Parlement meer tijd zal laten voor een grondige studie van de teksten.

In antwoord op de tweede vraag van de heer Vandenberghe, bezorgen de diensten van de Kanselarij van de eerste minister een nota waaruit het verschil blijkt tussen de punten van de richtlijn die men overneemt, op welke punten België de richtlijn uitbreidt en welke punten eventueel niet worden aanegezet. De nota wordt gepubliceerd als bijlage (1).

De heer Vandenberghe repliceert dat hij reeds vaak het argument heeft gehoord dat het in de toekomst anders zal verlopen. Hij zal daarom enig scepticisme aan de dag leggen en vraagt zich af waarom de voorliggende bepalingen voor 1 januari 2010 moeten worden aangenomen.

Het lid neemt verder kennis van de nota die inderdaad verduidelijkt wat België meer oplegt dan de richtlijn. Verder meent de spreker zich te herinneren dat een richtlijn een bijzondere bepaling inhield ingeval een aanbesteding was aangetast door corruptie. Is deze bepaling ook in het voorliggende wetsontwerp ingeschreven?

Spreker stelt verder dat het belangrijk is dat overheidsopdrachten zo goed mogelijk worden uitgevoerd maar dat er soms toch problemen kunnen rijzen bij de contracten van publiek-private samenwerking (PPS-constructies) aangezien deze worden aangewend om de regelgeving van de aanbesteding te ontwijken. Zeggen de voorliggende bepalingen hierover iets?

(1) Zie bijlage bij dit verslag.

risque-t-elle pas d'alourdir certaines procédures? Faudra-t-il, le cas échéant, davantage de temps pour réaliser certaines choses?

Le secrétaire d'État répond que les dispositions à l'examen visent à transposer principalement la directive 2007/66/CE en droit belge mais aussi certaines dispositions des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. L'intervenant confirme que deux années environ se sont écoulées entre la directive de base du 11 décembre 2007 et le texte actuel. S'il a fallu autant de temps pour transposer la directive 2007/66/CE, c'est parce que sa structure technique, détaillée et complexe devait être intégrée d'une manière non littérale dans la législation belge. Le texte à proprement parler était prêt en juin de cette année. Mais le problème est qu'il a fallu aussi organiser une concertation avec les intéressés au sein de la Commission des Marchés publics et procéder à quelques adaptations pour les marchés plus petits ne relevant pas directement de la directive et ce, en fonction des principes fixés par l'Europe. Les services de la Chancellerie du premier ministre confirment que la révision prochaine de la loi du 15 juin 2006, cette fois non liée à des délais de transposition, permettra de laisser au Parlement davantage de temps pour examiner les textes.

En réponse à la deuxième question de M. Vandenberghe, les services de la Chancellerie du premier ministre transmettent une note qui présente les points de la directive qui sont transposés et qui précise sur quels points la Belgique va plus loin que la directive ainsi que les points qui pourraient ne pas être repris. La note est publiée en annexe (1).

M. Vandenberghe réplique qu'il a déjà souvent entendu l'argument selon lequel les choses changeront dans le futur. Il se montre dès lors quelque peu sceptique et se demande pourquoi les dispositions à l'examen doivent être votées pour le 1^{er} janvier 2010.

Le membre prend ensuite connaissance de la note qui présente les points sur lesquels la Belgique va plus loin que la directive. Il croit se rappeler qu'il existe une directive comprenant une disposition particulière s'appliquant au cas où une adjudication est entachée de corruption. Cette disposition figure-t-elle également dans le projet de loi à l'examen?

En outre, l'intervenant précise qu'il est important de veiller à ce que les marchés publics soient exécutés le plus correctement possible, mais qu'il peut malgré tout y avoir des problèmes lorsqu'il s'agit de contrats PPP (partenariats public-privé), ceux-ci étant utilisés dans le but d'éviter la réglementation relative aux adjudications. Les dispositions à l'examen tiennent-elles compte de ce cas de figure?

(1) Voir annexe au présent rapport.

De staatssecretaris verwijst naar de termijn voor de omzetting van de richtlijn die is bepaald op 20 december 2009. Niettegenstaande het strakke tijdschema staat de regering open voor alle opmerkingen van het Parlement.

In verband met de bepaling betreffende een aanbesteding die is aangetast door corruptie, verklaart de staatssecretaris dat deze bepaling is ingeschreven in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Deze bepaling is eveneens hernomen in de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006.

De staatssecretaris merkt vervolgens op dat het probleem van de PPS relatief nieuw is en dat de Europese Commissie daarover een aantal mededelingen heeft gepubliceerd. In dat opzicht zijn er al een aantal precedënten waarbij de PPS eigenlijk, en zonder twijfel, een overheidsopdracht is en dat dus de wetgeving op de overheidsopdrachten en bijvoorbeeld het beginsel van transparantie hierop van toepassing zijn.

De heer Crombez stelt dat hij in de overtuiging is dat een PPS meestal wel in het kader van de wetgeving op de overheidsopdrachten wordt uitgevoerd. Gaat het hier enkel over de vennootschap die wordt opgericht in dit speciale kader?

De staatssecretaris verklaart dat bij een institutionele PPS — vaak spreekt men in dit verband van een « *Special purpose vehicle* » of SPV — voor de keuze van de partner de principes van het mededingingsrecht moeten worden toegepast, en dat voor de opdrachten die binnen deze figuur worden georganiseerd, onverkort de wetgeving overheidsopdrachten geldt. Dit laatste kan een probleem vormen, aangezien de partner juist wordt aangetrokken om deze werken op zich te nemen en dat de partner daarmee nog niet zeker is dat de werken uiteindelijk ook hem zullen worden gegund.

De heer Crombez verwijst naar de tweede pagina van de toelichtende nota waarin wordt weergegeven dat een onwettige gunning van een opdracht duur kan uitvallen voor de aanbestedende instanties. Welke aanbestedende instanties worden allemaal gevat die een fout kunnen maken en dus een boete kunnen krijgen?

Tevens vraagt de spreker naar het probleem dat er overdreven vaak verhaalprocedures worden opgestart door de verliezende partijen. Het ontwerp voorziet nu in sancties voor tergende en roekeloze verhaalprocedures en de spreker vraagt zich af hoe deze zullen worden vastgesteld. Het concept op zich lijkt immers nogal moeilijk toe te passen.

Le secrétaire d'État renvoie au délai de transposition de la directive qui est fixé au 20 décembre 2009. Malgré le calendrier serré, le gouvernement est ouvert à toutes les remarques du Parlement.

Quant à la disposition relative à une adjudication entachée de corruption, le secrétaire d'État déclare qu'elle est inscrite dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Cette disposition figure également dans la loi « marchés publics » du 15 juin 2006.

Le secrétaire d'État fait ensuite remarquer que le problème de la CPP est un problème relativement récent et que la Commission européenne a publié plusieurs communications consacrées à cette question. Il existe déjà une série de précédents on ne peut plus clairs à cet égard, qui considèrent en fait la CPP comme un marché public, ce qui veut donc dire qu'elle est soumise à la législation en matière de marchés publics et par exemple au principe de transparence.

M. Crombez affirme qu'il est convaincu que les CPP s'inscrivent en général dans le cadre de la législation relative aux marchés publics. S'agit-il uniquement, en l'espèce, de la société qui est créée dans ce cadre spécial?

Le secrétaire d'État déclare que, dans le cas d'une CPP institutionnelle (on parle souvent dans ce cas d'entité à vocation particulière ou « *Special purpose vehicle* » — SPV), le choix du partenaire est soumis aux principes du droit de la concurrence alors que pour les marchés organisés dans le cadre de ce montage, la législation relative aux marchés publics s'applique de manière pleine et entière. Ce dernier point peut poser problème, puisque le partenaire est attiré précisément pour prendre en charge des travaux dont il n'a pas encore la certitude qu'ils lui seront finalement attribués.

M. Crombez renvoie à la deuxième page de la note explicative qui indique qu'une passation de marché illicite peut coûter cher aux instances adjudicatrices. Quelles sont en réalité les instances adjudicatrices susceptibles de commettre une faute et partant de se voir infliger une amende?

L'intervenant s'enquiert également du problème de la fréquence exagérée des procédures de recours engagées par les soumissionnaires qui n'ont pas été retenus. Le projet de loi prévoit à présent des sanctions en cas de recours téméraires et vexatoires. L'intervenant se demande comment se fera la constatation qu'un recours est à considérer comme téméraire et vexatoire. En effet, le concept semble assez difficile à appliquer.

De staatssecretaris bevestigt dat het concept van «tergende en roekeloze verhaalprocedures» geval per geval door de rechter zal moeten worden beoordeeld en dat er op dat vlak tot nu toe weinig precedentes zijn. Bovendien zijn de boetes die tot nu toe werden opgelegd niet zo hoog.

In verband met de eerste vraag antwoordt de staatssecretaris dat wanneer de wachttermijn niet correct is nageleefd waardoor de inschrijver geen verhaal tot schorsing heeft kunnen instellen of voleindigen en er sprake is van een onwettige gunning die de kansen van de inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig beïnvloedt, normaal de nietigverklaring moet volgen. Op grond van een belangenafweging kan de rechter er eventueel voor opteren de onverbindendverklaring niet uit te spreken. In dat geval gaat hij over tot het opleggen van alternatieve sancties, zijnde de inperking in de tijd van het contract en/of een boete.

De heer Crombez vraagt of de lijst van de grond van de sancties limitatief is en waar hij deze lijst kan terugvinden.

De staatssecretaris geeft aan dat de lijst is gebaseerd op schendingen van het gemeenschapsrecht in ruime zin. Evenwel zal ook hier moeten worden nagegaan of het om een substantiële dan wel om een minder substantiële inbreuk gaat. De rechter zal met andere woorden de afweging moeten maken met betrekking tot de ernst van de inbreuk.

IV. STEMMINGEN

De artikelen 1 tot 7 worden aangenomen met 9 stemmen bij 1 onthouding.

Het wetsontwerp in zijn geheel wordt aangenomen met 9 stemmen bij 1 onthouding.

Vertrouwen is geschonken aan de rapporteur voor het opstellen van dit verslag.

De rapporteur,
Philippe FONTAINE.

De voorzitter,
Wouter BEKE.

*
* *

De door de commissie aangenomen tekst is dezelfde als de tekst van het door de Kamer van volksvertegenwoordigers overgezonden ontwerp (stuk Kamer, nr. 52- 2276/005).

Le secrétaire d'État confirme que le juge devra statuer au cas par cas quant à la notion de «recours téméraire et vexatoire» et que les précédents en la matière sont peu nombreux jusqu'à ce jour. En outre, les amendes qui ont été infligées jusqu'à ici ne sont pas très élevées.

En ce qui concerne la première question, le secrétaire d'État répond que lorsque le délai d'attente n'a pas été respecté comme il se doit, si bien que le soumissionnaire a été privé de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours en suspension et qu'il est question de passation de marché illicite compromettant les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché, le marché en question est normalement frappé de nullité. Après avoir mis en balance les intérêts en présence, le juge peut éventuellement choisir de ne pas prononcer la déclaration d'absence d'effets, auquel cas il infligera des sanctions alternatives, à savoir la limitation du contrat dans le temps et/ou une amende.

M. Crombez demande si la liste de motifs des sanctions est limitative et où il est possible de la trouver.

Le secrétaire d'État déclare que la liste est basée sur des violations du droit communautaire au sens large. Il faudra toutefois, ici aussi, vérifier s'il s'agit d'une infraction substantielle ou d'une infraction moins substantielle. En d'autres termes, la décision du juge devra tenir compte de la gravité de l'infraction.

III. VOTES

Les articles 1^{er} à 7 sont adoptés par 9 voix et 1 abstention.

L'ensemble du projet de loi a été adopté par 9 voix et 1 abstention.

Confiance a été faite au rapporteur pour la rédaction du présent rapport.

Le rapporteur,
Philippe FONTAINE.

Le président,
Wouter BEKE.

*
* *

Le texte adopté par la commission est identique au texte du projet de loi transmis par la Chambre des représentants (voir le doc. Chambre, n° 52- 2276/005).

BIJLAGE

Verklarende samenvatting voor de leden van de Commissie Financiën van de Senaat

Context

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

Opgaven die de Europese drempels bereiken

In principe heeft de omzetting dus enkel betrekking op de opdrachten die de Europese drempels bereiken.

De belangrijkste verplichtingen kunnen als volgt worden samengevat:

1. het is noodzakelijk om vlugge en doeltreffende procedures uit te werken om onwettig genomen beslissingen van de aanbestedende instanties ongedaan te maken en de ondernemingen te beschermen;

2. de beslissingen van de verhaalinstanties moeten doeltreffend worden uitgevoerd;

3. bij een ernstige schending van sommige verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijnen (aankondiging niet bekendgemaakt op Europees niveau, niet-naleving van de wachtermijn of naleving van een te korte termijn, niet gerechtvaardigd gebruik van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, ...), moet de verhaalinstantie de bevoegdheid krijgen om de gesloten opdracht onverbindend te verklaren (vernietiging van de overeenkomst) of om alternatieve sancties op te leggen (inkorting van de looptijd van de overeenkomst en alternatieve boetes).

Het wetsontwerp beperkt zich, hoofdzakelijk, tot de gewone omzetting van de Europese richtlijnen, behalve voor twee toevoegingen die niet in de richtlijn 2007/66/EG staan:

— toepassing van titel II (= voorschriften van de richtlijn) wanneer het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van de goed te keuren offerte meer dan 20% hoger is dan de Europese drempel, terwijl de oorspronkelijke raming lager was dan die drempel. Een andere houding zou ertoe leiden dat de bepalingen van genoemde richtlijn 2007/66/EG geen nuttig effect hebben als gevolg van een, al dan niet intentionele, onderraming, van het opdrachtbedrag.

— toepassing van titel II (= voorschriften van de richtlijn), voor de werken, vanaf een drempel van 2 422 500 euro in plaats van 4 845 000 euro (Europese drempel op 1 januari 2010). De Europese drempel voor de werken is immers 38 keer hoger dan de drempel die de federale overheid moet naleven voor de opdrachten voor leveringen en diensten. Het ontwerp heeft dus ook tot doel te voorzien in de rechtsbescherming van de inschrijvers die deelnemen aan deze opdrachten die niet onderworpen zijn aan de richtlijn.

Kort samengevat betekent dit dat de onwettige gunning van een opdracht duur kan uitvallen voor de aanbestedende instantie: boetes van maximum 15% + eventuele schadevergoeding + vertraging bij de uitvoering van haar project.

In geval van wettige gunning, zouden er geen bijkomende nadelen zijn, temeer daar het ontwerp in sancties voorziet voor

ANNEXE

Résumé explicatif à l'attention des membres de la Commission des Finances du Sénat

Contexte

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

Marchés atteignant les seuils européens

En principe, la transposition ne concerne donc que les marchés dont le montant atteint les seuils européens.

Les principales obligations peuvent être résumées comme suit:

1. des procédures rapides et efficaces de correction des illégalités commises par les autorités adjudicatrices et de protection des entreprises doivent être établies;

2. les décisions des instances de recours doivent être exécutées de façon efficace;

3. en cas de violation grave de certaines obligations résultant des directives (avis de marché non publié au niveau européen, non-respect du délai d'attente ou respect d'un délai trop court, recours non justifiable à une procédure négociée sans publicité, ...), l'instance de recours doit recevoir la compétence de déclarer le marché conclu dépourvu d'effets (annulation du contrat) ou d'imposer des sanctions de substitution (abrègement de la durée du contrat et pénalités financières de substitution).

Le projet de loi se limite, pour l'essentiel, à la simple transposition des directives européennes, hormis deux ajouts ne figurant pas dans la directive 2007/66/CE:

— application du titre II (= règles de la directive) lorsque le montant hors taxe sur la valeur ajoutée de l'offre à approuver est supérieur de plus de 20% au seuil européen, alors que l'estimation initiale était inférieure à ce seuil. 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.

— application du titre II (= règles de la directive), pour les travaux, à partir d'un seuil de 2 422 500 euros au lieu de 4 845 000 euros (seuil européen au 1^{er} janvier 2010). En effet, le seuil européen pour les travaux est 38 fois plus élevé que le seuil que les autorités fédérales doivent respecter pour les marchés de fournitures et de services. L'objectif du projet est donc également d'offrir une protection juridictionnelle aux soumissionnaires participant à ces marchés non soumis à la directive.

En résumé, une attribution illégale d'un marché pourra coûter cher à l'autorité adjudicatrice: pénalité financière de maximum 15% + éventuels dommages et intérêts + retard dans l'exécution de son projet.

En cas d'attribution légale, aucun inconvénient supplémentaire ne devrait intervenir, d'autant que le projet prévoit des sanctions en

tergende en roekeloze verhaalprocedures. De toepassing van de wachtermijn tussen de gunning en de sluiting van de opdracht moet het ook mogelijk maken om tal van latere vorderingen tot schadevergoeding te voorkomen (aangezien het geschil reeds vóór het sluiten van de overeenkomst beslecht zal zijn).

Opdrachten beneden de Europese drempels

Waarom de wet gedeeltelijk toepasselijk maken beneden deze drempels?

- transparantiebeginsel;
- harmonisering (gebruikte definities en begrippen);
- twee verschillende verhaalsystemen vermijden naargelang een financiële drempel al dan niet is bereikt (ongerechtvaardigde toenemende complexiteit van de verhaalprocedures);
- Grondwettelijk Hof (arrest 179/2004 van 7 december 2005 betreffende artikel 21bis van de wet van 24 december 1993): « *Ongetwijfeld kunnen hiervoor, (...), waardevolle argumenten worden aangehaald* ».
- geen administratieve overlast voor opdrachten met een geringe waarde aangezien de Koning in uitzonderingen kan voorzien voor bepaalde soorten opdrachten en voor opdrachten beneden bepaalde bedragen.

Welke regels zullen van toepassing zijn beneden deze drempels?

1. Wat het opstellen van de gemotiveerde beslissing en de informatie voor de kandidaten en inschrijvers betreft, zullen dezelfde regels van toepassing zijn op de « Belgische » opdrachten, behalve voor de opdrachten met een geringe waarde waarvoor de Koning andere regels zal bepalen.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de regels inzake het opstellen van de gemotiveerde beslissing en de informatie aan de kandidaten en inschrijvers reeds bestaan maar verspreid zijn over verschillende van de huidige koninklijke uitvoeringsbesluiten (artikelen 25, 26, 51, 52, 80 en 81 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, 111 en 112 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 en 33 van het koninklijk besluit van 18 juni 1996). Het ontwerp heeft bijgevolg tot doel de belangrijkste van deze bepalingen samen te voegen tot een geharmoniseerd en eenvormig systeem.

Er worden dus geen bijkomende administratieve lasten opgelegd omdat elke aanbestedende instantie, in bepaalde gevallen, nu reeds een gemotiveerde beslissing moet opstellen en overmaken. Het huidige « Belgische » systeem verschilt echter significant van het wetsontwerp op het volgende punt: het ontwerp bepaalt dat deze beslissing, samen met de motieven, rechtstreeks naar de deelnemers wordt verzonden in plaats van via een dubbele zending, zoals in het huidige systeem (de beslissing wordt rechtstreeks opgestuurd zonder de motieven en de motieven worden enkel overgemaakt op verzoek).

2. De procedureregels die van toepassing zijn voor de verhaalinstantie, zijn vergelijkbaar met de huidige regels en met die vervat in de wet van 16 juni 2006, onder voorbehoud van een versterking van het nuttig effect van de schorsingsarresten van de Raad van State. De Raad van State wordt immers bevoegd om voorlopige maatregelen te nemen zolang het vernietigingsberoep aanhangig is, en anderzijds, wat opdrachten voor werken van meer dan 2 422 500 euro betreft, kan schorsing door de Raad van State van de onwettige en eenzijdig genomen gunningsbeslissingen nu

cas de recours téméraire et vexatoire. L'application du délai d'attente entre l'attribution et la conclusion du marché devrait également permettre d'éviter de nombreux recours en dommages et intérêts ultérieurs (puisque le litige aura déjà été tranché avant la conclusion du contrat).

Marchés n'atteignant pas les seuils européens

Pourquoi rendre la loi en partie applicable sous ces seuils?

- principe de transparence;
- harmonisation (définitions et notions utilisées);
- éviter deux systèmes de recours différents selon qu'un seuil financier est atteint ou non (complexification injustifiée des procédures de recours);
- Cour constitutionnelle (arrêt n° 179/2004 du 7 décembre 2005 portant sur l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993): « *Il n'est pas douteux que des arguments pertinents en faveur de cette extension peuvent être avancés* ».
- pas de surcharge administrative pour les marchés de faible importance puisque le Roi peut prévoir des exceptions pour certains types de marchés et pour des marchés n'atteignant pas certains montants.

Quelles seront les règles applicables en dessous de ces seuils?

1. En ce qui concerne l'établissement de la décision motivée et l'information aux candidats et soumissionnaires, les mêmes règles seront applicables aux marchés « belges », sauf pour les marchés de moindre valeur pour lesquels le Roi prévoira des règles différentes.

Il convient de préciser que des règles en matière d'établissement de la décision motivée et d'information aux candidats et soumissionnaires existent déjà mais sont dispersées dans les différents arrêtés royaux d'exécution actuels (articles 25, 26, 51, 52, 80 et 81 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, 111 et 112 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 et 33 de l'arrêté royal du 18 juin 1996). C'est pourquoi le projet vise à rassembler l'essentiel de ces dispositions dans un système harmonisé et unique.

Aucune surcharge administrative n'est donc à prévoir puisque chaque autorité adjudicatrice doit déjà actuellement établir et, dans certains cas, communiquer une décision motivée. La différence notable entre le système « belge » actuel et le projet de loi est que le projet prévoit que cette décision accompagnée des motifs est envoyée directement aux participants au lieu d'effectuer, comme dans le système actuel, un double envoi (décision sans les motifs envoyée directement et motifs envoyés uniquement à la demande).

2. En ce qui concerne les règles de procédure devant l'instance de recours, elles sont similaires à celles actuellement en vigueur et à celles prévues par la loi du 16 juin 2006, sous réserve d'un renforcement de l'effet utile des arrêts de suspension du Conseil d'État. En effet, d'une part, le Conseil d'État reçoit le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation et, d'autre part, en ce qui concerne les marchés de travaux de plus de 2 422 500 euros, la suspension des décisions unilatérales d'attribution illégales par le Conseil

een invloed hebben op de opdracht zelf omdat die van rechtswege geschorst wordt.

Welke regels zullen niet van toepassing zijn beneden deze drempels?

Deze opdrachten zijn niet onderworpen aan :

— de verplichte wachtermijn tussen de gunningsbeslissing en de werkelijke sluiting van de opdracht (eventueel kan een vrijwillige wachtermijn worden gerespecteerd);

— de vernietiging met terugwerkende kracht van de overeenkomst (behalve voor de opdrachten voor werken van meer dan 2 422 500 euro);

— de vernietiging *ex nunc* (= op basis van de vastgestelde onwettigheid) van de overeenkomst (behalve voor de opdrachten voor werken van meer dan 2 422 500 euro).

— de boete van maximum 15 % (behalve voor de opdrachten voor werken van meer dan 2 422 500 euro).

De vernietiging van de gunning als rechtshandeling (maar niet van de overeenkomst) en de toekenning van schadevergoeding, blijven, zoals dat momenteel het geval is, de enige optie waarover de inschrijver beschikt die meent onregelmatig geweerd te zijn.

Er worden dus geen bijkomende administratieve of financiële lasten opgelegd.

Brussel, 10 december 2009

d'État pourra désormais avoir une influence sur le marché lui-même, celui-ci étant de plein droit suspendu.

Quelles seront les règles non applicables en dessous de ces seuils ?

Pour ces marchés, ne seront pas applicables :

— le délai d'attente obligatoire entre la décision d'attribution et la conclusion effective du marché (un délai d'attente peut toutefois être respecté volontairement);

— l'annulation rétroactive du contrat (sauf pour les marchés de travaux de plus de 2 422 500 euros);

— l'annulation *ex nunc* (= à partir du constat d'illégalité) du contrat (sauf pour les marchés de travaux de plus de 2 422 500 euros).

— la pénalité financière de maximum 15 % (sauf pour les marchés de travaux de plus de 2 422 500 euros).

L'annulation de l'acte d'attribution (mais non du contrat) et l'octroi de dommages et intérêts, resteront, comme c'est le cas actuellement, la seule option ouverte au soumissionnaire qui s'estime irrégulièrement évincé.

Donc aucune charge administrative ou financière supplémentaire n'est à prévoir.

Bruxelles, le 10 décembre 2009