



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 67.817/1/V
van 4 september 2020

avis 67.817/1/V
du 4 septembre 2020

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende de
uitvoering van titel 3/1 van de
wet van 13 augustus 2011
inzake overheidsopdrachten en
bepaalde opdrachten voor
werken, leveringen en diensten
op defensie- en
veiligheidsgebied'

un projet d'arrêté royal 'relatif
à l'exécution du titre 3/1 de la
loi du 13 août 2011 relative
aux marchés publics et à
certains marchés de travaux, de
fournitures et de services dans
les domaines de la défense et
de la sécurité'

Op 17 juli 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Defensie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege^(*) verlengd tot 4 september 2020, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de uitvoering van titel 3/1 van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 25 augustus 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Carlo ADAMS en Kaat LEUS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 september 2020.

*

Le 17 juillet 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Défense à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit^(**) jusqu'au 4 septembre 2020, sur un projet d'arrêté royal ‘relatif à l'exécution du titre 3/1 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité’.

Le projet a été examiné par la première chambre des vacations le 25 août 2020. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Carlo ADAMS et Kaat LEUS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 septembre 2020.

*

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

(**) Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois ‘sur le Conseil d'État’, coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe bepaalde overheidsopdrachten te reguleren ter uitvoering van artikel 43/1 van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ dat bepaalt dat de Koning specifieke plaatsingsregels, controle- en uitvoeringsmodaliteiten van toepassing kan maken op de in artikel 15, tweede lid, van diezelfde wet bedoelde overheidsopdrachten.

Dit ontwerp beoogt de regels vast te stellen die van toepassing zijn op overheidsopdrachten inzake de productie van of de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal die op grond van essentiële veiligheidsbelangen zijn uitgesloten van de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

2.2. Artikel 1 van het ontwerp omvat een aantal definities. Artikel 2 van het ontwerp strekt ertoe het materieel toepassingsgebied van het te nemen besluit te omschrijven dat aldus de overheidsopdrachten betreft “die binnen het toepassingsgebied van titel 3/1 van de wet van 13 augustus 2011 vallen en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal”. Artikel 3 van het ontwerp organiseert de besluitvorming over elke nieuwe overheidsopdracht als bedoeld in het ontworpen artikel 2 en omvat delegaties inzake de te nemen specifieke maatregelen (opdracht per opdracht) om de essentiële veiligheidsmaatregelen te beschermen. Verder voorziet de ontworpen regeling in een delegatie aan de ministers van Landsverdediging en Economie om, in samenspraak, te bepalen hoe het gunningscriterium betreffende de vereisten voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen in aanmerking wordt genomen voor de gunning van deze opdrachten (artikel 4 van het ontwerp). De artikelen 5 en 6 van het ontwerp beogen de procedureregels vast te stellen voor de beoordeling van de aan de ontworpen regeling onderworpen overheidsopdrachten en leggen verplichtingen op aan de inschrijvers voor die opdrachten. Verder strekt het ontwerp tot aanvulling van twee koninklijke besluiten¹ (artikelen 7 en 8 van het ontwerp), beoogt het de inwerkingtreding van de artikelen 175 tot 188 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ te regelen (artikel 9 van het ontwerp) en te voorzien in de opheffing van een ander koninklijk besluit²

¹ Met name (1.) het koninklijk besluit van 3 april 2013 ‘betreffende de tussenkomst van de Ministerraad, de overdracht van bevoegdheid en de machtigingen inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, prijsvragen en concessies op federaal niveau’ en (2.) het koninklijk besluit van 9 januari 2014 ‘betreffende het voorafgaand toezicht inzake de plaatsing van de overheidsopdrachten met toepassing van artikel 18, § 3, van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

² Met name het koninklijk besluit van 6 februari 1997 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen en diensten waarop artikel 3, § 3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van toepassing is’.

(artikel 10 van het ontwerp). Tot slot voorziet artikel 11 van het te nemen besluit in de inwerkingtreding ervan op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in de artikelen 43/1 en 15, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011. Het hiervoor en *sub* 2/1 vermelde artikel 43/1 is de enige bepaling van titel 3/1 van de wet van 13 augustus 2011. Deze titel betreft de “op grond van essentiële veiligheidsbelangen of van artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie uitgesloten opdrachten” en bepaalt, wat die opdrachten betreft, dat de Koning specifieke plaatsingsregels, controle- en uitvoeringsmodaliteiten van toepassing kan maken op de in artikel 15, tweede lid, van diezelfde wet bedoelde overheidsopdrachten. Deze laatste bepaling somt de vier gevallen op waarin “uitsluitend titel 3/1 [van de wet van 13 augustus 2011] van toepassing [is]”.

Gevraagd of het de bedoeling is om door middel van het voorliggende ontwerp alle vier de in artikel 15, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011 vermelde hypothesen te reguleren, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De verwoording van de wet van 2011 is jammer genoeg verwarrend in zijn omzetting van Richtlijn 2014/24/EU. Artikel 15 van deze laatste bepaalt:

1. Deze richtlijn is van toepassing op het plaatsen van overheidsopdrachten en op het uitschrijven van prijsvragen op defensie- en veiligheidsgebied, met uitzondering van:

- a) opdrachten die binnen het toepassingsgebied van Richtlijn 2009/81/EG vallen;
- b) opdrachten waarop Richtlijn 2009/81/EG krachtens de artikelen 8, 12 en 13 daarvan niet van toepassing is.

2. Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die niet anderszins op grond van lid 1 zijn uitgezonderd, voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn beschikbaar stelt.

Voorts is deze richtlijn overeenkomstig artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die niet anderszins op grond van lid 1 van dit artikel zijn uitgezonderd, voor zover de toepassing van deze richtlijn een lidstaat ertoe zou verplichten informatie ter beschikking te stellen waarvan hij de openbaarmaking in strijd acht met zijn essentiële veiligheidsbelangen.

3. Wanneer de aanbesteding en de uitvoering van de overheidsopdracht of prijsvraag geheim zijn verklaard of overeenkomstig de in een lidstaat geldende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen gepaard moeten gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, is deze richtlijn niet van toepassing, indien die lidstaat heeft besloten dat de essentiële belangen niet kunnen worden gewaarborgd met minder ingrijpende maatregelen, zoals die als bedoeld in lid 2, eerste alinea.

Het eerste lid van Artikel 15(2) van de Richtlijn, zelfs al refereert het niet expliciet naar artikel 346, lid 1, onder b), VWEU, is bedoeld van toepassing te zijn voor opdrachten die onder de bepalingen van dit artikel vallen, zoals het tweede lid is bedoeld van toepassing te zijn voor opdrachten die onder het toepassingsgebied van artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, vallen.

Daarbij, vermeldt Artikel 1(3) van Richtlijn 2014/24/EU: De toepassing van deze richtlijn is onderworpen aan artikel 346 VWEU.

Dit artikel bevat een algemeen principe: het werd in meer details vertaald in de bepalingen van Artikel 15(2) van Richtlijn 2014/24/EU.

Geval 1° van het tweede lid van Artikel 15 van de wet van 2011 is bedoeld het eerste lid van Artikel 15(2) van Richtlijn 2014/24/EU om te zetten, geval 2° is bedoeld het tweede lid van Artikel 15(2) van Richtlijn 2014/24/EU om te zetten, geval 3° Artikel 15(3) van Richtlijn 2014/24/EU, en geval 4° Artikel 1(3) van Richtlijn 2014/24/EU. Geval 4° is dus redundant met gevallen 1° en 2°.

Hier werd beslist een KB op te stellen voor de toepassing van artikel 346, 1, b). Dit houdt in geen beperking op de scope van Titel 3/1 van de wet. Andere uitvoeringsmaatregelen kunnen eventueel later bepaald worden voor de andere gevallen van artikel 15 van de wet.”

Aangezien artikel 15, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ een gedeeltelijke parafrasering vormt van artikel 346, eerste lid, b, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), kan de hoger aangehaalde uitleg van de gemachtigde over de omzetting van deze richtlijnbeepaling worden onderschreven.

Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt dat de artikelen 1 tot 8 van het ontwerp uitvoering plegen te geven aan artikel 15, tweede lid, 1°, van de wet van 13 augustus 2011 en artikel 346, eerste lid, b, VWEU. Daarnaast vindt het ontwerp deels – met name wat de in het voormelde artikel 15, tweede lid, 1°, opgenomen uitzondering op artikel 346, eerste lid, b, VWEU betreft – rechtsgrond in artikel 15, tweede lid, 4°, van de wet van 13 augustus 2011, dat in die zin een overbodige bepaling uitmaakt aangezien de inhoud ervan deels samenvalt – en dus, zoals de gemachtigde aangeeft, redundant is – met artikel 15, tweede lid, 1°, van de wet van 13 augustus 2011.

De keuze van de stellers van het ontwerp voor een gedeeltelijke uitvoering van artikel 15, tweede lid, kan worden aanvaard. Er lijkt immers geen probleem te rijzen op het vlak van de uitvoerbaarheid van het ontwerp en de keuze tot gedeeltelijke uitvoering heeft tot gevolg dat de in artikel 346, eerste lid, b, VWEU voorziene uitzondering op het beginsel van de toepassing van het VWEU (die uit zijn aard beperkt moet zijn) slechts in beperkte mate toepassing kan vinden.³⁻⁴

³ HvJ 20 maart 2018, Commissie t. Oostenrijk, C-187/16, punt 77.

⁴ Inzake het beperkt personeel toepassingsgebied van het ontwerp, wordt verwezen naar opmerking 8 van dit advies.

Gevolg is wel dat de aanhef van het te nemen besluit in het licht van het voorgaande moet worden aangepast. Bovendien verdient het aanbeveling om het verslag aan de Koning eveneens aan te passen, aangezien dit momenteel de indruk kan geven dat met het ontwerp uitvoering wordt gegeven aan het volledige artikel 15, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011, wat niet het geval is.

4. Artikel 9 van het ontwerp, dat de inwerkingtreding van een aantal bepalingen van de wet van 17 juni 2016 regelt, vindt rechtsgrond in artikel 193 van deze wet.

Voorts kan voor artikel 10 van het ontwerp, dat strekt tot de opheffing van het koninklijk besluit van 6 februari 1997, steun worden gevonden in artikel 78 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, in samenhang gelezen met de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Koning ontleent aan artikel 108 van de Grondwet. Het genoemde koninklijk besluit van 6 februari 1997 is immers nog genomen ter uitvoering van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, die inmiddels is opgeheven door het genoemde artikel 78 van de wet van 15 juni 2006. De algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning omvat ook de bevoegdheid om een koninklijk besluit formeel op te heffen indien voor dit besluit geen rechtsgrond meer bestaat.⁵

5. Een verwijzing naar de voornoemde rechtsgrond biedende bepalingen ontbreekt in de aanhef van het ontwerp zodat deze hiermee nog moet worden aangevuld.

Eveneens ontbreekt in de aanhef de verwijzing naar de door de artikelen 7 en 8 van het te nemen besluit gewijzigde koninklijke besluiten. Ook die verwijzingen moeten nog worden opgenomen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Het verdient aanbeveling om, in het licht van hetgeen *sub* 3 is gesteld, het opschrift van het ontwerp te wijzigen naar koninklijk besluit ‘betreffende de *gedeeltelijke* uitvoering van artikel 43/1 van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

7. Artikel 15, tweede lid, 1°, van de wet van 13 augustus 2011, dat de ontworpen regeling mede tot rechtsgrond strekt, maakt duidelijk dat een beroep op de in titel 3/1 van diezelfde wet bedoelde uitzonderingsregeling slechts mogelijk is “voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen”.

⁵ Adv.RvS 38.177/1 van 10 maart 2005 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 22 juni 2005 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 november 1970 betreffende het invaliditeitspensioenstelsel voor de mijnwerkers en van het koninklijk Besluit van 20 november 1970 houdende bijzondere bepalingen inzake de sociale zekerheid van de mijnwerkers en ermee gelijkgestelden’, opmerking 2.2.1.

Het verdient daarom aanbeveling om – naast de verwijzing naar een uitsluitend in het Engels opgesteld document van de Europese Commissie⁶ – tevens het uitzonderlijk karakter van de toepassing van de ontworpen regeling te benadrukken in het verslag aan de Koning. Zo kan vermeld worden dat richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG’ (omgezet door de wet van 13 augustus 2011) al tot doel heeft om de procedures voor het plaatsen van opdrachten en diensten op defensie- en veiligheidsgebied te coördineren op een wijze die “voldoet aan de wezenlijke belangen van de veiligheid van de lidstaten en aan de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen” (overweging 4). Daarnaast kan een concrete verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie over artikel 346, eerste lid, b, VWEU, de rechtszoekende helpen om het beperkte toepassingsgebied van het besluit beter te vatten.⁷

Het verslag aan de Koning vermeldt voorts terecht dat de door de ontworpen regeling geïmplementeerde opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied betrekking moeten hebben op “de lijst van producten waarop de bepalingen van artikel 346, 1, b van toepassing zijn”.⁸ Het verdient niettemin aanbeveling om in het verslag nog bijkomend te verduidelijken dat het de lijst betreft die is aangenomen bij besluit van de Raad 255/58 van 15 april 1958. Aangezien dit besluit nooit in het Europees Publicatieblad is gepubliceerd, is het van belang om ook de vindplaats van deze lijst te vermelden in het verslag aan de Koning.⁹

8. De wet van 13 augustus 2011, waarvan een aantal bepalingen rechtsgrond bieden voor het te nemen besluit, heeft een ruim personeel toepassingsgebied, zoals blijkt uit de artikelen 2 en 3, 1°, ervan. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat tot de wet van 13 augustus 2011 heeft geleid, wordt immers het volgende gesteld:¹⁰

“Aangezien de in dit ontwerp bedoelde opdrachten zich situeren op defensie- en veiligheidsgebied, in de zin van artikel 14, zijn de meest rechtstreeks betrokken aanbestedende overheden hier in hoofdzaak het ministerie van Landsverdediging, de politie en de andere diensten belast met veiligheid. Andere aanbestedende overheden kunnen evenwel ook betrokken zijn indien een bepaalde opdracht bijvoorbeeld zou slaan op gevoelig materiaal als bedoeld in dit ontwerp, bijvoorbeeld wetenschappelijke instellingen en instellingen belast met onderzoek en ontwikkeling;”.

⁶ Zie p. 3 van het verslag aan de Koning.

⁷ Bijvoorbeeld HvJ 4 september 2014, *Schiebel Aircraft GmbH t. Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend*, C-474/12, punten 33-36.

⁸ Dit is inmiddels bevestigd in de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie met betrekking tot het eerdere artikel 296 van het EG-verdrag (Gerecht 30 september 2003, *Fiocchi munizioni SpA t. Europese Commissie*, T-26/01, punt 61).

⁹ Er is met name een uittreksel van dit besluit weergegeven in het Raadsdocument nr. 14538/4/08, dat sinds 2008 publiek beschikbaar is op de website <http://register.consilium.europa.eu>.

¹⁰ Wetsontwerp ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1592/1, 8-9.

De tekst van het om advies voorgelegde ontwerp beperkt het personeel toepassingsgebied ervan niet uitdrukkelijk. Niettemin blijkt het de bedoeling te zijn om enkel overheidsopdrachten die zijn uitgeschreven door het ministerie van defensie te reguleren. Zo bepaalt artikel 5, § 5, van het ontwerp bijvoorbeeld dat de minister bevoegd voor Landsverdediging bevoegd is om de opdracht te gunnen. De gemachtigde verklaarde in dit verband:

“Het is inderdaad de bedoeling van dit KB om alleen overheidsopdrachten uitgeschreven door het ministerie van defensie te dekken.

(...)

Artikel 346, eerste lid, b, VWEU, is een uitzondering waarop alleen de EU-lidstaten zich kunnen beroepen (‘elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid’). Voor wat België betreft, betekent dit dat alleen de Staat artikel 346 kan invoeren. Dit is een eerste beperking op het personeel toepassingsgebied van het KB. Daarbij heeft de uitzondering alleen betrekking op de productie van of de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal. In de context van overheidsopdrachten, is het dus heel onwaarschijnlijk dat een ander departement dan het ministerie van defensie deze uitzondering zou invoeren. Het personeel toepassingsgebied van het KB zou eventueel kunnen veralgemeend worden door het te openen tot andere federale departementen (door te refereren, bij voorbeeld, tot ‘de minister bevoegd voor de plaatsing van de overheidsopdracht’), maar in de praktijk zou deze aanpassing volgens ons geen toegevoegde waarde hebben.”

Artikel 108 van de Grondwet draagt de Koning op de verordeningen te maken en de besluiten te nemen die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen. Al kan de Koning bij het uitoefenen van die bevoegdheid de draagwijdte van de wet niet verruimen noch beperken, toch komt het hem op grond van het voornoemde artikel toe uit het beginsel van de wet en zijn algemene economie, de gevolgtrekkingen af te leiden die daaruit op natuurlijke wijze voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en volgens de doelstellingen die de wet nastreeft.

In het licht van het *sub* 7 toegelicht zeer beperkt (en nauw met het ministerie van defensie verbonden) materieel toepassingsgebied van het ontwerp, valt aan te nemen dat de Koning zijn bevoegdheid niet overschrijdt door het personeel toepassingsgebied van het te nemen koninklijk besluit te beperken tot dit ministerie. Het is wel aangewezen ter wille van de rechtszekerheid om het beoogde beperkte personeel toepassingsgebied te duiden in het verslag aan de Koning.

9. Op grond van de eerste zin van het rechtsgrond biedende artikel 15, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011 is enkel titel 3/1 van de wet van 13 augustus 2011 (hetwelk zoals *sub* 3 is gebleken slechts een enig artikel 43/1 omvat) van toepassing op overheidsopdrachten die vallen onder het toepassingsgebied van de ontworpen regeling. Als gevolg hiervan zijn de materiële regels van de wet van 13 augustus 2011 niet toepasselijk op opdrachten die onder het toepassingsgebied van het te nemen besluit zullen vallen.

De ontworpen regeling omvat echter geen algemene beginselen, zoals die bijvoorbeeld in hoofdstuk 1 van titel 2 van de wet van 13 augustus 2011 zijn opgesomd.

In antwoord op de vraag of beginselen inzake overheidsopdrachten ook zonder uitdrukkelijke bepaling van toepassing zijn op de opdrachten onderworpen aan de ontworpen regeling, verklaarde de gemachtigde:

“De belangrijkste basisbeginselen van overheidsopdrachten (transparantie, gelijke behandeling, niet discriminatie, proportionaliteit, ...) vinden hun bron in de EU verdragen en zijn, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, van toepassing op alle overheidsopdrachten. Het gebruik van uitzonderingen zoals artikel 346 VWEU laat wel toe van deze beginselen af te wijken, maar het Hof heeft duidelijk gemaakt dat dit alleen mogelijk is binnen de limieten van wat strikt noodzakelijk is om de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen te verzekeren, en alleen mits het respecteren van het principe van proportionaliteit. Dus zijn volgens ons deze principes genoeg als waarborgen voor de inschrijvers, en moeten ze niet noodzakelijk in het KB hernomen worden.”

Het verdient aanbeveling om die toelichting op te nemen in het verslag aan de Koning, eventueel met verwijzing naar de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie. In dit verband valt op te merken dat ook de beginselen van behoorlijk bestuur op grond van het nationaal recht eveneens toepassing zullen vinden op de overheidsopdrachten die onder het toepassingsgebied van het ontwerp vallen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

10. Om de *sub* 3 aangehaalde reden moet in de rubriek “Rechtsgronden”, in de aanhef van het ontwerp, worden verwezen naar artikel 15, tweede lid, 1° en 4° (i.p.v. naar artikel 15, tweede lid) van de wet 13 augustus 2011.

Daarnaast dient de aanhef om de *sub* 4 en 5 vermelde redenen te worden aangevuld met een verwijzing naar artikel 108 van de Grondwet, artikel 78 van de wet van 15 juni 2006, artikel 193 van de wet van 17 juni 2016 en, tot slot, een verwijzing naar de (te wijzigen) koninklijke besluiten van 19 november en 20 november 1970.

Artikel 1

11. De in deze bepaling gedefinieerde begrippen (bijvoorbeeld “het koninklijk besluit betreffende de tussenkomst van de Ministerraad”) worden verder in de tekst niet steeds consequent gehanteerd, maar integendeel soms opnieuw voluit geschreven.

Het verdient aanbeveling om deze definities weg te laten en de afkortingen van de koninklijke besluiten telkens te vervangen door het volledige opschrift ervan. Een alternatief kan erin bestaan om ze af te korten door te verwijzen naar de datum ervan, bijvoorbeeld “het koninklijk besluit van 3 april 2013” i.p.v. “het koninklijk besluit betreffende de tussenkomst van de Ministerraad” om vervolgens doorheen de ontworpen regeling consequent van die afkorting gebruik te maken.

Artikel 3

12. Artikel 3 lijkt in de huidige formulering ervan een overbodige bepaling die grotendeels samenvalt met de inhoud van de artikelen 7 en 8 van het ontwerp.¹¹

Daarover om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde het volgende over artikel 3, eerste en tweede lid, en de artikelen 7 en 8 van het ontwerp:

“Deze artikelen vallen inderdaad samen. Artikelen 7 en 8 bevatten alleen de modificaties van de bestaande besluiten betreffende de tussenkomst van de Ministerraad die nodig geacht zijn om artikel 3, eerste en tweede lid, te kunnen toepassen.”

Het is af te raden om bepalingen van een regeling van dezelfde rangorde over te nemen of te parafraseren als die regeling hoe dan ook toepasselijk is op grond van de eigen werkingssfeer ervan. Die vermelding is niet alleen nutteloos, maar ook riskant.¹² Als bijvoorbeeld de door artikelen 7 en 8 geamendeerde koninklijke besluiten gewijzigd zouden worden, dreigt tussen deze bepalingen en artikel 3 immers een ongewilde tegenspraak te ontstaan.

Daarnaast geeft artikel 3 in zijn huidige vorm aanleiding tot verwarring. Er worden – overigens niet op volledig duidelijke wijze¹³ – uitvoeringsbevoegdheden gedelegeerd aan ministers maar de respectieve bevoegdheden van de betrokken ministers die zijn belast met de

¹¹ Over de reden waarom deze laatste twee bepalingen in een inhoudelijk identieke regeling voorzien stelde de gemachtigde: “De twee KB’s betreffende de tussenkomst van de Ministerraad betreffen verschillende soorten van overheidsopdrachten. Indien de opdracht een internationale samenwerking of internationale deelname is zoals gedefinieerd door het besluit van 2014, is dit besluit van toepassing voor deze opdrachten en niet het besluit van 2013. In deze type opdrachten kunnen ook maatregelen gevraagd worden voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen, en dus moeten de bepalingen in beide 2013 en 2014 KB’s verschijnen.”. Die uitleg kan de amendering van de beide besluiten verantwoorden.

¹² *Beginnelsen van de Wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling nr. 81.

¹³ Zo bepaalt artikel 3, derde lid, van het ontwerp dat twee ministers “in samenspraak” de procedure voor de tenuitvoerlegging van het eerste lid moeten bepalen, hetgeen geen voldoende juridisch afgebakend begrip uitmaakt (Adv.RvS 63.052/1 van 30 maart 2018 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 8 juni 2018 ‘tot wijziging van het decreet van 7 mei 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap ‘Vlaams Agentschap voor Ondernemersvorming – Syntra Vlaanderen’, wat betreft de beginselen van deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector’, opmerking 3).

De gemachtigde verklaarde dat het de bedoeling is om te komen tot de realisatie van “een geschreven overeenkomst tussen de twee Ministers om de praktische modaliteiten van de samenwerking tussen de twee administraties te bepalen”. In de mate het toch de bedoeling zou zijn om meer dan louter interne werkingsregels van een bestuur vast te stellen en nieuwe delegaties, rechten of plichten voor ambtenaren of de rechtsonderhorigen te doen ontstaan, moet in elk geval worden geopteerd voor een ministerieel besluit, dat in het Belgisch Staatsblad zal worden bekendgemaakt.

Eenzelfde opmerking geldt voor artikel 4 van het ontwerp, dat eveneens verwijst naar het begrip “in samenspraak”.

uitvoering van de door de artikelen 7 en 8 gewijzigde koninklijke besluiten worden al geregeld in die besluiten zelf.¹⁴

De inhoud van artikel 3, eerste en tweede lid, van het ontwerp stemt bovendien niet overeen met de toelichting bij dit artikel in het verslag aan de Koning. Die toelichting komt in essentie op het volgende neer. De ministers bevoegd voor Landsverdediging respectievelijk Economie moeten voor elke overheidsopdracht de opportuniteit en de noodzaak van het inroepen van de toepassing van het te nemen koninklijk besluit zorgvuldig overwegen vooraleer deze voorstellen van overheidsopdrachten ter goedkeuring aan de Ministerraad voor te leggen. Indien wordt geoordeeld dat dit niet nodig is, zal de opdracht worden geplaatst op basis van titel 2 van de wet van 13 augustus 2011. De gemachtigde bevestigde dat dit duidelijker in de tekst van het dispositief kan vermeld worden.

Het is dan ook aangewezen om artikel 3 van het ontwerp grondig te herwerken in het licht van de voorgaande opmerkingen.

Artikelen 4, 5, 7, en 8

13.1. De artikelen 4, 5, § 2, 7, en 8 verwijzen naar “het gunningscriterium betreffende de vereisten voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen”.

De gemachtigde verklaarde hierover:

“Het is niet de bedoeling dat opdracht[en] steeds zulk gunningscriterium omvatten. Onder de bepalingen van artikel 3, § 1, bepalen de twee Ministers opdracht per opdracht welke specifieke maatregelen genomen moeten worden met als doel de essentiële veiligheidsbelangen te beschermen. Zij kunnen ook beslissen dat geen maatregelen nodig zijn. Indien er beslist wordt dat maatregelen wel nodig zijn, bepaalt artikel 4 dat de inhoud van [het] gunningscriterium in overleg bepaald wordt.”

De tekst van het ontwerp creëert momenteel echter de indruk dat het wel de bedoeling is om het gebruik van dit gunningscriterium steeds op te leggen. Zo stelt artikel 4 bijvoorbeeld dat twee ministers “in samenspraak [bepalen] hoe het gunningscriterium betreffende de vereisten voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen in aanmerking genomen wordt voor de gunning van deze opdrachten”. De door de artikelen 7 en 8 ontworpen bepalingen ter aanvulling van de te wijzigen koninklijke besluiten van 3 april 2013 en van 9 januari 2014 bepalen voorts dat “[d]eze beslissing van de Ministerraad eveneens betrekking [heeft] op het gewicht van het gunningscriterium betreffende de maatregelen op het vlak van de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk”.

Ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de verwijzingen naar het voormelde specifieke gunningscriterium in de artikelen 4, 5, § 2, 7, en 8 van het ontwerp weg te laten of minstens in de tekst van het ontwerp zelf te verduidelijken dat het gaat om een mogelijk te hanteren gunningscriterium, waarvoor desgevallend bepaalde regels gelden.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 15 van het koninklijk besluit van 3 april 2013 en artikel 7 van het koninklijk besluit van 9 januari 2014.

13.2. In antwoord op een vraag naar verduidelijking van de draagwijdte van de procedure vermeld in artikel 5, §§ 1 tot 4, van het ontwerp, verstrekte de gemachtigde volgende toelichting:

“Na de kwalitatieve selectie, dient elk inschrijver zijn offerte in, die ook maatregelen voorstelt voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen zoals opgelegd in het bestek (§ 1).

Defensie verifieert de regelmatigheid van deze offertes voor wat alle andere aspecten behalve de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen betreft, en mag deze offertes onderhandelen binnen de beperkingen van § 4, namelijk dat de gunningscriteria en de minimum eisen niet mogen gemodificeerd worden (§ 2);

In parallel, verifiëren Defensie en Economie de regelmatigheid van deze offertes voor wat de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen betreft, en mogen ze deze offertes onderhandelen binnen de beperkingen van § 4, namelijk dat de gunningscriteria niet mogen gemodificeerd worden, maar de minimum eisen wel, voor zover dit niet uitgesloten werd in de opdrachtdocumenten (§ 3). Dus een initiële offerte en alle volgende offertes, met uitzondering van de definitieve offerte, zullen niet onregelmatig verklaard worden op basis van de voorgestelde essentiële veiligheidsbelangen maatregelen, tenzij dit voorzien is in de opdrachtdocumenten. Een maatregel die verworpen wordt leidt dus [in] dit stadium niet tot de onregelmatigheid van een offerte, behalve als het expliciet zo voorzien is in de opdrachtdocumenten.

Op het einde van de parallelle onderhandelingen van § 2 en § 3, worden de inschrijvers gevraagd een BAFO in te dienen, die alle aspecten van de opdracht moet dekken, ook de maatregelen voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen. Deze BAFO wordt niet onderhandeld, en wordt onregelmatig verklaard als het niet voldoet aan de minimumeisen, die op dit moment natuurlijk niet meer gemodificeerd kunnen worden. De BAFO wordt geëvalueerd door Defensie voor alle andere criteria (§ 2) en door Defensie en Economie voor de voorgestelde maatregelen voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen (§ 3).”

Het is aangewezen om artikel 5, §§ 1 tot 4, te herwerken in het licht van de hoger aangehaalde toelichting van de gemachtigde. De beginselen (en de bevoegdheden) inzake de selectiebeslissing, de mogelijkheid tot het voorzien in de opdrachtdocumenten van een verplichte onregelmatigverklaring van alle offertes behalve de definitieve offerte als de voorgestelde maatregelen inzake essentiële veiligheidsbelangen niet voldoen en de verplichting tot onregelmatigverklaring van een definitieve offerte (“BAFO”) als die niet beantwoordt aan de minimale eisen blijken momenteel immers niet op voldoende duidelijke wijze uit de inhoud van deze bepalingen.

13.3. Daarnaast bestaat onduidelijkheid over de draagwijdte van artikel 5, § 3, laatste zin, van het ontwerp, dat in de huidige formulering een verplichting lijkt op te leggen tot het “verwerpen” van “de voorgestelde maatregelen die niet voldoen aan de eisen van de Europese en Belgische wetgeving betreffende het inroepen van een uitzondering op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”.

De gemachtigde verklaarde in dit verband:

“Op de dag van vandaag, is deze ‘wetgeving’ beperkt tot de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. De maatregelen voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelang moeten voldoen aan de eisen opgelegd door het Hof en potentieel

toekomstige nationale rechtspraak (bv. proportionaliteit), ook als zij voorgesteld worden door een inschrijver. De aanbestedende overheid moet dus verifiëren [of] de concrete maatregelen voorgesteld door de inschrijvers voldoen aan de eisen van de rechtspraak, en een aangeboden maatregel moet verworpen worden indien [hij] niet voldoet. (...) Het KB spreekt van ‘verwerpen’ om duidelijk te maken dat maatregelen die tegenstrijdig zijn met de rechtspraak van het Hof van de EU onaanvaardbaar zijn. Maar in het kader van de onderhandelingen kan de inschrijver vervangende of aangepaste maatregelen voorstellen.”

Het is raadzaam om de redactie van artikel 5, § 3, laatste zin, van het ontwerp aan te passen in het licht van deze toelichting, bijvoorbeeld door het weglaten van de zinsnede “van de Europese en Belgische wetgeving betreffende”, en om hierbij eveneens rekening te houden met de *sub* 13.2 weergegeven toelichting van de gemachtigde inzake de beginselen van het regelmatigheidsonderzoek. In het verslag aan de Koning kan worden verduidelijkt dat bij de beoordeling van de voorgestelde maatregelen rekening is te houden met de (evolutie in de) jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Artikel 6

14. De gemachtigde bevestigde dat met de bewoordingen “een specifieke verbintenis ondertekend door de minister bevoegd voor Economie” een akkoord met de inschrijver wordt bedoeld. Het is aangewezen om de tekst in die zin aan te passen.

Artikel 11

15.1. Op grond van artikel 11 zal het te nemen besluit toepassing vinden op opdrachten die vanaf de datum van de inwerkingtreding ervan “worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt”, alsook op “de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte”. Aangezien artikel 11 van het ontwerp aldus ook (impliciet) verwijst naar de drempels voor de Europese bekendmaking en de datum van bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen, geeft deze (ontworpen) regeling de indruk dat beoogd wordt met het ontwerp een nieuwe verplichting¹⁵ in te voeren tot bekendmaking in het Europees Publicatieblad en het Bulletin der Aanbestedingen wanneer opdrachten die onder het toepassingsgebied van de ontworpen regeling vallen, de drempelbedragen bereiken.

¹⁵ Opdrachten geplaatst op grond van artikel 346, eerste lid, b, VWEU vallen niet onder de richtlijn 2009/81/EG, noch onder de bekendmakingregels en drempelbedragen vermeld in het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (zie artikel 4 van dit besluit).

De gemachtigde verklaarde hierover:

“Er bestaat geen wettelijke verplichting tot publicatie van opdrachten boven de drempelbedragen in het Bulletin der Aanbestedingen / Europees Publicatieblad die vallen onder het toepassingsgebied van artikel 346, lid 1, b VWEU.

(...)

In het geval van het inroepen van artikel 346, lid 1, b VWEU, is het de bedoeling een procedure zonder bekendmaking steeds mogelijk te maken.

Toch op basis van het transparantiebeginsel moet een zekere minimale publiciteit aan de opdracht gegeven worden, en men kan van dit principe afwijken alleen in de strikt noodzakelijke mate om de essentiële veiligheidsbelangen van de Staat te garanderen (bv. als het bestaan van de opdracht niet gekend mag zijn).”

Het verdient aanbeveling om artikel 11 in het licht van deze toelichting te herformuleren.

15.2. In antwoord op de vraag of de voorziene inwerkingtreding van het te nemen besluit op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad geen ongewenste gevolgen zou hebben aangezien de nieuwe regels snel gerespecteerd zullen moeten worden, antwoordde de gemachtigde:

“Deze snelle inwerkintreding was noodzakelijk geacht in 2018. Nu kan inderdaad de inwerkingtreding in artikel 11 aangepast worden.”

De stellers van het ontwerp dienen een voldoende lange termijn te voorzien opdat diegenen die onderworpen zijn aan de ontworpen regeling over voldoende tijd beschikken om van de nieuwe regeling kennis te nemen en er zich naar te richten.

*

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

*

PORTÉE DU PROJET

2.1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de réglementer certains marchés publics en exécution de l'article 43/1 de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité', qui dispose que le Roi peut rendre applicables des règles de passation, de contrôle et d'exécution spécifiques aux marchés publics visés à l'article 15, alinéa 2, de cette même loi.

Ce projet vise à fixer les règles applicables aux marchés publics relatifs à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre qui, sur la base d'intérêts de sécurité essentiels, sont exclus des directives européennes relatives aux marchés publics.

2.2. L'article 1^{er} du projet contient un certain nombre de définitions. Son article 2 vise à définir le champ d'application matériel de l'arrêté envisagé qui concerne donc les marchés publics « relevant du titre 3/1 de la loi du 13 août 2011 et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ». L'article 3 du projet organise le processus de décision pour chaque nouveau marché public visé à l'article 2 en projet et contient des délégations concernant les mesures spécifiques à prendre (marché par marché) afin de protéger les mesures essentielles de sécurité. Le régime en projet prévoit ensuite une délégation aux ministres qui ont la Défense et l'Économie dans leurs attributions afin de déterminer, d'un commun accord, comment le critère d'attribution concernant les exigences pour la protection des intérêts essentiels de sécurité sera pris en compte pour l'attribution de ces marchés (article 4 du projet). Les articles 5 et 6 du projet visent à fixer les règles de procédure pour l'évaluation des marchés publics soumis au régime en projet et imposent des obligations aux soumissionnaires de ces marchés. Par ailleurs, le projet entend compléter deux arrêtés royaux ¹ (articles 7 et 8 du projet), vise à régler l'entrée en vigueur des articles 175 à 188 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (article 9 du projet) et abroge un autre arrêté royal ² (article 10 du projet). Enfin, l'article 11 de l'arrêté envisagé fixe son entrée en vigueur le dixième jour suivant sa publication au Moniteur belge.

¹ À savoir (1.) l'arrêté royal du 3 avril 2013 'relatif à l'intervention du Conseil des ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours et des concessions au niveau fédéral' et (2.) l'arrêté royal du 9 janvier 2014 'relatif au contrôle préalable en matière de passation de marchés publics en application de l'article 18, § 3, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'.

² À savoir l'arrêté royal du 6 février 1997 'relatif aux marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 3, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

FONDEMENT JURIDIQUE

3. Le projet trouve son fondement juridique dans les articles 43/1 et 15, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011. L'article 43/1 mentionné ci-dessus au point 2.1 est la seule disposition du titre 3/1 de la loi du 13 août 2011. Ce titre concerne les « marchés exclus sur [la] base d'intérêts de sécurité essentiels ou sur [la] base de l'article 346 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne » et dispose, en ce qui concerne ces marchés, que le Roi peut rendre applicables des règles de passation, de contrôle et d'exécution spécifiques aux marchés publics visés à l'article 15, alinéa 2, de cette même loi. Cette dernière disposition énumère les quatre cas dans lesquels « seul le titre 3/1 [de la loi du 13 août 2011] est d'application ».

À la question de savoir si l'intention est de réglementer toutes les quatre hypothèses mentionnées à l'article 15, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011 au moyen du projet à l'examen, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De verwoording van de wet van 2011 is jammer genoeg verwarrend in zijn omzetting van Richtlijn 2014/24/EU. Artikel 15 van deze laatste bepaalt:

1. Deze richtlijn is van toepassing op het plaatsen van overheidsopdrachten en op het uitschrijven van prijsvragen op defensie- en veiligheidsgebied, met uitzondering van:

a) opdrachten die binnen het toepassingsgebied van Richtlijn 2009/81/EG vallen;

b) opdrachten waarop Richtlijn 2009/81/EG krachtens de artikelen 8, 12 en 13 daarvan niet van toepassing is.

2. Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die niet anderszins op grond van lid 1 zijn uitgezonderd, voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn beschikbaar stelt.

Voorts is deze richtlijn overeenkomstig artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die niet anderszins op grond van lid 1 van dit artikel zijn uitgezonderd, voor zover de toepassing van deze richtlijn een lidstaat ertoe zou verplichten informatie ter beschikking te stellen waarvan hij de openbaarmaking in strijd acht met zijn essentiële veiligheidsbelangen.

3. Wanneer de aanbesteding en de uitvoering van de overheidsopdracht of prijsvraag geheim zijn verklaard of overeenkomstig de in een lidstaat geldende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen gepaard moeten gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, is deze richtlijn niet van toepassing, indien die lidstaat heeft besloten dat de essentiële belangen niet kunnen worden gewaarborgd met minder ingrijpende maatregelen, zoals die als bedoeld in lid 2, eerste alinea.

Het eerste lid van Artikel 15(2) van de Richtlijn, zelfs al refereert het niet expliciet naar artikel 346, lid 1, onder b), VWEU, is bedoeld van toepassing te zijn voor opdrachten die onder de bepalingen van dit artikel vallen, zoals het tweede lid is bedoeld van toepassing te zijn voor opdrachten die onder het toepassingsgebied van artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, vallen.

Daarbij, vermeldt Artikel 1(3) van Richtlijn 2014/24/EU: De toepassing van deze

richtlijn is onderworpen aan artikel 346 VWEU.

Dit artikel bevat een algemeen principe: het werd in meer details vertaald in de bepalingen van Artikel 15(2) van Richtlijn 2014/24/EU.

Geval 1° van het tweede lid van Artikel 15 van de wet van 2011 is bedoeld het eerste lid van Artikel 15(2) van Richtlijn 2014/24/EU om te zetten, geval 2° is bedoeld het tweede lid van Artikel 15(2) van Richtlijn 2014/24/EU om te zetten, geval 3° Artikel 15(3) van Richtlijn 2014/24/EU, en geval 4° Artikel 1(3) van Richtlijn 2014/24/EU. Geval 4° is dus redundant met gevallen 1° en 2°.

Hier werd beslist een KB op te stellen voor de toepassing van artikel 346, 1, b). Dit houdt in geen beperking op de scope van Titel 3/1 van de wet. Andere uitvoeringsmaatregelen kunnen eventueel later bepaald worden voor de andere gevallen van artikel 15 van de wet ».

Dès lors que l'article 15, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE' paraphrase partiellement l'article 346, paragraphe 1, b, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'explication précitée du délégué à propos de la transposition de cette disposition de la directive peut être suivie.

Il ressort du commentaire du délégué que les articles 1^{er} à 8 du projet entendent donner exécution à l'article 15, alinéa 2, 1°, de la loi du 13 août 2011 et à l'article 346, paragraphe 1, b, du TFUE. Par ailleurs, le projet trouve partiellement – à savoir en ce qui concerne l'exception à l'article 346, paragraphe 1, b, du TFUE, inscrite à l'article 15, alinéa 2, 1°, précité – un fondement juridique dans l'article 15, alinéa 2, 4°, de la loi du 13 août 2011, qui est dans cette mesure une disposition superflue, étant donné que son contenu coïncide partiellement – et est donc redondant comme l'indique le délégué – avec l'article 15, alinéa 2, 1°, de la loi du 13 août 2011.

L'option des auteurs du projet pour une exécution partielle de l'article 15, alinéa 2, peut être admise. En effet, le caractère exécutoire du projet ne semble pas soulever de problème et le choix d'une exécution partielle a pour effet que l'exception au principe de l'application du TFUE (qui doit être limitée de par sa nature), prévue à l'article 346, paragraphe 1, b, du TFUE, ne peut trouver à s'appliquer que dans une mesure restreinte³⁻⁴.

Il en résulte toutefois que le préambule de l'arrêté envisagé doit être adapté à la lumière de ce qui précède. En outre, il est recommandé d'adapter également le rapport au Roi, dès lors que celui-ci peut actuellement donner à penser que le projet donne exécution à l'ensemble de l'article 15, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011, ce qui n'est pas le cas.

4. L'article 9 du projet, qui règle l'entrée en vigueur d'un certain nombre de dispositions de la loi du 17 juin 2016, trouve un fondement juridique dans l'article 193 de cette loi.

³ C.J.U.E., 20 mars 2008, *Commission c. Autriche*, C-187/16, point 77.

⁴ En ce qui concerne le champ d'application personnel limité du projet, il est renvoyé à l'observation 8 du présent avis.

Par ailleurs, l'article 10 du projet, qui vise à abroger l'arrêté royal du 6 février 1997, peut s'appuyer sur l'article 78 de la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services', combiné avec le pouvoir général d'exécution que le Roi tire de l'article 108 de la Constitution. En effet, l'arrêté royal précité du 6 février 1997 a encore été pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture[s] et de services', qui a été abrogée entre-temps par l'article 78 précité de la loi du 15 juin 2006. Le pouvoir général d'exécution du Roi comporte également le pouvoir d'abroger formellement un arrêté royal lorsque le fondement juridique de celui-ci vient à faire défaut ⁵.

5. Une référence auxdites dispositions procurant un fondement juridique manque dans le préambule du projet, de sorte que ce dernier devra encore être complété en ce sens.

La référence aux arrêtés royaux modifiés par les articles 7 et 8 de l'arrêté envisagé fait également défaut dans le préambule. Ces références doivent elles aussi encore être insérées.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6. Il est recommandé, à la lumière de ce qui a été exposé au point 3, de modifier l'intitulé du projet en arrêté royal 'portant exécution *partielle* de l'article 43/1 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'.

7. L'article 15, alinéa 2, 1°, de la loi du 13 août 2011, qui procure également un fondement juridique au régime en projet, précise que la règle d'exemption visée au titre 3/1 de cette même loi ne peut être invoquée que « dans la mesure où la protection des intérêts essentiels de la sécurité du Royaume ne peut être garantie par des mesures moins intrusives ».

Il est dès lors recommandé - outre la référence à un document de la Commission européenne rédigé exclusivement en anglais ⁶ - d'insister également sur le caractère exceptionnel de l'application du régime en projet dans le rapport au Roi. On peut ainsi mentionner que la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE' (transposée par la loi du 13 août 2011) a déjà pour objectif de coordonner les procédures de passation de marchés de travaux et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité de manière à « [satisfaire] aux impératifs de sécurité des États membres et aux obligations découlant du traité » (considérant 4). Par ailleurs, une référence concrète à la jurisprudence de la Cour de Justice

⁵ Avis C.E.38.177/1 du 10 mars 2005 sur un projet devenu l'arrêté royal du 22 juin 2005 'modifiant l'arrêté royal du 19 novembre 1970 relatif au régime de pension d'invalidité des ouvriers mineurs et l'arrêté royal du 20 novembre 1970 portant des dispositions particulières en matière de sécurité sociale des ouvriers mineurs et assimilés', observation 2.2.1.

⁶ Voir page 3 du rapport au Roi.

relative à l'article 346, paragraphe 1, b, du TFUE, peut aider le justiciable à mieux appréhender le champ d'application limité de l'arrêt⁷.

En outre, le rapport au Roi indique à juste titre que les marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité visés par le régime en projet doivent se rapporter à « la liste de produits auxquels les dispositions de l'article 346, i, b s'appliquent »⁸. Il est néanmoins recommandé que le rapport précise encore, à titre complémentaire, qu'il s'agit de la liste qui a été adoptée par la décision du Conseil 255/58, du 15 avril 1958. Cette décision n'ayant jamais été publiée au Journal officiel européen, il importe de mentionner également la source de cette liste dans le rapport au Roi⁹.

8. La loi du 13 août 2011, dont certaines dispositions procurent un fondement juridique à l'arrêt envisagé, a un champ d'application personnel étendu, ainsi qu'il ressort de ses articles 2 et 3, 1°. L'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi du 13 août 2011 mentionne en effet ce qui suit :¹⁰

« Compte tenu du fait que les marchés visés par le présent projet relèvent des domaines de la défense et de la sécurité au sens de l'article 14, les pouvoirs adjudicateurs les plus directement concernés sont ici essentiellement le ministère de la défense, la police et les autres services chargés de la sécurité. D'autres pouvoirs adjudicateurs sont cependant susceptibles d'être concernés dans la mesure où un marché ponctuel porterait par exemple sur des équipements sensibles au sens du présent projet, par exemple des institutions scientifiques et des institutions chargées de la recherche et du développement; ».

Le texte du projet soumis pour avis n'en limite pas expressément le champ d'application personnel. Néanmoins, il s'avère qu'il s'agit de réglementer uniquement les marchés publics lancés par le ministre de la Défense. C'est ainsi que l'article 5, § 5, du projet dispose par exemple que le ministre qui a la Défense dans ses attributions est compétent pour attribuer le marché. Le délégué a déclaré à cet égard :

« Het is inderdaad de bedoeling van dit KB om alleen overheidsopdrachten uitgeschreven door het ministerie van defensie te dekken.

(...)

Artikel 346, eerste lid, b, VWEU, is een uitzondering waarop alleen de EU-lidstaten zich kunnen beroepen ('elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid'). Voor wat België betreft, betekent dit dat alleen de Staat artikel 346 kan invoeren. Dit is een eerste beperking op het personeel toepassingsgebied van het KB. Daarbij heeft de uitzondering alleen betrekking op de productie van of de handel in wapens, munitie en

⁷ Par exemple, C.J.U.E., 4 septembre 2014, *Schiebel Aircraft GmbH c. Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend*, C474/12, points 33-36.

⁸ C'est ce qui a entre-temps été confirmé dans la jurisprudence du tribunal de l'Union européenne relative à l'ancien article 296 du traité CE (arrêt du 30 septembre 2003, *Fiocchi munizioni SpA c. Commission*, T-26/01, point 61).

⁹ Un extrait de cette décision a notamment été reproduit dans le document n° 14538/4/08 du Conseil qui, depuis 2008, est accessible au public sur le site internet <http://register.europa.consilium.eu>.

¹⁰ Projet de loi 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité', *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 1592/1, pp. 8-9.

oorlogsmateriaal. In de context van overheidsopdrachten, is het dus heel onwaarschijnlijk dat een ander departement dan het ministerie van defensie deze uitzondering zou invoeren. Het personeel toepassingsgebied van het KB zou eventueel kunnen veralgemeend worden door het te openen tot andere federale departementen (door te refereren, bij voorbeeld, tot 'de minister bevoegd voor de plaatsing van de overheidsopdracht'), maar in de praktijk zou deze aanpassing volgens ons geen toegevoegde waarde hebben ».

L'article 108 de la Constitution habilite le Roi à faire les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution. Si, dans l'exercice de ce pouvoir, le Roi ne peut ni étendre la portée de la loi ni la restreindre, il lui appartient néanmoins, en vertu de l'article précité, de dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins que la loi poursuit.

Compte tenu du champ d'application matériel très restreint (et étroitement lié au ministère de la Défense) du projet, exposé au point 7, on peut admettre que le Roi n'excède pas sa compétence en limitant à ce ministère le champ d'application personnel de l'arrêté royal envisagé. Dans un souci de sécurité juridique, il est cependant indiqué de commenter dans le rapport au Roi le champ d'application personnel limité dont il s'agit.

9. Selon la première phrase de l'article 15, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011 procurant le fondement juridique, seul le titre 3/1 de cette loi (lequel, comme il est apparu au point 3, ne comporte qu'un unique article 43/1) s'applique aux marchés publics qui relèvent du champ d'application du régime en projet. Il s'ensuit que les règles matérielles de la loi du 13 août 2011 ne sont pas applicables aux marchés qui relèveront du champ d'application de l'arrêté envisagé.

Le régime en projet ne comporte cependant pas de principes généraux, tels que ceux qui, par exemple, sont énumérés au chapitre 1^{er} du titre 2 de la loi du 13 août 2011.

À la question de savoir si, même en l'absence de disposition expresse, les principes relatifs aux marchés publics sont également applicables aux marchés soumis au régime en projet, le délégué a déclaré :

« De belangrijkste basisbeginselen van overheidsopdrachten (transparantie, gelijke behandeling, niet discriminatie, proportionaliteit, ...) vinden hun bron in de EU verdragen en zijn, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, van toepassing op alle overheidsopdrachten. Het gebruik van uitzonderingen zoals artikel 346 VWEU laat wel toe van deze beginselen af te wijken, maar het Hof heeft duidelijk gemaakt dat dit alleen mogelijk is binnen de limieten van wat strikt noodzakelijk is om de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen te verzekeren, en alleen mits het respecteren van het principe van proportionaliteit. Dus zijn volgens ons deze principes genoeg als waarborgen voor de inschrijvers, en moeten ze niet noodzakelijk in het KB hernomen worden ».

Il est recommandé d'inscrire cette précision dans le rapport au Roi, éventuellement en faisant référence à la jurisprudence pertinente de la Cour de Justice. À cet égard, on peut noter que les principes de bonne administration s'appliqueront aussi, sur la base du droit national, aux marchés publics qui relèvent du champ d'application du projet.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

10. Pour le motif exposé au point 3, la rubrique « Fondements juridiques », dans le préambule du projet, doit viser l'article 15, alinéa 2, 1° et 4° (au lieu de l'article 15, alinéa 2) de la loi du 13 août 2011.

Par ailleurs, pour les raisons mentionnées aux observations 4 et 5, il y a lieu de compléter le préambule par une référence à l'article 108 de la Constitution, à l'article 78 de la loi du 15 juin 2006, à l'article 193 de la loi du 17 juin 2016 et, enfin, par une référence aux arrêtés royaux (à modifier) des 19 novembre et 20 novembre 1970.

Article 1^{er}

11. Les notions définies dans cette disposition (par exemple « l'arrêté royal relatif à l'intervention du Conseil des ministres ») ne sont pas toujours utilisées de manière cohérente dans la suite du texte, mais sont parfois au contraire à nouveau écrites en toutes lettres.

Il est recommandé d'omettre ces définitions et de remplacer chaque fois les abréviations des arrêtés royaux par leur intitulé complet. Une autre solution peut consister à les abrégier en faisant mention de leur date, par exemple « l'arrêté royal du 3 avril 2013 » au lieu de « l'arrêté royal relatif à l'intervention du Conseil des ministres » pour ensuite utiliser cette abréviation de manière cohérente dans l'ensemble du régime en projet.

Article 3

12. Dans sa rédaction actuelle, l'article 3 paraît être une disposition superflue qui coïncide en grande partie avec le contenu des articles 7 et 8 du projet ¹¹.

Invité à fournir des explications à ce sujet, le délégué a déclaré à propos de l'article 3, alinéas 1^{er} et 2, et des articles 7 et 8 du projet ce qui suit :

« Deze artikelen vallen inderdaad samen. Artikelen 7 en 8 bevatten alleen de modificaties van de bestaande besluiten betreffende de tussenkomst van de Ministerraad die nodig geacht zijn om artikel 3, eerste en tweede lid, te kunnen toepassen ».

Il est déconseillé de reproduire ou de paraphraser les dispositions d'une norme de même rang hiérarchique, lorsque cette norme est de toute façon applicable en raison de son

¹¹ Concernant la raison pour laquelle ces deux dernières dispositions prévoient un régime au contenu identique, le délégué a déclaré : « De twee KB's betreffende de tussenkomst van de Ministerraad betreffen verschillende soorten van overheidsopdrachten. Indien de opdracht een internationale samenwerking of internationale deelname is zoals gedefinieerd door het besluit van 2014, is dit besluit van toepassing voor deze opdrachten en niet het besluit van 2013. In deze type opdrachten kunnen ook maatregelen gevraagd worden voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen, en dus moeten de bepalingen in beide 2013 en 2014 KB's verschijnen ». Cette explication peut justifier l'amendement des deux arrêtés.

champ d'application propre. Ce rappel est non seulement inutile mais aussi risqué¹². Si, par exemple, les arrêtés royaux amendés par les articles 7 et 8 étaient modifiés, il pourrait en effet y avoir entre ces dispositions et l'article 3 une contradiction non voulue.

En outre, dans sa forme actuelle, l'article 3 prête à confusion. Des compétences d'exécution sont déléguées – au demeurant, d'une manière pas tout à fait claire¹³ – à des ministres, mais les compétences respectives des ministres concernés chargés de l'exécution des arrêtés royaux modifiés par les articles 7 et 8 sont déjà réglées dans ces arrêtés proprement dits¹⁴.

Par ailleurs, le contenu de l'article 3, alinéas 1^{er} et 2, du projet ne correspond pas au commentaire de cet article dans le rapport au Roi. Ce commentaire se résume essentiellement comme suit. Les ministres qui ont respectivement la Défense et l'Économie dans leurs attributions doivent, pour chaque marché public, examiner soigneusement l'opportunité et la nécessité de faire valoir l'application de l'arrêté royal envisagé avant de soumettre ces propositions de marchés publics à l'approbation du Conseil des ministres. S'ils n'en voient pas la nécessité, le marché sera passé sur la base du titre 2 de la loi du 13 août 2011. Le délégué a confirmé que le texte du dispositif pourrait exprimer ce principe plus clairement.

Il est dès lors indiqué de remanier fondamentalement l'article 3 du projet au regard des observations qui précèdent.

Articles 4, 5, 7, et 8

13.1. Les articles 4, 5, § 2, 7, et 8 renvoient au « critère d'attribution concernant les exigences pour la protection des intérêts essentiels de sécurité ».

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

« Het is niet de bedoeling dat opdracht[en] steeds zulk gunningscriterium omvatten. Onder de bepalingen van artikel 3, § 1, bepalen de twee Ministers opdracht per opdracht welke specifieke maatregelen genomen moeten worden met als doel de essentiële veiligheidsbelangen te beschermen. Zij kunnen ook beslissen dat geen

¹² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 81.

¹³ Ainsi, l'article 3, alinéa 3, du projet dispose que deux ministres doivent déterminer « *d'un commun accord* » la procédure de mise en œuvre de l'alinéa 1^{er}, cette notion n'étant ainsi pas suffisamment délimitée sur le plan juridique (avis C.E. 63.052/1 du 30 mars 2018 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 8 juin 2018 'tot wijziging van het decreet van 7 mei 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap 'Vlaams Agentschap voor Ondernemersvorming – Syntra Vlaanderen', wat betreft de beginselen van deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector', observation 3). Le délégué a déclaré que l'intention est de concrétiser « een geschreven overeenkomst tussen de twee Ministers om de praktische modaliteiten van de samenwerking tussen de twee administraties te bepalen ». Dans la mesure où l'intention serait néanmoins d'aller au-delà de la simple fixation de règles de fonctionnement internes d'une administration et de faire naître de nouvelles délégations, de nouveaux droits ou devoirs pour les fonctionnaires ou les justiciables, il faudra en tout cas opter pour un arrêté ministériel, qui sera publié au *Moniteur belge*. Une observation similaire s'applique à l'article 4 du projet, qui renvoie également à la notion « *d'un commun accord* ».

¹⁴ Voir, par exemple, l'article 15 de l'arrêté royal du 3 avril 2013 et l'article 7 de l'arrêté royal du 9 janvier 2014.

maatregelen nodig zijn. Indien er beslist wordt dat maatregelen wel nodig zijn, bepaalt artikel 4 dat de inhoud van [het] gunningscriterium in overleg bepaald wordt ».

Pour l'heure, le texte du projet donne toutefois à penser qu'il s'agit bien d'imposer systématiquement l'utilisation de ce critère d'attribution. Ainsi, l'article 4 énonce, par exemple, que deux ministres « déterminent d'un commun accord comment le critère d'attribution concernant les exigences pour la protection des intérêts essentiels de sécurité sera pris en compte pour l'attribution de ces marchés ». Les dispositions en projet sous les articles 7 et 8 complétant les arrêtés royaux à modifier des 3 avril 2013 et 9 janvier 2014 prévoient en outre que « [c]ette décision du Conseil des ministres porte également sur la valeur pondérée du critère d'attribution relatif aux mesures de protection des intérêts essentiels de sécurité du Royaume ».

Dans un souci de clarté et de sécurité juridique, il est recommandé d'omettre les références au critère d'attribution spécifique précité figurant dans les articles 4, 5, § 2, 7, et 8 du projet ou, à tout le moins, de préciser dans le texte du projet même qu'il s'agit d'un critère d'attribution qu'il est possible d'utiliser et pour lequel, le cas échéant, certaines règles s'appliquent.

13.2. En réponse à une demande de préciser la portée de la procédure mentionnée à l'article 5, §§ 1^{er} à 4, du projet, le délégué a donné les explications suivantes :

« Na de kwalitatieve selectie, dient elk inschrijver zijn offerte in, die ook maatregelen voorstelt voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen zoals opgelegd in het bestek (§ 1).

Defensie verifieert de regelmatigheid van deze offertes voor wat alle andere aspecten behalve de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen betreft, en mag deze offertes onderhandelen binnen de beperkingen van § 4, namelijk dat de gunningscriteria en de minimum eisen niet mogen gemodificeerd worden (§ 2);

In parallel, verifiëren Defensie en Economie de regelmatigheid van deze offertes voor wat de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen betreft, en mogen ze deze offertes onderhandelen binnen de beperkingen van § 4, namelijk dat de gunningscriteria niet mogen gemodificeerd worden, maar de minimum eisen wel, voor zover dit niet uitgesloten werd in de opdrachtdocumenten (§ 3). Dus een initiële offerte en alle volgende offertes, met uitzondering van de definitieve offerte, zullen niet onregelmatig verklaard worden op basis van de voorgestelde essentiële veiligheidsbelangen maatregelen, tenzij dit voorzien is in de opdrachtdocumenten. Een maatregel die verworpen wordt leidt dus [in] dit stadium niet tot de onregelmatigheid van een offerte, behalve als het expliciet zo voorzien is in de opdrachtdocumenten.

Op het einde van de parallele onderhandelingen van § 2 en § 3, worden de inschrijvers gevraagd een BAFO in te dienen, die alle aspecten van de opdracht moet dekken, ook de maatregelen voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen. Deze BAFO wordt niet onderhandeld, en wordt onregelmatig verklaard als het niet voldoet aan de minimumeisen, die op dit moment natuurlijk niet meer gemodificeerd kunnen worden. De BAFO wordt geëvalueerd door Defensie voor alle andere criteria (§ 2) en door Defensie en Economie voor de voorgestelde maatregelen voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen (§ 3) ».

Il est indiqué de remanier l'article 5, §§ 1^{er} à 4, compte tenu des explications du délégué reproduites ci-dessus. En effet, pour l'heure, le contenu de ces dispositions ne fait pas

apparaître avec suffisamment de clarté les principes (et les compétences) concernant la décision de sélection, la possibilité de prévoir dans les documents du marché une déclaration d'irrégularité obligatoire de toutes les offres, hormis l'offre définitive, si les mesures proposées concernant les intérêts essentiels de sécurité ne sont pas suffisantes et l'obligation d'une déclaration d'irrégularité d'une offre définitive (« BAFO ») si celle-ci ne répond pas aux exigences minimales.

13.3. Par ailleurs, la portée de l'article 5, § 3, dernière phrase, du projet, qui, dans sa rédaction actuelle, semble imposer une obligation d'« écart[er] les mesures proposées par le soumissionnaire qui ne satisferaient pas aux exigences de la législation européenne et belge concernant l'invocation d'une exception au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », n'apparaît pas clairement.

Le délégué a déclaré à cet égard :

« Op de dag van vandaag, is deze 'wetgeving' beperkt tot de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. De maatregelen voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelang moeten voldoen aan de eisen opgelegd door het Hof en potentieel toekomstige nationale rechtspraak (bv. proportionaliteit), ook als zij voorgesteld worden door een inschrijver. De aanbestedende overheid moet dus verifiëren [of] de concrete maatregelen voorgesteld door de inschrijvers voldoen aan de eisen van de rechtspraak, en een aangeboden maatregel moet verworpen worden indien [hij] niet voldoet. (...) Het KB spreekt van 'verwerpen' om duidelijk te maken dat maatregelen die tegenstrijdig zijn met de rechtspraak van het Hof van de EU onaanvaardbaar zijn. Maar in het kader van de onderhandelingen kan de inschrijver vervangende of aangepaste maatregelen voorstellen ».

Il est conseillé d'adapter la rédaction de l'article 5, § 3, dernière phrase, du projet compte tenu de cette explication, par exemple, en supprimant le segment de phrase « de la législation européenne et belge concernant » et, à cet égard, de tenir compte également des explications du délégué, figurant au point 13.2, relatives aux principes du contrôle de la régularité. On précisera dans le rapport au Roi que, lors de l'évaluation des mesures proposées, il faut tenir compte de (l'évolution de) la jurisprudence de la Cour de l'Union européenne.

Article 6

14. Le délégué a confirmé que les termes « un accord spécifique signé par le ministre qui a l'Économie dans ses attributions » visent un accord avec le soumissionnaire. Il est indiqué d'adapter le texte en ce sens.

Article 11

15.1. En vertu de l'article 11, l'arrêté envisagé trouvera à s'appliquer aux marchés « publiés ou qui auraient dû être publiés » à partir de la date de son entrée en vigueur, ainsi qu'aux « marchés pour lesquels, à défaut de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date ». Dès lors que, ce faisant, l'article 11 du projet renvoie également (implicitement) aux seuils fixés pour la publication européenne et à la date de

publication au Bulletin des adjudications, cette disposition (en projet) donne à penser que le projet vise à introduire une nouvelle obligation¹⁵ de publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications lorsque des marchés, qui entrent dans le champ d'application du régime en projet, atteignent les seuils visés.

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

« Er bestaat geen wettelijke verplichting tot publicatie van opdrachten boven de drempelbedragen in het Bulletin der Aanbestedingen / Europees Publicatieblad die vallen onder het toepassingsgebied van artikel 346, lid 1, b VWEU.

(...)

In het geval van het inroepen van artikel 346, lid 1, b VWEU, is het de bedoeling een procedure zonder bekendmaking steeds mogelijk te maken.

Toch op basis van het transparantiebeginsel moet een zekere minimale publiciteit aan de opdracht gegeven worden, en men kan van dit principe afwijken alleen in de strikt noodzakelijke mate om de essentiële veiligheidsbelangen van de Staat te garanderen (bv. als het bestaan van de opdracht niet gekend mag zijn) ».

Il est recommandé de reformuler l'article 11 à la lumière de ces explications.

15.2. En réponse à la question de savoir si l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé prévue le dixième jour suivant sa publication au Moniteur belge n'aurait pas des effets indésirables puisqu'il faudra respecter rapidement les nouvelles règles, le délégué a répondu :

« Deze snelle inwerkintreding was noodzakelijk geacht in 2018. Nu kan inderdaad de inwerkingtreding in artikel 11 aangepast worden ».

Les auteurs du projet doivent prévoir un délai suffisamment long afin de laisser aux personnes soumises au régime en projet suffisamment de temps pour prendre connaissance du nouveau régime et s'y conformer.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

¹⁵ Les marchés passés sur la base de l'article 346, paragraphe 1, b, du TFUE ne relèvent pas de la directive 2009/81/CE, ni des règles de publication et des seuils mentionnés dans l'arrêté royal du 23 janvier 2012 'relatif la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité' (voir l'article 4 de cet arrêté).