

22 juin 2017

Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services

RAPPORT AU ROI,

Sire,

La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dénommée ci-après « la loi », a pour objet de transposer en droit belge les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE en matière de marchés publics respectivement dans les secteurs classiques et dans les secteurs spéciaux.

Le présent projet vise transposer partiellement le chapitre relatif à l'exécution du marché dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Outre une série d'adaptations techniques et d'adaptations en matière de lutte contre le dumping social, le présent projet d'arrêté royal réforme en profondeur les règles relatives aux modifications du marché. Cette réforme est dictée par l'article 72 de la directive 2014/24/UE et l'article 89 de la directive 2014/25/UE. Le champ d'application est, par ailleurs, également adapté. Un certain nombre de dispositions clés concernant les modifications du marché sont déclarées applicables dans les secteurs spéciaux, même lorsqu'il s'agit de personnes (généralement de droit privé) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. Pour rappel, les règles générales d'exécution ne sont aujourd'hui pas applicables dans les secteurs dits « secteurs spéciaux privés ».

En outre, une série d'adaptations purement techniques sont insérées dans le texte, et l'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, est réglée. Les adaptations purement techniques précitées concernent les articles suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013: les articles 11 (désignation du fonctionnaire dirigeant), 16 (personnel), 25 (clarification concernant le calcul du cautionnement), 30 (clarification concernant le prélèvement sur le cautionnement), 35 (copie sur demande du cahier spécial des charges), 41 (renonciation à la vérification), 47 (gestion propre), 67 (modalités pour les avances), 69 (base de calcul des intérêts pour retard de paiement), 76 (temps de préparation pour les autres phases que la première phase) et 82 (modalités contre-essai). Le projet prévoit également l'insertion d'un nouvel article relatif à la base de calcul des pénalités générales ou spéciales ou des amendes pour retard (le nouvel article 46/1).

Enfin, le projet prévoit une série de dispositions nouvelles afin de lutter contre le dumping social. Les dispositions ont principalement trait à l'interdiction à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été attribué, à la limitation de la chaîne de sous-traitance, à la transparence accrue dans cette chaîne de sous-traitance, au respect obligatoire par les sous-traitants de la réglementation relative à l'agrément des entrepreneurs et à la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Comme indiqué dans la résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne et malgré l'absence d'une définition réglementaire ou universellement partagée du terme dumping social, la notion recouvre un large éventail de pratiques abusives intentionnelles et le contournement de la législation européenne et nationale en vigueur (y compris les dispositions législatives et les conventions collectives d'application générale), qui permettent le développement d'une concurrence déloyale en minimisant de façon illégale la charge salariale et les frais de fonctionnement et aboutit à des violations des droits des travailleurs et à l'exploitation des travailleurs.

Sauf indication contraire, les modifications qui sont introduites par le présent projet sont également d'application pour les marchés qui tombent dans le champ d'application de loi défense et sécurité. Dès lors, ces marchés sont également soumis, à une exception près (voir le nouvel article 38/19, alinéa 2), aux

nouvelles règles concernant les modifications au marché. La directive 2009/81/EC « défense et sécurité » ne contient aucune règle relative aux modifications du marché. Par conséquent, les Etats membres disposent dans les limites des traités européens, d'une marge d'appréciation en la matière. Il n'existe aucune raison objective d'insérer d'autres règles pour les marchés concernés que les règles générales qui sont d'application aux modifications du marché.

Enfin, sauf disposition contraire dans le commentaire, il a été tenu compte des remarques formulées dans l'avis 61.030/1 du Conseil d'État donné le du 23 mars 2017.

Art. 1^{er}.

Cette disposition modifie l'intitulé de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Tant la passation que l'exécution des contrats de concession seront régies par une loi distincte (la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) et un arrêté royal distinct. L'intitulé de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne doit, dès lors, plus faire référence aux concessions de travaux publics. Les dispositions spécifiques relatives aux concessions de travaux publics (articles 104 à 114) sont donc abrogées (voir commentaire de l'article 46).

Art. 2

Cette disposition vise à apporter deux adaptations terminologiques à divers endroits de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Chaque fois qu'il est question de « pouvoir adjudicateur », cette notion est tout d'abord remplacée par la notion d'adjudicateur. Cette dernière notion comprend non seulement les pouvoirs adjudicateurs (dans les secteurs classiques et les secteurs spéciaux), mais également les entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, à savoir les entreprises publiques et les personnes (essentiellement de droit privé) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs spéciaux. Cette notion faïtière a été introduite à l'article 2, 5° de la loi et est utilisée ici aussi, tous les acteurs précités pouvant ainsi être appréhendés de manière concise.

Pour les formalités nécessitant actuellement un envoi recommandé, la deuxième modification terminologique vise à permettre l'utilisation non seulement dudit envoi recommandé, mais également des envois électroniques assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi. Cela représente une simplification administrative considérable pour les adjudicateurs.

Art. 3.

Cette disposition vise à remplacer l'article premier, indiquant de quelles directives l'arrêté royal du 14 janvier 2013 assure la transposition. En effet, il convient de renvoyer aux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Les références concernées ont, dès lors, été adaptées.

Art. 4.

Cette disposition apporte certaines adaptations terminologiques dans les définitions. Tout d'abord, dans les dispositions sous *a*) à *f*) , une série de définitions sont actualisées à la lumière de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de ses arrêtés d'exécution. Ces adaptations ne nécessitent pas de commentaire particulier.

Ensuite, dans la disposition sous *g*) , deux définitions sont insérées. Pour la notion de « modification du marché », il s'agit, au sens le plus général du terme, de toute adaptation des conditions contractuelles du marché ou de l'accord-cadre. S'agissant de la modification du marché, nombre d'articles sont modifiés et ajoutés (voir les articles 37 et 38 qui sont remplacés et les articles 38/1 à 38/19 qui sont ajoutés). Ces dispositions ont pour but de transposer l'article 72 de la directive 2014/24/UE et l'article 89 de la directive 2014/25/UE.

Dans cette même disposition sous *g*) figure une définition de la notion « marché dans un secteur sensible à la fraude ». Sont considérés comme des marchés dans un secteur sensible à la fraude, les marchés de travaux ainsi que marchés de services tombant dans le champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales. En ce qui concerne ce dernier aspect, il s'agit plus particulièrement des marchés passés dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection des salaires des travailleurs. Pour ces marchés dans un secteur sensible à la fraude, des mesures spécifiques sont prévues, qui contribuent à la lutte contre le dumping social, plus particulièrement l'obligation pour l'adjudicataire de transmettre certaines informations relatives à la chaîne de sous-traitance à l'adjudicateur et la vérification de l'absence d'un motif d'exclusion par le pouvoir adjudicateur.

L'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE et l'article 88, paragraphe 8, de la directive 2014/25

/UE autorisent les Etats membres à limiter l'application de telles mesures « notamment à l'égard de certains types de marchés, certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou d'opérateurs économiques ou à partir de certains montants ». Cette possibilité de limitation n'empêche pas que les critères utilisés doivent pouvoir se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. Le présent projet respecte d'ailleurs ces principes. Le projet prévoit des mesures spécifiques aux marchés passés dans des secteurs sensibles à la fraude, ce qui n'est pas contradictoire avec les principes précités puisqu'il a déjà été établi que des mesures spécifiques étaient nécessaires pour ces secteurs qui sont, comme leur nom l'indique, beaucoup plus touchés par la fraude.

Les secteurs sensibles à la fraude n'ont pas été déterminés par la législation « marchés publics » mais par le biais d'un renvoi aux activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection des salaires des travailleurs. Pour ne pas compliquer inutilement le projet, il a été décidé, en ce qui concerne les marchés de travaux, de ne pas renvoyer à cet article 35/1 et de les considérer comme étant sensibles à la fraude.

Art. 5.

Cette disposition vise à actualiser la référence à la disposition de la loi qui concerne la fixation des délais et ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 6.

Cette disposition remplace les articles 5 et 6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Le champ d'application fait l'objet d'une série d'adaptations.

L'actuel article 5, §3, énumère les dispositions applicables aux marchés dont le montant estimé est supérieur à 8.500 euros mais inférieur ou égal à 30.000 euros. Ce n'est plus le cas dans le projet: les règles générales d'exécution ne sont plus rendues applicables aux marchés dont le montant estimé n'atteint pas 30.000 euros. Cette approche fait écho au régime assoupli prévu aux articles 92 et 162 de la loi pour les marchés publics de faible montant (pareils marchés peuvent être conclus par facture acceptée jusqu'à un montant qui n'atteint pas 30.000 euros au lieu de 8.500 euros actuellement, voir article 105, §1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011). Il est toutefois prévu que les documents du marché peuvent rendre certains articles applicables à un marché déterminé. Vu que les articles 92, alinéa 1^{er}, 1^o, et 162, alinéa 1^{er}, 1^o de la loi prévoient déjà que l'article 12 de cette même loi relatif au principe du paiement pour un service fait et accepté n'est nullement applicable aux marchés de faible montant, il n'y a plus lieu de renvoyer à l'article 67, §1^{er}, 5^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (comme c'est le cas aujourd'hui à l'article 5, 4). Cette dernière disposition est d'ailleurs abrogée pour la même raison (voir aussi le commentaire de l'article 32).

Ce qui précède implique également qu'il ne subsiste plus qu'un seul seuil applicable tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux.

Diverses adaptations ont, en outre, été apportées à l'article 6. Dans les premier et deuxième paragraphes, tout d'abord, quelques références ont été actualisées et certains termes, adaptés. Il n'y a pas lieu de fournir de plus amples commentaires à cet égard, sauf en ce qui concerne les aspects ci-dessous.

En premier lieu, il y a la précision de la liste des articles-clé qui restent applicables aux catégories de marchés exclus concernés (voir paragraphes 2 et 3). Pour rappel: suite à la référence dans l'article 6, §1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 à l'article 9, §§2 et 3 du même arrêté, il découle implicitement (voir à ce sujet le commentaire de l'article 5 du rapport au Roi de l'arrêté royal du 22 mai 2014 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics), que les articles relatifs aux règles de paiement mentionnés dans ces dispositions sont également d'application sur ces catégories de marchés. Il s'agit en premier lieu des articles 95, 120, 127, 156 et 160 et plus particulièrement des dispositions relatives aux délais de vérification et de paiement. Il s'agit en deuxième lieu de l'article 69, relatif à l'intérêt pour retard de paiement et à l'indemnisation pour les frais de recouvrement. L'applicabilité de l'article 69 s'appuie également, par le biais d'une référence, sur les dispositions mentionnées à l'article 9, §2, alinéas 2 et 3, qui font valoir une interdiction de principe de prolonger la vérification et le délai de paiement « sans préjudice des paragraphes 1^{er} et 4 » (de l'article 9). L'applicabilité (implicite) de l'article 9, §1^{er}, implique

qu'outre l'article 69 les articles du chapitre 1^{er} et les articles 37 (actuel), 38 (actuel) et 67 sont d'application sur les catégories de marchés mentionnés à l'article 6, §1^{er}. L'applicabilité (implicite) de l'article 9, §4, signifie de son côté que lorsque, pour les catégories de marchés concernés, il est prévu une prolongation du délai de vérification et de paiement, il convient de respecter les obligations de motivation de l'article 9, 4 (outre les conditions de l'article 9, §2). Il a donc été jugé plus utile d'indiquer explicitement les articles-clé qui restent d'application, au lieu de maintenir ces références implicites multiples et nombreuses, à savoir: les articles 1 à 9, 67, 69, 95, 120, 127, 156 et 160, ainsi que la « deuxième série » d'articles-clé, commentée ci-après.

Lors de l'actualisation de la liste (jusqu'à ce jour encore implicite, voir supra), la référence aux articles 37 et 38 a été remplacée par une référence aux articles 12, §4, 12/1, 37 à 38/6, 38/19, 62, alinéa 1^{er}, 1^o, et alinéa 2, ainsi qu'à l'article 62/1 (voir paragraphe 2, alinéa 2). Cette « deuxième série » d'articles-clé a trait à la transposition des articles 71.3, 71.5, 72 et 73 de la directive 2014/24/UE et les dispositions correspondantes de la directive 2014/25/UE (essentiellement la problématique de la modification des marchés). Il s'agit de dispositions qui font désormais partie des règles européennes et qui doivent donc rester d'application.

Les services sociaux et autres services spécifiques (voir annexe III de la loi) sont pour la plupart exceptés. Ils ne sont soumis qu'aux articles-clé précités (première et deuxième série).

La situation est différente pour ce qui a trait aux services repris sous la définition « Services d'hôtellerie et de restauration » et « Services juridiques ».

Les « Services d'hôtellerie et de restauration » sont entièrement soumis au présent projet.

En ce qui concerne les services juridiques, le champ d'application est réglé dans un paragraphe 4 distinct. Certains services juridiques demeurent assujettis à l'ensemble des dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. S'agissant des services juridiques, il convient cependant de rappeler que de nombreux services juridiques sont désormais exclus du champ d'application de la loi. Il va sans dire que le présent projet ne s'applique pas non plus à ces services juridiques exclus du champ d'application de la loi. Il en va de même pour les marchés de désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, visés à l'article 28, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, a) et b), de la loi. Même si le Roi a fait usage de la délégation facultative pour fixer certaines règles de passation pour ces marchés, ils ne sont pas assujettis au présent projet.

S'agissant des marchés tombant sous le champ d'application du titre 3 de la loi et qui sont passés soit par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soit par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, une modification importante est à souligner. Pour la première fois, ils seront soumis à une série d'articles-clé, plus particulièrement de la deuxième série. Il faut, en effet, également veiller à ce que les dispositions des directives relatives aux modifications du marché et à la fin du marché soient aussi transposées par rapport aux services concernés qui, à ce jour, sont exclus du champ d'application sur la base de l'article 6, §1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Les marchés concernés ne sont pas soumis à la première série d'articles-clé.

Une nouvelle exemption est prévue pour la désignation d'un réviseur d'entreprises. Il doit en effet être constaté que certaines dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 entrent en contradiction avec le code des sociétés.

La notion de « marchés de promotion » n'est désormais plus définie dans la loi. Ces marchés sont en principe soumis aux règles du régime ordinaire. Néanmoins, les possibilités de dérogations aux règles générales d'exécution ont été assouplies (voir ci-après, le commentaire de l'article 9).

Il est rappelé que beaucoup de marchés qualifiés auparavant de marchés de promotion de travaux pourront toutefois être qualifiés de contrats de concession et être ainsi soumis à des règles d'exécution particulières. La réglementation antérieure qui prévoyait la non-applicabilité des articles énumérés à l'article 96 pour les marchés précités ne répondant pas à toutes les conditions pour pouvoir bénéficier de l'exception, n'a pas été reprise. La section 2 du chapitre 3 qui reprend l'article 96 sera en effet abrogée (voir le commentaire relatif à l'article 46 pour de plus amples informations).

Il n'est plus question non plus, pour des raisons évidentes, des concessions de travaux publics.

Le quatrième paragraphe de l'article 6 remplacé est pour ainsi dire identique à l'article 6, §2, 3°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Le cinquième paragraphe ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 7.

Cette disposition remplace l'article 7 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. L'alinéa 1^{er}, qui correspond en grande partie à l'actuel alinéa 1^{er} de l'article 7, précise que l'accord-cadre n'est soumis qu'à un nombre limité de règles. En effet, l'accord-cadre en tant que tel est exécuté par la conclusion des marchés subséquents basés sur l'accord-cadre, et par l'exécution de ces derniers marchés. Ainsi, l'accord-cadre même ne doit être assujéti qu'à certaines dispositions clés. Par rapport à l'actuelle liste contenue à l'article 7, alinéa 1^{er}, seuls l'article 12, §4, concernant l'action directe du sous-traitant et les articles 37 à 38/19 concernant les modifications du marché ont été ajoutés, outre l'article 62/1 nouvellement inséré.

L'alinéa 2 précise que les marchés conclus sur la base d'un accord-cadre sont soumis à toutes les dispositions, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Cette approche permet de continuer à assurer la souplesse nécessaire. La liste des articles clés dont il ne peut néanmoins jamais être dérogé a toutefois été étendue. Plus précisément, on y a ajouté les articles 12/1, 37 à 38/6, 38/8, 38/9, §4, 38/10, §4, 38/11 à 38/19, 62, alinéa 1^{er}, 1°, et alinéa 2, ainsi que l'article 62/1. Il s'agit des dispositions portant sur la modification du marché et sur certaines règles relatives à la fin du marché d'une part et concernant la sous-traitance d'autre part.

Art. 8.

La présente disposition vise la suppression des références devenues obsolètes suite à l'article 56, 3, de la loi. Cette disposition n'appelle pas d'autre commentaire.

Art. 9.

La présente disposition vise l'adaptation de la liste d'articles auxquels il ne peut jamais être dérogé et vise à assouplir les possibilités de dérogation en ce qui concerne les marchés publics portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci.

Étant donné que le présent projet transpose également les articles 72 et 73 de la directive 2014/24/UE et les articles 89 et 90 de la directive 2014/25/UE, il y a lieu de préciser qu'il ne peut pas non plus être dérogé aux dispositions ayant trait à cette transposition, d'où l'ajout à cette liste d'une série d'articles concernant les modifications du marché. Les articles 12/1, 12/3 et 78/1 sont également ajoutés à la liste. Ils concernent tous la lutte contre le dumping social.

Pour ce qui concerne les marchés portant à la fois sur le financement, la conception et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci, c'est-à-dire une catégorie spécifique de « marchés de promotion », des modifications sont apportées, en ce qui concerne les dispositions relatives aux modifications du marché, pour que seuls les dispositions qui transposent directement les articles 72 et 73 de la directive 2014/24/UE et les articles 89 et 90 de la directive 2014/25/UE, fassent partie de la liste d'articles auxquels il ne peut jamais être dérogé. Pour ce qui concerne ces marchés, un assouplissement est prévu pour déroger des règles générales d'exécution. Les modalités normales pour de telles dérogations, notamment une dérogation dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché considéré, ainsi que (dans certains cas) une motivation formelle dans le cahier spécial des charges, ne s'appliquent pas aux marchés concernés. Néanmoins, la liste des dispositions auxquelles il est dérogé doit figurer au début du cahier spécial des charges. Cet assouplissement provient du fait que l'exception partielle actuelle concernant les marchés dits « marchés de promotion » n'est plus reprise et que le régime assoupli pour les marchés de promotion est abrogé. Pour de plus amples informations, il est renvoyé au commentaire de l'article 6 du projet. L'assouplissement susmentionné vaut uniquement si le marché a trait aussi bien au financement et à l'exécution du marché, qu'à la conception.

Afin de permettre l'assouplissement précité et de pouvoir insérer un certain nombre de possibilités de dérogations spécifiques pour certaines dispositions relatives aux modifications du marché, un remplacement du paragraphe 4 a été prévu.

Il est toujours prévu qu'il peut être dérogé à d'autres dispositions obligatoires que celles mentionnées aux

paragraphes 2 et 3 de l'article 9, que dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché. Néanmoins, un certain nombre d'exceptions à ce principe sont ajoutées.

Premièrement, il est rendu possible de déroger à l'article 38/7 nouvellement inséré, sans pour autant que le caractère indispensable lié aux exigences particulières du marché, ne doive être démontré. L'article 38/7 susmentionné concerne les clauses de révision des prix (pour de plus amples informations sur cette disposition, il est renvoyé au commentaire de l'article 21). Il serait démesuré d'imposer un tel contrôle du caractère indispensable pour les dérogations à cet article.

Lorsque dérogation est faite aux articles 38/9, §§1^{er} à 3 et 38/10, §§1^{er} à 3, nouvellement insérés, le caractère indispensable ne doit pas non plus pouvoir être démontré. Ces dispositions concernent les circonstances imprévisibles qui mènent à un bouleversement de l'équilibre contractuel. Lorsqu'il est dérogé à ces dispositions, une motivation expresse dans le cahier spécial des charges est requise. Cette approche est dans la droite ligne de l'actuel article 9, §4, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et ce, même si le non-respect de cette obligation n'est pas sanctionné par une dérogation réputée non-écrite. Pour de plus amples informations en la matière, il est renvoyé au commentaire de l'article 21. Il suffit de mentionner ici que dans la disposition ici commentée, les articles 38/9, §4 et 38/10, §4, ne sont repris, étant donné que ces dispositions sont reprises dans la liste de dispositions auxquelles il ne peut jamais être dérogé.

Dans l'énumération des articles pour lesquels il peut uniquement être dérogé moyennant une motivation expresse dans les documents du marché, il n'est désormais plus fait mention des articles 62 et 96. L'article 62 est en effet déjà repris dans la liste d'articles auxquels il ne peut jamais être dérogé (ce qui peut s'expliquer à son tour par le fait qu'il existe dorénavant également des règles dans les directives européennes en matière de résiliation). L'article 96 est abrogé (voir article 46 du présent projet).

À titre d'exemple d'une disposition dont il ne peut être dérogé que moyennant une motivation expresse dans les documents du marché, il peut être renvoyé à une dérogation au délai de défense visé à l'article 44, §2, pour raison de sécurité ou de santé publique. Pour rappel, conformément à la disposition précitée, l'adjudicateur doit constater les manquements aux dispositions du marché dans un procès-verbal, dont une copie est envoyée à l'adjudicataire. Ce dernier dispose ensuite d'un délai de quinze jours pour faire valoir sa défense. Dans certains cas, le délai précité est trop long, par exemple dans un marché organisant la signalisation du trafic sur une autoroute. Dans ce cas, il est indispensable d'agir plus rapidement en raison des exigences particulières du marché.

Comme expliqué ci-dessus, plusieurs hypothèses doivent être différenciées. Néanmoins, pour toutes les dérogations, et ce pour tous les marchés, la liste des dispositions auxquelles il est dérogé, doit figurer au début du cahier spécial des charges.

Art. 10.

Cette disposition apporte quelques modifications à l'alinéa 3 de l'article 10 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Ainsi, l'adjudicateur pourra désormais non seulement autoriser, mais aussi imposer, l'utilisation de moyens électroniques pour l'échange de pièces écrites. Cette possibilité d'imposer l'utilisation de tels moyens s'inscrit dans le droit fil du principe de l'usage des moyens de communication électroniques dans le cadre de la passation des marchés.

Art. 11.

Cette disposition vise à apporter des clarifications à l'article 11 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant le fonctionnaire dirigeant. Il convient de rappeler de manière expresse que l'adjudicateur est obligé de désigner un fonctionnaire dirigeant pour chaque marché. La nouvelle formulation de l'alinéa 1^{er} clarifie que cette désignation doit se faire par écrit et au plus tard au moment de la conclusion du marché. La désignation peut déjà figurer dans les documents du marché. En outre, un alinéa est ajouté dans lequel il est clarifié que le fonctionnaire dirigeant peut être remplacé en cours d'exécution.

Art. 12.

Cette disposition remplace l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif à la sous-traitance.

L'alinéa 1^{er}, de la présente disposition, qui a trait au fait que l'adjudicataire reste responsable à l'égard de l'adjudicateur lorsqu'il confie la totalité ou une partie de ses engagements à un tiers durant l'exécution, reste inchangé. Les alinéas deux et trois se présentent sous une forme modifiée dans les nouveaux articles

12/4 et 12/5 (voir infra).

A toutes fins utiles, il est rappelé que la réglementation relative aux marchés publics ne peut pas déroger aux règles plus spécifiques et plus contraignantes relatives au bien-être au travail, qui imposent des obligations particulières entre autres à charge de l'adjudicataire pour ou en relation avec l'exécution de certains marchés. Cette réglementation interdit parfois la possibilité de confier des tâches à des sous-traitants.

L'alinéa 4 de la disposition actuelle relative aux cas où l'adjudicataire a l'obligation de faire appel à certains sous-traitants, est largement repris dans les paragraphes 2 et 3. Les modifications suivantes doivent plus particulièrement être signalées. L'obligation pour l'adjudicataire qui, dans le cadre de la procédure de passation, a utilisé la capacité de certains sous-traitants pour sa sélection qualitative, de recourir également de manière effective à ces sous-traitants dans le cadre de l'exécution, se limite dorénavant aux critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente. Cette limitation est dictée par les articles 63.1 de la directive 2014/24/UE et 79.1 de la directive 2014/25/UE. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 72, 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit aussi que les opérateurs économiques ne peuvent avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront effectivement les travaux ou fourniront effectivement les services pour lesquels ces capacités sont requises, en ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente (l'arrêté royal relatif aux secteurs spéciaux prévoit une disposition similaire). La disposition dont question ici en constitue le pendant, dans le cadre de l'exécution. Il a été décidé d'étendre également cette approche aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Il va de soi dans le cadre de la procédure de passation que le recours obligatoire à un sous-traitant, à la capacité duquel il a été fait appel au niveau de la sélection qualitative concernant les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente, ne vaut pas lorsque l'adjudicataire a demandé le remplacement du sous-traitant concerné étant donné qu'il se trouve dans une situation d'exclusion, conformément à l'article 12/2. Dans ce cas, il y a tout simplement lieu d'appliquer l'article 12/2 commenté ci-dessous. Ce raisonnement vaut aussi dans l'hypothèse où l'intervention d'un sous-traitant est imposée par l'adjudicataire: dans ce cas également, la possibilité d'une telle imposition (exceptionnelle) du sous-traitant ne déroge par définition en rien à la possibilité/obligation pour l'adjudicataire de demander le remplacement de ce sous-traitant imposé en cours d'exécution du marché, conformément à l'article 12/2. Dans les deux cas précités l'adjudicataire devra vérifier, dans le cadre de la vérification du nouveau sous-traitant proposé, si ce dernier répond bien aux critères de sélection qualitatifs et ce afin de garantir le respect du principe de l'égalité.

L'obligation de recourir à certains sous-traitants, si ceux-ci ont déjà été proposés dans l'offre, fait l'objet d'un troisième paragraphe distinct. Du fait de cette approche séparée, il peut en effet être précisé dans le dispositif qu'il est, dans ce cas, encore loisible à l'adjudicataire d'exécuter lui-même le marché concerné. C'est seulement dans le cas où il souhaite recourir à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution qu'il pourra en principe uniquement faire appel aux sous-traitants proposés, sauf s'il obtient l'autorisation de l'adjudicataire de recourir à un autre sous-traitant.

Les deuxième et troisième paragraphes mentionnent tous deux que le recours obligatoire à certains sous-traitants ne s'applique pas dans le cas où le pouvoir adjudicataire, conformément à l'article 12/2 ci-après, a demandé le remplacement du ou des sous-traitant(s) concerné(s) parce qu'il(s) se trouvai(en)t dans une situation d'exclusion. L'article 12/2 nouvellement inséré prévoit, en effet, expressément que le pouvoir adjudicataire peut ou dans certains cas doit vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Cette disposition est examinée ci-après. Il est logique qu'il ne faille plus recourir obligatoirement à un sous-traitant déterminé si son remplacement est demandé en raison de la présence d'un motif d'exclusion. Cette disposition est commentée ci-après.

Le paragraphe 4 est nouveau. Il prévoit une obligation d'insérer dans les documents du marché un renvoi à l'article 1798 du code civil, en transposition de l'article 71.3 de la directive 2014/24/UE et de l'article 88.3 de la directive 2014/25/UE.

Art. 13.

Cette disposition insère les articles 12/1 à 12/4 qui concernent respectivement la transparence de la chaîne de sous-traitance, la vérification de l'existence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants, la limitation de la chaîne de sous-traitance et l'obligation pour le sous-traitant de satisfaire aux exigences en matière de sélection qualitative. Ces dispositions ont ceci en commun qu'elles contribuent à lutter contre le dumping social dans la chaîne de sous-traitance. Notons également qu'à l'article 39, un article 78/1 est inséré. Celui-ci concerne le respect obligatoire de la réglementation sur l'agrégation des entrepreneurs dans la chaîne de sous-traitance. Pour de plus amples informations à ce sujet, veuillez vous référer au commentaire de l'article 39.

Le nouvel article 12/1 transpose l'article 71.5 de la directive 2014/24/EU et l'article 88.5 de la directive 2014/25/UE concernant la communication obligatoire, par l'adjudicataire à l'adjudicateur, d'informations relatives aux sous-traitants. Chaque fois qu'a été prévue une obligation de vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef du sous-traitant (direct), plus particulièrement pour chaque marché dans un secteur sensible à la fraude (voir la nouvelle définition reprise à l'article 4, g) , cette obligation de vérification a été assortie d'une obligation, pour l'adjudicataire, de transmettre les informations relatives à ces sous-traitants à l'adjudicateur (voir infra article 12/2). Cette obligation a également été rendue applicable aux marchés concernés, même si leur valeur estimée est inférieure au seuil fixé pour la publicité européenne. Il en va de même d'ailleurs dans le cas de marchés de services qui doivent être fournis sur un site placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur. Enfin, l'obligation de fournir de l'information vaut également lorsqu'il s'agit d'un marché passé par une entreprise publique (même si l'article 12/2 n'est pas d'application à ces marchés).

De surcroît, l'obligation de communication des informations qui incombe directement à l'adjudicataire (l'adjudicateur ne doit donc pas en faire la demande) ne se limite pas au sous-traitant direct: l'adjudicataire devra, dans les cas (sensibles à la fraude) indiqués, transmettre les informations relatives à l'ensemble des sous-traitants, quelle que soit la place qu'ils occupent dans la chaîne de sous-traitance. De cette manière, le pouvoir adjudicateur pourra vérifier si les articles examinés ci-après relatifs à la limitation de la chaîne de sous-traitance (voir article 12/2) et au respect de la réglementation sur l'agrégation (article 78/1) ont été correctement respectés.

En ce qui concerne les services de gardiennage, les obligations en matière de devoir d'information décrites au présent passage, ne portent en rien préjudice aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, §3 *bis* , de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, les services de gardiennage ne peuvent être donnés en sous-traitance par « l'entrepreneur principal » (l'adjudicataire dans ce cas), que moyennant le respect d'une série de conditions strictes. Tant « l'entrepreneur principal » que le sous-traitant doivent en premier lieu disposer d'un permis pour l'exercice des activités concernées. En outre, le « donneur d'ordre » (dans ce cas, l'adjudicateur) doit non seulement être tenu au courant, mais il doit aussi donner son accord préalable avant de pouvoir confier (une partie de) le marché à un (des) sous-traitant(s), sans quoi aucune sous-traitance n'est autorisée. Dans ce cadre une série de données seront reprises dans une convention écrite entre « l'adjudicateur » et « l'entrepreneur principal ». cela concerne non seulement le nom de du sous-traitant concerné et ses coordonnées, mais également la période, les dates et les lieux où ces activités seront exécutées par le biais d'une sous-traitance. La communication de ces dernières données n'est cependant pas imposée par le présent article 12/1 mais bien par la loi du 10 avril 1990. Comme déjà dit, ces données doivent non seulement être communiquées, mais elles seront aussi reprises dans une convention écrite entre « le donneur d'ordre » (dans ce cas l'adjudicateur) et « l'entrepreneur principal (dans ce cas l'adjudicataire) » .

L'alinéa 3 prévoit que dans tous les autres cas, l'adjudicateur peut également demander ces informations à l'adjudicataire (donc même s'il s'agit d'un marché non catalogué comme étant sensible à la fraude et qu'il ne s'agit pas d'un service exécuté sur un site placé sous surveillance directe). Il devra toutefois adresser une demande en ce sens à l'adjudicataire.

Enfin, l'alinéa 4 précise que les documents du marché peuvent imposer que les informations doivent être fournies sous la forme d'un Document Unique de Marché Européen (ci-après DUME). Ceci n'est possible que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité

européenne. L'alinéa 4 précise également que, si les informations concernant les sous-traitants doivent être fournies sous la forme du DUME, qu'alors ce DUME doit être complété entièrement.

Actuellement, l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ne fait pas obligatoirement l'objet d'une vérification formelle obligatoire. Sur la base des articles 71.6. b) de la directive 2014/24/UE et 88.6.b) de la directive 2014/25/UE, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les Etats membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants. Il s'agit d'une mesure qui contribue au respect, en ce compris dans la chaîne de sous-traitance, du droit environnemental, social et du travail. Ce sont des dispositions dont la transposition est facultative. Cette option reprise dans les directives sera ainsi levée. La loi a déjà indiqué qu'il sera fait usage de cette possibilité, a fortiori pour ce qui est des secteurs classiques (voir l'article 86, alinéa 1^{er} de la loi, prévoyant une délégation obligatoire au Roi).

L'alinéa 1^{er} du paragraphe premier de l'article 12/2 concerne la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, de vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef du ou des sous-traitants directs de l'adjudicataire. Il s'agit donc des motifs d'exclusion également applicables dans le cadre de la procédure de passation. Si la vérification fait apparaître l'existence des motifs d'exclusion visés aux articles 67 et 68 de la loi ou à l'article 63, §1^{er}, de l'arrêté royal défense et sécurité dans le chef du sous-traitant concerné, le pouvoir adjudicateur devra exiger que l'adjudicataire procède à son remplacement. Si un motif d'exclusion facultatif est constaté, le pouvoir adjudicateur pourra formuler la même exigence. Lorsque cela concerne des motifs d'exclusion facultatifs, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un sous-traitant que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un sous-traitant, ce qui pourrait justifier son exclusion. L'alinéa 3 contient un certain nombre de formalités qui sont édictées afin de garantir que les droits de la défense soient respectés. Il s'agit plus précisément de l'exigence de dresser un procès-verbal constatant la présence d'un motif d'exclusion et de la demande de remplacement. Ce procès-verbal doit être envoyé à l'adjudicataire conformément à l'article 44, §2, alinéa 1^{er}. De cette manière, les droits de la défense sont garantis.

Soulignons d'emblée qu'en vertu du prescrit du troisième paragraphe, le sous-traitant concerné aura également la possibilité de prendre des mesures correctrices, cette possibilité existant aussi dans le cadre de la passation pour les candidats et les soumissionnaires. Néanmoins, quelques différences doivent être signalées. Contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de la passation, les mesures correctrices pourront encore être invoquées pendant la période de quinze jours qui est laissée à l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense. Ce délai de quinze jours peut cependant être réduit conformément à l'article 44, §2, alinéa 3 (voir infra, commentaire pour l'article 23). S'agissant de la possibilité de se mettre en règle quant aux dettes sociales et fiscales, un régime similaire a été prévu. Comme dans le cadre de la passation, chaque sous-traitant dispose à nouveau, dans le cadre de l'exécution, d'une possibilité de régularisation unique sur le plan des dettes sociales et fiscales. Prenons le cas (plutôt exceptionnel) d'un sous-traitant qui a déjà bénéficié dans le cadre de la passation de la régularisation unique (par exemple parce qu'un candidat ou soumissionnaire a fait appel à sa capacité), il peut, lors de l'exécution, à nouveau bénéficier de cette possibilité de régularisation unique. Le délai à prendre en compte pour la régularisation est différent dans le cadre de la passation et de l'exécution.

L'alinéa 2 énumère deux hypothèses dans lesquelles la vérification ne sera pas une possibilité mais bien une obligation, plus particulièrement pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude (voir la nouvelle définition à l'article 2, g) . Ce sera le cas pour un marché de travaux passé par un pouvoir adjudicateur. L'obligation vaut cependant uniquement pour les marchés dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne. Les marchés de services passés par un pouvoir adjudicateur dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales sont, eux aussi, soumis à cette obligation (une fois encore, lorsque leur valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne). Étant donné qu'il s'agit dans ces cas de marchés sensibles à la fraude d'une certaine importance, une obligation a été prévue. L'obligation est uniquement

applicable à l'égard des pouvoirs adjudicateurs (tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux).

L'alinéa 2 précise aussi quand cette vérification doit précisément avoir lieu, à savoir le plus rapidement possible dès que l'adjudicateur a reçu de l'adjudicataire les informations relatives aux sous-traitants visées à l'article 12/1.

Le deuxième paragraphe comporte ensuite la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'également vérifier, plus loin dans la chaîne de sous-traitance, l'absence de motifs d'exclusion. Dans ce cadre, il convient de déjà mettre en lumière le nouvel article 12/3. Celui-ci prévoit une limitation de la chaîne de sous-traitance à deux, trois ou quatre niveaux maximum pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude. L'obligation pour les marchés concernés n'a été rendue applicable qu'aux sous-traitants directs afin de ne pas accroître excessivement les charges administratives des pouvoirs adjudicateurs. Ces derniers ont néanmoins la possibilité de procéder à cette vérification plus loin dans la chaîne en tout état de cause limitée (dans les secteurs sensibles à la fraude).

Le paragraphe 4 a trait à la sanction applicable lorsque l'adjudicataire ne donne pas suite à l'obligation de remplacement. Dans ce cas, une pénalité est appliquée, laquelle s'élève à 0,2 pour cent du montant initial du marché, en sachant que les plafonds de 5.000 euros ou 10.000 euros selon le cas, s'appliquent également. Il est en outre précisé que cette pénalité est appliquée à compter du quinzième jour suivant la date de l'envoi recommandé ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi, jusqu'au jour où il est pourvu au remplacement, ou jusqu'au jour où la partie correspondante du marché a été exécutée.

Le nouvel article 12/3 insère, dans le paragraphe 1^{er}, l'interdiction pour le sous-traitant de sous-traiter la totalité du marché qui lui a été confié. Cette mesure est uniquement d'application aux sous-traitants et non à l'adjudicataire. Il n'en résulte dès lors, pour les candidats ou les soumissionnaires, aucune limitation de l'accès au marché. Il s'agit d'une mesure qui contribue à la lutte contre le dumping social et qui permet de garantir, en exécution de l'article 18.2 de la directive 2014/24/UE, que dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. L'article 71.6 de la directive 2014/24/UE précise que les Etats Membres peuvent prendre des mesures notamment dans la chaîne de sous-traitance, afin de respecter leurs obligations. Cette mesure contribue également à un meilleur respect de la limitation de la chaîne de sous-traitance, dont il est question ci-dessous. Il convient de préciser qu'il ne suffit pas pour satisfaire au présent article pour le sous-traitant de « conserver » uniquement la gestion du volet coordination et de sous-traiter la totalité des tâches effectives à plusieurs sous-traitants inférieurs dans la chaîne.

Le paragraphe 2 limite à deux, trois ou exceptionnellement quatre niveaux la chaîne de sous-traitance pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude, passés par des pouvoirs adjudicateurs, quel que soit le montant estimé du marché. En effet, dans la pratique, c'est surtout loin dans la chaîne de sous-traitance que sont constatées des pratiques de dumping social. On s'attend, dès lors, à ce que la limitation de la chaîne de sous-traitance puisse largement contribuer à la lutte contre le dumping social, notamment (mais pas seulement) dans le secteur de la construction. Il est à nouveau renvoyé à la nouvelle définition de « marché dans un secteur sensible à la fraude », prévue à l'article 2, g). Ici aussi, l'attention est attirée sur le fait que la limitation de la chaîne de sous-traitance ne porte pas préjudice, en ce qui concerne les services de gardiennage, aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, §3 bis, de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, la sous-traitance de ce type de services de gardiennage n'est en principe pas autorisée, sauf sous une série de conditions strictes. Ainsi, une série de données seront reprises dans une convention écrite entre « le donneur d'ordre » (dans le cas l'adjudicateur) et « l'entrepreneur principal (dans le cas l'adjudicataire), mentionnant certaines données relatives au sous-traitant concerné. Cet état des choses empêche de facto la mise en sous-traitance par un sous-traitant du premier échelon. La limitation de la chaîne de sous-traitance à deux, trois ou quatre niveaux, visée au présent paragraphe 2, est donc dans les faits déjà réduite à un seul niveau de manière plus drastique suite à la loi du 10 avril 1990.

Au plus la chaîne de sous-traitance verticale est longue, au plus l'adjudicataire risque de perdre le contrôle de sa chaîne et au plus cela semble difficile d'organiser sa chaîne, de la surveiller, d'y faire respecter les

législations sociales, environnementales et du travail et d'avoir des moyens d'action efficaces entre le haut et le bas de la chaîne. Cette situation de risque de perte de contrôle de la chaîne de sous-traitance n'est pas non plus favorable au pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, le sous-traitant qui se trouve au bout d'une longue chaîne risque d'avoir un prix insuffisant qui ne lui permet pas de respecter les législations précitées tous les autres multiples sous-traitants précédents dans la chaîne voulant être payés pour leur intervention dans la chaîne. L'interdiction de longues chaînes verticales de sous-traitance est un des moyens d'éviter une telle situation.

Les alinéas deux et trois traitent de la possibilité d'ajouter un niveau supplémentaire. Cette dernière exige en principe l'accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, sauf circonstances imprévisibles portées à la connaissance du pouvoir adjudicateur endéans les trente jours après leur survenance. Il s'agit de circonstances qui ne pouvaient raisonnablement être prévues au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et aux conséquences desquelles il ne pouvait être remédié par les opérateurs économiques, malgré que tout ait été mis en œuvre à cet effet.

L'alinéa 4 énumère ce qui pour l'application de cet article, n'est pas considéré comme de la sous-traitance. Il en résulte que, tous les autres contrats à titre onéreux visant la réalisation du marché ou d'une partie de celui-ci, directement ou indirectement, à quelque stade que ce soit, peuvent être considérés comme de la sous-traitance.

Il est prévu que la fourniture de biens sur le chantier (fourniture de matériaux de construction, de béton prêt à l'emploi, de chassis, ...), sans travaux accessoires de placement ou d'installation, n'est pas considérée comme une sous-traitance pour l'application du présent article.

Un mécanisme de sanction est prévu au paragraphe 3. Ce mécanisme est identique à celui de l'article 12/2. Pour de plus amples informations, il est renvoyé au commentaire pour l'article concerné. A noter néanmoins que l'adjudicataire peut disposer, conformément au paragraphe 2, alinéa 2, d'un niveau supplémentaire de sous-traitance dans deux cas (moyennant l'accord préalable du pouvoir adjudicateur et même sans un tel accord de ce dernier, lors de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre, si les conditions sont remplies).

Il y a lieu de constater que la Cour de Justice n'a pas encore pu se prononcer sur les limitations de la chaîne de sous-traitance en exécution de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE (ou de l'article 88.6 de la directive 2014/25/UE). Il s'agit en effet d'une disposition entièrement nouvelle selon laquelle les Etats membres, afin d'éviter que les sous-traitants violent les dispositions applicables en matière de droit environnemental, social et du travail, peuvent prendre des mesures appropriées dont l'introduction de mécanismes de responsabilité solidaire et de vérification de l'absence de motifs d'exclusion. Cette constatation du législateur européen rejoint les constatations faites sur le terrain selon lesquelles le dumping social intervient notamment dans le cadre de la chaîne de sous-traitance.

La portée exacte des mesures préventives visées à l'article 71.6 n'est pas bien définie dans la directive. A cet égard, il importe de rappeler l'article 18.2 de la directive 2014/24/UE érigeant le respect du droit environnemental, social et du travail en principe général lors de la passation de marchés publics. En effet, il y a lieu de constater que le non-respect de ces dispositions aura souvent pour effet de fausser la concurrence. Le nouveau principe est une conséquence logique de l'obligation de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire. Les Etats membres doivent, notamment pour cette raison, disposer d'une certaine marge pour élaborer des mesures en exécution de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE.

Les mesures visées à l'article 12/3 poursuivent un but légitime. Il a également été satisfait à l'exigence de proportionnalité. Ainsi, l'interdiction, dans le chef du sous-traitant, de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié n'est pas du tout rigide et ne constitue donc pas une réelle entrave. Il suffit en effet que le sous-traitant se charge lui-même de l'exécution d'une petite partie du marché qui lui a été confié pour ensuite sous-traiter le reste à un autre sous-traitant. On a estimé qu'une telle interdiction aura tout de même une conséquence importante: le sous-traitant doit être conscient qu'il devra exécuter lui-même une partie du marché. Ainsi, la création de cascades interminables est contrée, en ce compris dans les secteurs qui ne sont pas considérés comme sensibles à la fraude (pour les marchés de travaux et de services dans les secteurs sensibles à la fraude, la chaîne de sous-traitance a été limitée de

manière plus stricte). Lorsque la mesure est moins prohibitive, il faut juger plus vite qu'il a été satisfait à l'exigence de proportionnalité. La limitation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

L'introduction de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants (obligatoire ou non) et les mesures en matière de responsabilité solidaire ne suffisent pas en soi comme mesures préventives pour avoir l'effet escompté. En effet, une telle vérification augmente significativement les charges administratives du pouvoir adjudicateur. Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance resteront parfaitement possibles, ce qui risque de rendre les charges administratives ingérables et de compromettre au final l'effectivité de la mesure. En cas de trop longue chaîne de sous-traitance, le pouvoir adjudicateur ne pourra intervenir de facto que lorsque des irrégularités sont déjà constatées. Il ressort toutefois clairement de l'article 71.6 qu'il doit être possible de prendre des mesures préventives. D'où la nécessité de mesures supplémentaires.

L'arrêt Wroclaw du 14 juillet 2016 de la Cour de Justice (affaire C-406/14) permet de conclure que la directive 2004/18/CE s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur oblige l'adjudicataire dans les documents du marché à exécuter par ses propres moyens une partie du marché déterminée in abstracto, et l'arrêt C-406/14 (par nature, l'arrêt C-406/14 ne renvoie pas encore au nouvel article 71.6 de la directive 2014/24/UE; l'article 12/3, §1^{er}, du projet ne contient pas d'obligation d'exécuter soi-même une partie déterminée in abstracto, par exemple 20 %, mais bien une interdiction de sous-traiter la totalité), il paraît néanmoins opportun de ne pas généraliser l'interdiction à l'adjudicataire.

L'adjudicataire (qui, au moment de la passation, est encore soumissionnaire) se trouve, en effet, dans une position tout autre qu'un sous-traitant. Par définition, un soumissionnaire ignore s'il se verra attribuer le marché. Ce ne sera souvent pas le cas. Si l'interdiction était étendue à l'adjudicataire, un soumissionnaire pourrait être tenté de participer à moins de marchés publics en même temps. En effet, dans l'hypothèse où il se verrait malgré tout attribuer l'ensemble des marchés auxquels il a participé, il pourrait éprouver des difficultés à les exécuter simultanément, sachant qu'il ne pourra pas, en tant qu'adjudicataire, en sous-traiter la totalité. Une extension de l'interdiction à l'adjudicataire pourrait donc entraver la concurrence. La situation est différente pour le sous-traitant. Généralement, la chaîne de sous-traitance, lorsqu'il n'est pas fait appel à la capacité d'un sous-traitant, ne se concrétisera qu'une fois la notification de la décision d'attribution envoyée. Le considérant 32 de la directive 2004/18/CE indique que la possibilité de sous-traiter est susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics. La sous-traitance permet à de telles entreprises de participer à des procédures de passation et de se voir, le cas échéant, attribuer des marchés quelle qu'en soit l'importance. La sous-traitance contribue, dès lors, à la réalisation des objectifs poursuivis par les directives relatives aux marchés publics en accroissant le nombre de candidats potentiels à l'adjudication des marchés publics (conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire C-406/14, point 30). Autrement dit: le fait que les soumissionnaires-PME sachent qu'ils pourront désigner un ou plusieurs sous-traitants au cas où ils se voient attribuer le marché les encourage à introduire une demande de participation ou une offre même si le marché est assez important. Étant donné que l'interdiction prévue à l'article 12/3, §1^{er}, n'est pas applicable à l'adjudicataire et qu'elle ne peut donc pas non plus décourager la participation de candidats ou soumissionnaires à la procédure de passation, elle ne pose pas problème, ni à la lumière de l'arrêt C-406/14 ni à celle des articles 71.6 et 71.8 de la directive 2014/24/UE.

Les précisions susmentionnées relatives à la proportionnalité des dispositions s'appliquent également à la limitation de la chaîne de sous-traitance visée au deuxième paragraphe. A cet égard, soulignons que la limitation ainsi prévue vaut uniquement pour les marchés de travaux et les marchés de services dans les secteurs sensibles à la fraude. Même sous sa forme la plus stricte, la limitation (indépendamment de la possibilité d'y déroger comme exposé ci-après) ne va pas au-delà du deuxième niveau. L'adjudicataire peut sous-traiter la totalité du marché et le sous-traitant du premier niveau peut, à son tour, recourir à la sous-traitance mais il doit aussi exécuter lui-même une partie du marché qui lui a été confié (voir article 12/3, §1^{er}). Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui, selon sa nature, est classé dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, la possibilité d'un troisième niveau vient s'ajouter. Il convient également de souligner que l'on peut passer outre à la limitation à deux

ou trois niveaux. Plus précisément, un niveau supplémentaire de sous-traitance est rendu possible moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, ou même sans l'accord de ce dernier, en raison de circonstances imprévisibles. Le dernier alinéa prévoit aussi une série d'exceptions.

L'article 12/4 a trait à la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les sous-traitants, dans une mesure proportionnelle à leur part dans le marché, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées dans les documents du marché. Cette disposition ne correspond que partiellement à l'actuel article 12, alinéa 2, 1° et alinéa 3. Il n'est plus particulièrement plus question de la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les sous-traitants satisfassent proportionnellement aux exigences minimales en matière de capacité financière et économique. De cette manière, il est partiellement donné suite à la remarque du Conseil d'État relative à la présente disposition. Selon le Conseil d'État, le législateur européen semble vouloir répercuter les critères d'exclusion et non pas les critères de sélection à travers la chaîne.

Il a par contre été décidé de conserver la possibilité pour l'adjudicateur d'imposer (de manière proportionnée) des exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle afin d'assurer la bonne exécution du marché. Il ne serait en effet par exemple ni logique ni opportun de permettre qu'il soit fait appel pour les services de comptabilité à un sous-traitant qui ne bénéficierait pas de la capacité technique et professionnelle requise. Ainsi un objectif est poursuivi (assurer la bonne exécution du marché) qui dépasse la portée de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE. Cette dernière disposition vise uniquement à autoriser que les mesures adaptées soient prises par les Etats membres pour prévenir les violations des obligations applicables en matière de de droit environnemental, social et du travail. Néanmoins, afin de garantir la compatibilité avec les traités européens, il semble prudent de conserver la possibilité de vouloir répercuter certains critères de sélection qualitative uniquement pour ce qui concerne les exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle.

Art. 14.

Cette disposition remplace l'alinéa 1^{er} de l'article 13 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. La disposition sous 1° de la nouvelle énumération correspond à la disposition sous 2° de l'actuelle énumération. Cette disposition conserve notamment son utilité pour les marchés passés par des entreprises publiques. En effet, l'article 12/3 nouvellement inséré dont il vient d'être question ne s'applique pas à ces marchés.

Les dispositions sous 2° de la nouvelle énumération renvoient encore toujours aux hypothèses de l'article 62 (mise sous conseil judiciaire pour cause de prodigalité, interdiction, internement,...). Pour des raisons de clarté, il n'est plus renvoyé deux fois aux motifs d'exclusion. En effet, ce point fait désormais l'objet d'une approche davantage différenciée (voir infra). Il est encore mentionné que la disposition actuellement contenue à l'article 62, 5°, est abrogée. Pour de plus amples explications concernant cette abrogation, il est renvoyé au commentaire de l'article 29.

Dans les dispositions sous 3° et 4° de la nouvelle énumération, l'approche relative aux motifs d'exclusion est différenciée selon qu'il s'agit d'un marché relevant du titre 2 ou 3 de la loi, ou d'un marché relevant de la loi défense et sécurité. S'agissant de ces derniers marchés, quasiment rien ne change (hormis les points déjà cités plus haut). Il est toujours interdit à l'adjudicataire de confier tout ou partie du marché à une entreprise se trouvant dans une situation d'exclusion quelle qu'elle soit. Cette interdiction continue donc de porter aussi sur les motifs d'exclusion facultatifs.

La situation est différente pour les marchés tombant sous le champ d'application du titre 2 de la loi. Comme déjà examiné ci-dessus, dans le commentaire de l'article 13, il est dorénavant prévu que le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans un certain nombre de secteurs sensibles à la fraude non seulement dans le chef des candidats et des soumissionnaires, mais aussi, dans le cadre de l'exécution, dans le chef du sous-traitant direct. S'agissant des motifs d'exclusion facultatifs, cette vérification dans le chef du sous-traitant est similaire à celle dans le chef du candidat ou du soumissionnaire. Il n'y a pas d'obligation d'exclusion. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui doit toutefois être nuancé à la lumière, notamment, du principe de bonne gouvernance. Ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur a pour effet qu'il n'est pas absolument interdit à l'adjudicataire de confier son marché à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative. Autrement dit: la suppression de l'interdiction absolue de recourir à

un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative est contrebalancée par la vérification et, dans les secteurs sensibles à la fraude, par la vérification obligatoire par le pouvoir adjudicateur. Il va de soi que l'adjudicataire aura tout intérêt à travailler uniquement avec des sous-traitants ne se trouvant pas dans une situation d'exclusion facultative. En effet, s'il se trouve confronté à l'obligation de remplacement au cours de l'exécution, cela aura aussi une incidence sur ses frais, sans qu'il puisse les récupérer auprès du pouvoir adjudicateur.

La situation est une fois encore différente pour les marchés des secteurs spéciaux (les marchés relevant du titre 3 de la loi). Pour rappel, pour ces marchés, seuls les pouvoirs adjudicateurs sont désormais encore formellement contraints de tenir compte de l'approche relative aux motifs d'exclusion contenus aux articles 67 à 69 de la loi (voir article 151, §1^{er}, de la loi). Les entreprises publiques et personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent, bien entendu, faire de même, et on peut s'attendre à ce que beaucoup continuent à se baser sur les motifs d'exclusion tels qu'ils existent dans les secteurs classiques mais, formellement, elles pourront élaborer leurs propres règles objectives en matière d'exclusion et de sélection. Dans le même ordre d'idées, l'interdiction absolue pour l'adjudicataire de confier la totalité ou une partie du marché à un sous-traitant qui se trouve dans une situation d'exclusion obligatoire, ne peut, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, être maintenue que lorsqu'il s'agit d'un marché passé par un pouvoir adjudicateur (ce qui ne sera le cas qu'exceptionnellement).

Enfin, soulignons, pour ce qui concerne les marchés relevant de la loi, la possibilité de prendre des mesures correctrices est également prévue. Ce n'est pas le cas en ce qui concerne les marchés relevant de la loi défense et sécurité.

Art. 15.

Cette disposition vise à remplacer l'article 16 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant la main-d'œuvre. Il est toujours prévu que l'adjudicataire doit remplacer immédiatement les membres du personnel qui sont signalés par l'adjudicateur comme compromettant la bonne exécution du marché par leur incapacité, leur mauvaise volonté ou leur conduite notoire. La phrase de l'article 35 du cahier général des charges annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996, dans laquelle il était prévu que le personnel devait être en nombre suffisant et avoir, chacun dans sa spécialité, les qualités requises pour assurer la marche régulière et la bonne exécution, est à nouveau reprise. La formulation a été adaptée pour tenir compte du fait qu'il s'agit maintenant d'une disposition qui concerne à la fois les marchés de travaux, les marchés de fournitures et les marchés de services. Il a également été clarifié que l'adjudicateur doit demander le remplacement par écrit, avec mention précise des membres du personnel qu'il souhaite voir remplacer.

Art. 16.

Cette disposition se borne à actualiser certaines références et ne nécessite, dès lors, pas de commentaire particulier.

Art. 17.

Cette disposition vise l'actualisation de la liste de services pour lesquels, hormis une disposition contraire dans les documents du marché, aucun cautionnement n'est exigé. Cette actualisation fait suite à une modification du champ d'application de la loi, ainsi qu'au fait que la répartition entre services de l'annexe II.A et services de l'annexe II.B et la répartition en catégories n'est plus d'application dans ce contexte. Il a donc chaque fois été renvoyé à la référence CPV correspondante.

Cette disposition contient en outre une clarification concernant la méthode de calcul du cautionnement pour les marchés de fournitures et de services sans indication d'un prix total. Le mot « assiette » pouvait induire en erreur.

Art. 18.

Cette disposition modifie l'article 30 et précise les modalités qui s'appliquent lorsque l'adjudicateur veut faire appel au cautionnement. Il est notamment clarifié que l'organisme auprès duquel le cautionnement est constitué, ne peut subordonner son accord pour le prélèvement du cautionnement à l'aval de l'adjudicataire. Cet aval annulerait par sa nature l'utilité des règles concernant le cautionnement. Il convient de préciser que l'organisme auprès duquel le cautionnement est constitué peut uniquement vérifier si le délai pour la défense a été respecté. Cet organisme doit en outre vérifier si le cautionnement a

effectivement été constitué. Il doit également avoir reçu une demande de libération de l'adjudicateur. Le cautionnement est ainsi fort semblable à une garantie à première demande.

Il va de soi que l'adjudicateur ne peut demander la libération du cautionnement qu'à partir du moment où le délai pendant lequel l'adjudicataire peut faire valoir ses moyens de défense est dépassé.

Art. 19.

Cette disposition apporte, à l'article 35 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, une série d'adaptations techniques résultant de l'usage généralisé des moyens de communication électroniques.

Cette disposition vise entre autre l'adaptation de l'article 35, §1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Au 1^o de la disposition précitée, il est prévu que l'adjudicataire reçoit gratuitement sur demande un exemplaire du cahier spécial des charges. Cette disposition est devenue pour la plupart des marchés obsolète à la lumière des articles 64 et 145 de la loi. Conformément à ces dernières dispositions, l'adjudicateur doit de sa propre initiative (et donc pas sur demande) et gratuitement offrir, par moyen électronique, un accès aux documents du marché à partir de la date de publication d'un avis de marché. Dans les dispositions précitées, il est également prévu pour les cas d'exception lorsqu'il n'est pas possible ou obligatoire d'offrir un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique à certains documents du marché, que l'accès doit également être gratuit. La disposition ne doit dès lors être maintenue que pour la procédure négociée sans publication préalable et de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable. Elle figure dorénavant dans un alinéa séparé.

Les autres modifications ne nécessitent pas de commentaires supplémentaires.

Art. 20.

Cette disposition remplace les articles 37 et 38 et transpose partiellement les articles 72 de la directive 2014/24/UE et 89 de la directive 2014/25/UE, concernant la modification de marchés en cours. Les dispositions relatives aux modifications du marché figurent actuellement aux articles 37 et 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Suite aux directives précitées, qui prévoient pour la première fois une disposition relative aux modifications du marché, le cadre réglementaire y relatif sera sensiblement étendu. Non seulement les articles 37 et 38 sont remplacés, mais les articles 38/1 à 38/19 sont également insérés par l'article 21 commenté ci-après. L'extension du cadre réglementaire permettra d'augmenter le nombre de possibilités mises à disposition pour apporter une modification du marché.

L'article 37 ne contient plus que la règle de base selon laquelle les marchés et les accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation que dans les cas prévus par la section 5 du chapitre 2.

A la lumière de la définition de la notion de « marché », figurant à l'article 2, 6^o, les dispositions relatives aux modifications s'appliquent également aux modifications de l'accord-cadre.

L'article 38 précise ensuite qu'une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la modification, quelle que soit sa valeur monétaire, a été prévue dans les documents du marché initiaux sous la forme de clauses de réexamen claires, précises et univoques. Les clauses de réexamen doivent toutefois indiquer le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne peuvent pas permettre de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre.

Il est effectivement logique que le pouvoir adjudicateur puisse apporter des modifications (mais pas de manière illimitée) sur la base de clauses de réexamen prévues dans les documents du marché. Si la clause de réexamen est formulée de manière claire, précise et univoque, de sorte que tous les opérateurs économiques intéressés aient d'emblée connaissance de la possibilité de modification (et se trouvent donc sur un pied d'égalité lors de la remise de leurs offres), rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de faire usage de cette clause ultérieurement et de modifier le marché, pour autant que les clauses ne changent toutefois pas la nature globale du marché.

L'exigence selon laquelle il doit s'agir de clauses claires, précises et univoques résulte de la jurisprudence de la Cour de justice. Dans son arrêt *Succhi di Frutta* du 29 avril 2004, cette dernière précise, par exemple, ce qui suit:

« Quant au principe de transparence, qui ... constitue le corollaire [du principe de l'égalité de traitement], il a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du

pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause. ».

L'exigence selon laquelle la « nature globale » du marché ne peut être modifiée par la clause de réexamen revient également dans d'autres articles, plus précisément à l'article 38/2, alinéa 1^{er}, 2^o, concernant les circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur et à l'article 38/4, alinéa 2, concernant la règle *de minimis*. C'est également le cas dans les dispositions correspondantes des directives. Le considérant 109 de la directive 2014/24/UE précise en ce qui concerne cette notion qu'il n'est pas nécessaire de pouvoir modifier le marché « en cas de modification altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché ». Il ressort de ce considérant que la notion de « modification de la nature globale » ne peut être interprétée de manière trop large. Il ne s'agit pas d'une référence aux « modifications substantielles » dont il est question à l'article 38/5.

Les clauses de réexamen peuvent s'avérer utiles dans de nombreux cas. Elles peuvent garantir, par exemple, que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques. Les clauses de réexamen peuvent également faire en sorte qu'il demeure possible (pour autant que les clauses soient suffisamment claires) de prévoir des adaptations du marché rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien. Il y a lieu de rappeler qu'un marché pourrait, par exemple, à la fois comporter un entretien ordinaire et prévoir des opérations d'entretien extraordinaires qui pourraient s'avérer nécessaires pour assurer la continuité d'un service public.

Dans les cas suivants, il est également possible ou obligatoire de faire usage de clauses de réexamen:

- la clause facultative relative au remplacement de l'adjudicataire, telle que visée au nouvel article 38/3;
- les clauses obligatoires ou, en fonction du type de marché, facultatives en matière de révision des prix, telles que visées au nouvel article 38/7;
- la clause obligatoire relative aux impositions ayant une incidence sur le montant du marché, telle que visée au nouvel article 38/8;
- la clause obligatoire relative aux circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire, telle que visée au nouvel article 38/9;
- la clause de réexamen obligatoire pour les mesures suite aux faits de l'adjudicateur et de l'adjudicataire, telle que visée au nouvel article 38/11;
- les clauses relatives aux indemnités suite aux suspensions ordonnées par l'adjudicateur et aux incidents durant la procédure (voir le nouvel article 38/12).

Ces clauses ne sont évidemment pas tout à fait nouvelles, vu qu'elles sont basées sur des articles figurant actuellement dans les arrêtés de passation ou dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Pour la première fois, le pouvoir adjudicateur est, dans certains cas, toutefois obligé d'insérer certaines clauses. La portée de ces obligations est expliquée dans le commentaire de l'article 21. Il suffit de constater ici que l'adjudicateur, vu ce cadre adapté pour les modifications du marché et notamment les différentes possibilités ou obligations d'insérer des clauses de réexamen dans les documents du marché, devra faire preuve d'une grande diligence lors de l'établissement des documents du marché. Ces derniers devront plus précisément anticiper les problématiques précitées pouvant se poser dans le cadre de l'exécution et ce, pour garder la marge de manœuvre nécessaire à l'apport de modifications du marché, éviter des contestations et respecter correctement les obligations réglementaires. Cette nouvelle approche est particulièrement justifiée à la lumière de l'arrêt de la Cour de Justice du 7 septembre 2016 dans l'affaire C-549/14, dans laquelle la Cour a précisé qu'« après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être

apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché » (l'affaire Finn Frogne A/S contre Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation). La Cour ajoute qu'il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, du marché après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté. Les faits qui ont menés à l'arrêt relevaient encore de la directive 2004/18/CE.

Art. 21.

Cette disposition vise à insérer les articles 38/1 à 38/19. Tout comme l'article 20, elle transpose partiellement les articles 72 de la directive 2014/24/UE et 89 de la directive 2014/25/UE, concernant la modification de marchés en cours.

Art. 38/1.

L'article 38/1 peut être mis en rapport avec la notion de « travaux ou services complémentaires » telle que visée à l'article 26, §1^{er}, 2^o, a) , de la loi du 15 juin 2006. Contrairement à ce qui est le cas dans la loi du 15 juin 2006, les travaux et services complémentaires ne sont plus énumérés dans la loi du 16 juin 2016 (article 42) parmi les cas où le recours à la procédure négociée sans publicité préalable est autorisé. Il en va de même pour les fournitures complémentaires. Les nouvelles directives les considèrent, en effet, comme des modifications du marché. Néanmoins, une série d'assouplissements ont été prévus sur le plan du contenu.

La loi du 15 juin 2006 exige encore que les travaux ou services complémentaires soient techniquement ou économiquement « inséparables » du marché principal sans inconvénient majeur. Dans le cas contraire, il faut pouvoir démontrer que les marchés complémentaires sont « strictement nécessaires au perfectionnement » du marché principal. L'article 38/1 prévoit désormais la condition selon laquelle le changement d'opérateur économique ne peut pas être possible pour des raisons économiques ou techniques, telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial. Ce changement doit également présenter un inconvénient majeur ou entraîner une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur. Ainsi, l'accent est encore davantage mis sur les considérations économiques (S. Treumer, « Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive », P.P.L.R. 2014, 151).

Il existe toujours un plafond de cinquante pour cent de la valeur du marché initial. Il n'est toutefois plus prévu que le montant cumulé des marchés attribués pour les travaux ou services complémentaires doit être pris en considération pour déterminer si ce plafond est atteint, bien au contraire. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite s'applique jusqu'à cinquante pour cent de la valeur du marché initial et ce, pour la valeur de chaque modification, ce qui constitue un assouplissement des critères d'application. Le plafond de cinquante pour cent dont question ici ne s'applique d'ailleurs pas aux entités adjudicatrices exerçant des activités dans les secteurs spéciaux. Ce n'est pas davantage le cas dans la disposition correspondante de la directive (article 89.1.b de la directive 2014/25/UE).

Dans le dernier alinéa, il est précisé que pour le calcul de la valeur du marché initial et lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base de cette clause qui constitue le montant de référence. Il va sans dire qu'il doit être tenu compte de l'article 38/7 relatif à la révision des prix. Sur la base de cette dernière disposition, une clause d'indexation ne peut pas dans tous les cas être insérée. Pour de plus amples commentaires à ce sujet, il est renvoyé à l'article 38/7.

Contrairement à ce qui est le cas actuellement, les nouvelles règles précitées s'appliquent également aux fournitures complémentaires. Ainsi, il n'est plus non plus question d'une limitation de principe pour les marchés complémentaires et les marchés renouvelables jusqu'à trois ans (voir article 26, §1^{er}, 3^o, b) , et c) , de la loi du 15 juin 2006). Il s'agit, ici aussi, d'un assouplissement. Ceci étant dit, l'attention est attirée sur l'article 42, §1^{er}, 4^o, b) , de la loi, qui reste applicable. Sur la base de cette disposition, des marchés concernant des fournitures complémentaires peuvent être passés par le biais d'une procédure négociée sans publication préalable, lorsque ces fournitures doivent être effectuées par le fournisseur initial et sont destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures

ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans. Les deux dispositions existent toutes les deux: l'application de l'article 38/1 n'est pas exclue lorsque les conditions d'application de l'article 42, §1^{er}, 4^o, b) , de la loi ne sont pas réunies. A la différence de l'article 42, §1^{er}, 4^o, b) , précité, lorsqu'il est fait usage de l'article 38/1, un avis devra être publié pour les marchés dont le montant estimé atteint les seuils fixés pour la publicité européenne (cfr. infra).

Les adjudicateurs doivent continuer à vérifier soigneusement si les conditions d'application de l'article 38 /1 sont effectivement remplies, sous peine d'enfreindre l'article 5, §1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi. C'est précisément pour souligner cette interdiction de contourner le champ d'application que le texte précise clairement que les modifications successives ne peuvent avoir pour but de contourner les dispositions en matière de marchés publics.

Lorsqu'un adjudicateur se fonde sur la disposition dont question ici pour apporter une modification, et qu'il s'agit d'un marché dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne, il doit en faire une publication au *Journal officiel* de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications (voir article 38/19). Pour la première fois, des obligations de publication sont donc également imposées dans le cadre de l'exécution. L'article examiné ci-après, relatif aux circonstances imprévisibles, prévoit également cette obligation de publication.

Art. 38/2.

Cet article contient pour la première fois une disposition sur base de laquelle une modification peut être apportée, parce que celle-ci est rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir. Elle transpose les articles 72.1.c) de la directive 2014/24/UE et 89.1.c) de la directive 2014/25/UE. Les adjudicateurs peuvent effectivement se trouver confrontés à des circonstances extérieures qu'ils ne pouvaient pas prévoir au moment de la passation du marché, notamment lorsque l'exécution de celui-ci s'étend sur une plus longue période. Dans un tel cas, une certaine marge de manœuvre est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à ces circonstances sans engager une nouvelle procédure de passation. Dans ce cas également, le droit de modifier un marché n'est toutefois pas illimité et reste soumis à des conditions strictes.

La modification ne peut pas non plus changer la nature globale du marché. Cette condition a déjà été examinée ci-dessus. Il en va de même pour la condition selon laquelle les augmentations de prix ne peuvent être supérieures à cinquante pour cent de la valeur du marché initial. Ici aussi, lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite s'applique à la valeur de chaque modification particulière. Il est par ailleurs également précisé que pour le calcul de la valeur du marché initial et lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base de cette clause qui constitue le montant de référence.

Dans le cas dont question ici, où une modification peut être apportée, il est caractéristique que celle-ci doit être rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir. Les circonstances imprévisibles sont celles qui ne pouvaient pas être prévues, malgré une préparation minutieuse du marché initial, compte tenu des moyens disponibles, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci.

Il ressort déjà de ce qui précède que les circonstances imprévisibles en soi ne suffisent pas pour considérer que la condition est remplie. Le manque de prévoyance ne peut être imputable à l'adjudicateur. Concrètement, pour trouver une réponse à la question de savoir si tel est le cas ou non, il doit être tenu compte à la fois d'éléments qui n'ont aucun rapport avec l'adjudicateur (la nature et les caractéristiques du projet particulier, les bonnes pratiques dans le domaine concerné) et d'éléments se rapportant à l'adjudicateur concerné (les moyens disponibles de l'adjudicateur). Soulignons qu'il faut veiller dans ce cadre à mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci.

Enfin, dans ce cas d'application également, l'adjudicateur qui, suite à des circonstances imprévisibles,

modifie un marché dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne, doit en faire une publication au *Journal officiel* de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications (voir article 38 /19).

Art 38/3.

La disposition traite des possibilités de remplacement de l'adjudicataire. Par rapport à la disposition figurant actuellement à l'article 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, certaines adaptations ont été apportées. Les termes ont, en effet, été complètement alignés sur ceux des nouveaux articles 72.1. d) de la directive 2014/24/UE et 89.1. d) de la directive 2014/25/UE.

Pour des raisons terminologiques, seule l'hypothèse du remplacement de l'adjudicataire est encore abordée. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'un marché ne pourrait en aucun cas être cédé d'un adjudicateur à un autre. Exceptionnellement, cela pourrait s'avérer nécessaire, notamment dans le cas où le pouvoir adjudicateur fait l'objet d'une restructuration, dans le cas d'une réforme de l'État,... Néanmoins, les termes de l'hypothèse (plus fréquente) du remplacement de l'adjudicataire (rachat, fusion, acquisition ou insolvabilité) sont quelque peu inappropriés pour décrire ces hypothèses. Ces cas de « reprise » du côté de l'adjudicateur devront être examinés au regard de l'article 38/5. Ici aussi, la modification ne pourra pas entraîner (d'autres) modifications substantielles. Par ailleurs, l'adjudicateur ne pourra pas contourner le champ d'application de la législation (article 5, §1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi). Il peut dès lors être conclu que les deux hypothèses font l'objet d'une approche analogue.

Dorénavant, les possibilités suivantes de remplacement de l'adjudicataire sont prévues: moyennant application d'une clause de réexamen univoque telle que définie à l'article 38 (voir supra), moyennant succession universelle ou partielle de l'adjudicataire ou à la suite d'opérations de restructuration de société. Alors qu'actuellement, la règle générale est que le cessionnaire doit satisfaire aux exigences de sélection « appropriées », cette condition n'est reprise que dans l'hypothèse de la succession universelle ou partielle de l'adjudicataire initial. Le terme « appropriées » est toutefois abandonné, vu que l'on ne voit pas très bien ce qu'il faut concrètement entendre par là. Le cessionnaire devra remplir (tous) les critères de sélection établis initialement.

Alors que le texte actuellement applicable précise que les « conditions essentielles » du marché doivent être maintenues, le projet souligne que la modification ne peut entraîner « d'autres modifications substantielles » du marché. La notion de « modification substantielle » est explicitée ci-après.

L'accord de l'adjudicateur est toujours nécessaire. Cela ressort du fait que le changement d'adjudicataire peut (ou non) être « autorisé », ce qui permettra à l'adjudicateur de vérifier si toutes les conditions de modification sont remplies (par exemple si les critères de sélection qualitative sont remplis).

Conformément à l'article 72.1. d).iii) de la directive 2014/24/UE et à l'article 89.1. d).iii) de la directive 2014/25/UE, les Etats membres peuvent choisir de prévoir une disposition qui autorise l'adjudicateur à assumer les obligations de l'adjudicataire à l'égard de ses sous-traitants, en sachant qu'un tel remplacement de l'opérateur économique auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché n'est alors pas considéré comme problématique. Il est souhaitable de ne pas reprendre de manière explicite cette disposition dans le projet. Il n'existe en effet en droit belge aucune hypothèse dans laquelle l'adjudicateur assumerait lui-même les obligations de l'adjudicataire à l'égard de ses sous-traitants et replacerait ainsi l'adjudicataire. Cela n'enlève rien au constat qu'il existe différents régimes dans lesquels l'adjudicateur est tenu solidairement responsable pour certaines dettes de l'adjudicataire. Il convient de penser non seulement à l'article 1798 du Code civil, auquel l'adjudicateur doit d'ailleurs faire référence dans ses documents du marché (voir article 11, §4), mais également à diverses formes de responsabilité solidaire et régimes voisins contenus dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, la responsabilité solidaire pour les dettes sociales, la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et également l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution. Ces régimes relèvent d'un champ d'application différent que celui des dispositions susmentionnées des directives.

Art. 38/4.

Il devrait toujours être possible d'apporter au marché des modifications entraînant une modification mineure de sa valeur jusqu'à un certain montant, sans devoir recourir à une nouvelle procédure de

passation. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, le présent projet prévoit des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation n'est pas nécessaire. Il devrait être possible d'apporter au marché des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées dans d'autres dispositions (examinées ci-dessus ou ci-après) de cette section. En d'autres termes, l'approche de l'actuel article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est abandonnée. Cet article stipulait qu'une série de conditions cumulatives devaient être remplies afin que (à quelques exceptions près) la valeur de la modification soit toujours limitée à quinze pour cent du montant initial du marché. Ainsi, un cadre plus flexible est adopté pour les modifications du marché.

Alors que l'actuel article 37 ne mentionne qu'un seul plafond de quinze pour cent, l'approche suivie à l'article 38/4 est un peu plus compliquée. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la valeur de la modification est inférieure tant au seuil fixé pour la publicité européenne qu'à dix pour cent de la valeur du marché initial pour les fournitures et les services et à quinze pour cent de la valeur du marché initial pour les travaux. Sur ce point également, les termes ont été complètement alignés sur ceux des articles 72.2 de la directive 2014/24/UE et 89.2 de la directive 2014/25/EU. Ainsi, il est également précisé que pour le calcul de la valeur du marché initial et lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base de cette clause qui constitue le montant de référence.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur doit être déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives. L'adjudicateur devra, dès lors, conserver la valeur de chaque modification. S'il ne connaît pas la valeur cumulée nette des différentes modifications, il ne pourra plus appliquer cette disposition « safe harbour » pour démontrer que la modification est admise.

Enfin, la condition selon laquelle la modification ne peut pas changer la nature globale du marché s'applique également ici.

Il n'y a pas de conditions supplémentaires. L'article 38/4 peut également s'appliquer lorsque le champ d'application du marché se voit limité (par exemple: lors de la construction d'un bâtiment, deux places de stationnement en moins doivent être prévues par rapport à ce qui était mentionné dans les documents du marché initiaux, vu que le nombre de personnes occupées sera finalement moins élevé), pour autant que toutes les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies.

Les articles 38/5 et 38/6. Cette disposition reprend les critères tels qu'ils ressortent de la jurisprudence de la Cour de Justice et notamment de l'arrêt *Pressetext* (affaire C-454/06). Les termes sont fort proches des considérations de la Cour de Justice dans la jurisprudence précitée. Il est toutefois à noter que l'article 38/6, alinéa 2, 1, précise que, par rapport à la jurisprudence précitée, il n'est pas seulement exigé que la modification ne peut pas introduire des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée, mais aussi que celles-ci auraient également attiré davantage de participants à la procédure de passation.

L'article 38/6, alinéa 2, 4°, fait le lien avec l'article 38/3. Lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus à l'article 38/3, cette modification est considérée comme substantielle. Le but est de veiller à ce que la problématique relative au remplacement de l'adjudicataire soit uniquement régie par l'article 38/3.

Les autres cas où une modification est considérée comme substantielle ne nécessitent pas de commentaires particuliers et résultent déjà de la jurisprudence.

Art. 38/7.

Cette disposition remplace celle figurant actuellement à l'article 20 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 15 juillet 2011 et à l'article 20 de l'arrêté royal relatif à la passation dans les secteurs spéciaux du 16 juillet 2012, certes moyennant certaines adaptations. Vu que les révisions des prix doivent être considérées comme des modifications apportées au marché, celles-ci seront dorénavant traitées dans le présent projet.

Le choix s'est porté sur une approche plus différenciée. L'obligation d'insérer une clause de révision des prix n'a été maintenue que pour les marchés de travaux et les marchés de services relevant de l'annexe 1

du présent projet. Cette annexe énumère les services caractérisés par des prestations manuelles et pouvant, dès lors, être assimilés à des marchés de travaux. Aucune révision des prix n'est exigée pour les marchés d'un montant estimé inférieur à 120.000 euros et lorsque le délai d'exécution initial est inférieur à cent vingt jours ouvrables ou cent quatre-vingts jours de calendrier. Il est à noter que l'exception précitée, contrairement à ce qui est le cas dans les arrêtés susmentionnés relatifs à la passation, ne s'applique dorénavant que si les deux conditions cumulatives sont remplies (pour ce faire, le mot « ou » a été remplacé par le mot « et »). Les conditions d'application de l'exception ont donc été considérablement durcies en ce qui concerne les travaux et les services relevant de l'annexe 1. Une référence explicite à l'article 38 est insérée. Ainsi, les clauses de révision des prix concernées figurant dans les documents du marché initiaux devront être rédigées de manière claire, précise et univoque. L'article 38, alinéa 2, s'applique également.

Les modalités d'application demeurent en majeure partie inchangées et ne sont donc pas commentées. Néanmoins, la possibilité n'est plus prévue (pour les travaux et les services relevant de l'annexe 1), en cas de difficulté à établir une formule de révision des prix, de se référer à l'indice-santé, à l'indice des prix à la consommation ou à un autre indice approprié.

S'agissant des fournitures et des services qui ne relèvent pas de l'annexe 1 du présent arrêté, il n'est plus question d'une révision obligatoire des prix. Néanmoins, pour ces marchés, l'adjudicateur peut également choisir de prévoir une formule de révision des prix dans les documents du marché. Les modalités sont identiques à celles pour les travaux et services relevant de l'annexe 1 du présent arrêté, à cette différence près qu'il demeure possible, en cas de difficulté à établir une formule de révision de prix, de se référer à l'indice-santé, à l'indice des prix à la consommation ou à un autre indice approprié.

Enfin, soulignons que la disposition dont question ici s'applique également, tout comme les autres dispositions remplacées ou insérées par les articles 19 et 20 du présent projet, aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. Ainsi, l'article 21 de l'arrêté royal défense et sécurité doit être abrogé et ce, par l'article 47 du présent projet.

Art/ 38/8.

Cette disposition traite des impositions ayant une incidence sur le montant du marché. Elle reprend, en l'adaptant, l'article 56/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, inséré par l'arrêté royal du 7 février 2014. Pour la première fois, le lien est fait ici aussi avec l'article 38. Contrairement à ce qui est prévu actuellement, les adjudicateurs sont obligés, pour tous les marchés, d'insérer une clause dans les documents du marché concernant la révision des prix suite à une modification (en Belgique) des impositions ayant une incidence sur le montant du marché dont les modalités sont définies dans le présent article. Les conditions de l'article 38 s'appliquent et doivent répondre à:

- le champ d'application: révision de prix suite aux modifications des impositions en Belgique;
- conditions portant sur le contenu: les impositions ont une incidence sur le montant du marché;
- conditions formelles: les formalités de l'article 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise de l'article 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013).

Actuellement, la date de publication au *Moniteur belge* est prise comme point de référence et il n'est pas tenu compte des modifications d'impositions publiées au dixième jour précédant la date ultime pour la réception des offres ou plus tôt, pour une augmentation ou une diminution du prix. Dorénavant, le moment de l'entrée en vigueur de la modification fiscale sera toutefois le point de référence. Une révision des prix n'est possible que lorsque la modification est entrée en vigueur après le dixième jour précédant la date ultime fixée pour la réception des offres. Le régime particulier en cas de procédure négociée (dans lequel la date de l'accord de l'adjudicataire était prise en compte), n'est plus repris.

Les autres conditions demeurent inchangées et ne sont donc plus explicitées. Néanmoins, la condition d'introduction figurant à l'article 56/1, alinéa 4, n'a pas été reprise, étant donné qu'elle figure désormais à l'article 38/16.

Si les documents du marché, malgré l'obligation, ne devaient pas contenir une clause de réexamen concernant les impositions ayant une incidence sur le montant du marché, les règles décrites ici seront réputées être applicables de plein droit. En d'autres termes, une option de repli est prévue. Evidemment, ici aussi, le marché ne pourra être modifié que dans un des cas où une modification est autorisée. Dans ce

cadre, il faut notamment tenir compte de la disposition *de minimis* visée à l'article 38/4 et de la modification en raison de circonstances imprévisibles visée à l'article 38/2. Les conditions des articles concernés s'appliquent dans ce cas.

Art. 38/9.

Cette disposition concerne les circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire. Elle reprend, moyennant certaines adaptations, l'article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Cette disposition fait également le lien avec l'article 38. Contrairement à ce qui est prévu actuellement, les adjudicateurs seront dorénavant obligés, pour tous les marchés, d'insérer une clause dans les documents du marché prévoyant les modalités pour la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire pour des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger. Il est satisfait aux conditions de l'article 38 de la manière suivante:

- champ d'application: bouleversement de l'équilibre contractuel au désavantage de l'adjudicataire suite aux circonstances raisonnablement imprévisibles au moment de l'introduction de l'offre, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires;
- nature des modifications: prolongation du délai d'exécution, indemnisation suite à un préjudice très important ou résiliation du marché;
- conditions: les formalités des articles 38/14 à 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise des articles 52 et 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013). En ce qui concerne l'évaluation du préjudice très important, il y a lieu de tenir compte des différents seuils.

Sur le fond, les premier et deuxième paragraphes sont quasiment identiques à l'article 56, alinéas 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Néanmoins, les termes ont été alignés sur ceux de l'article 11 de la loi, de sorte qu'il est désormais question de « bouleversement de l'équilibre contractuel ». Il s'agit d'une adaptation purement terminologique.

Le fait qu'il est stipulé au paragraphe 2 que l'adjudicataire doit démontrer que la révision est devenue nécessaire à la suite des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir, ne change rien par rapport à l'article 56, §2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il ne constitue donc pas une condition supplémentaire; il suffit que l'adjudicataire fasse valoir des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires.

La précision qu'il doit s'agir de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du marché n'a pas été reprise étant donné qu'une offre est également introduite dans les procédures négociées. L'offre est ainsi le document de référence.

Par contre, le troisième paragraphe fait l'objet d'une série d'adaptations de fond par rapport aux dispositions figurant actuellement à l'article 56, alinéas 5 et 6 (l'alinéa 4 a toutefois été entièrement repris). Alors qu'actuellement, le seuil du préjudice très important est atteint à partir d'un préjudice s'élevant à 100.000 euros, ou d'un préjudice fixé à 2,5 pour cent du montant initial du marché, un régime plus différencié s'appliquera dorénavant. Pour les marchés de travaux et les marchés de services relevant de l'annexe 1, le pourcentage de 2,5 pour cent est maintenu. Néanmoins, le « double seuil », comprenant un pourcentage et un seuil exprimé en chiffres absolus, ne sera plus utilisé dans tous les cas, comme actuellement. Ceci n'est le cas que lorsque le marché est passé sur la base du prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix dont le prix constitue au moins la moitié du score maximal. Dans ces cas où le prix joue un rôle très important comme critère d'attribution, un seuil alternatif exprimé en chiffres absolus est prévu outre le seuil de 2,5 pour cent. Dès dépassement d'un des deux seuils, le préjudice est censé avoir été très important.

Dans les cas précités, le seuil exprimé en chiffres absolus du préjudice très important pour les marchés précités est ventilé en fonction de la valeur du montant initial du marché. Ainsi, on évite que le seuil ne soit trop vite atteint, pour les marchés de plus grande envergure, en cas de pourcentage trop bas.

Plus précisément, pour les marchés de travaux et les marchés de services relevant de l'annexe 1, il est question d'un préjudice très important à partir des seuils suivants exprimés en chiffres absolus, lorsque le marché est passé sur la base du prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix

dont le prix constitue au moins la moitié du poids maximal:

- 175.000 euros pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 7.500.000 euros et inférieur ou égal à 15.000.000 euros;
- 225.000 euros pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 15.000.000 euros et inférieur ou égal à 30.000.000 euros;
- 300.000 euros pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 30.000.000 euros.

La situation est différente (et plus simple) pour les marchés de fournitures et les marchés de services, autres que les services relevant de l'annexe 1 (donc principalement les services intellectuels). Pour ces marchés, un seuil unique sera dorénavant utilisé pour déterminer si le préjudice doit être considéré comme important, à savoir un seuil exprimé en pourcentage de quinze pour cent du montant initial du marché.

Il n'est plus précisé qu'un système de franchise doit être appliqué. Le sixième alinéa de l'article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 n'a effectivement pas été repris.

Au quatrième paragraphe, une option de repli est prévue: si les documents du marché, malgré l'obligation, ne contiennent pas de clause de réexamen prévoyant la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire, les règles décrites ci-dessus seront réputées être applicables de plein droit. Les adjudicateurs ne peuvent donc pas échapper à l'application du mécanisme. Ici aussi, il est clair que le marché ne peut être modifié que pour autant que la modification ressorte d'une des possibilités de modification autorisées (circonstances imprévisibles, disposition *de minimis*, critères pressetext, ...).

Pour rappel, il ne peut être dérogé aux paragraphes 2 et 3 examinés ci-dessus que pour autant qu'une motivation expresse soit prévue dans les documents du marché, qui est justifiée par les exigences particulières du marché en question. La sanction pour absence de motivation ne consistera dans ce cas pas à réputer non écrite la dérogation (sauf en cas de convention signée par les parties), vu qu'il en résulterait que plus aucune clause en matière de bouleversement ne s'appliquerait encore, ce qui n'est évidemment pas le but, bien au contraire.

Enfin, soulignons que l'article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sera abrogé (voir article 46 du présent projet).

Art. 38/10.

Cette disposition constitue le pendant de l'article 38/9 examiné ci-dessus et concerne le cas où l'équilibre contractuel a été bouleversé en faveur de l'adjudicataire. Dans cette hypothèse également, une clause de réexamen, comme prévue à l'article 38, devra être insérée dans les documents du marché. L'arrêté royal du 14 janvier 2013 contient déjà une disposition traitant de l'hypothèse ici visée (article 60, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013). Les modalités sont toutefois, aussi en ce qui concerne le seuil de l'avantage très important, alignées le plus possible sur les modalités examinées ci-dessus qui s'appliquent en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel au détriment de l'adjudicataire. La disposition relative aux sous-traitants n'a évidemment pas été reprise. Il en va de même pour l'exigence selon laquelle l'adjudicateur ne pouvait éviter la révision, ni obvier aux conséquences. Vu la nature des obligations de l'adjudicateur consistant principalement dans le paiement (les prestations sont normalement effectuées par l'adjudicataire), ces conditions sont inappropriées. Il suffit que les circonstances ayant donné lieu au bouleversement soient étrangères à l'adjudicateur.

Au lieu d'une prolongation du délai d'exécution, il est question d'une réduction du délai d'exécution comme modalité de révision. Enfin, soulignons que l'article 60 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sera abrogé par l'article 46 du présent projet.

Art. 38/11.

Cette disposition concerne le réexamen du marché lorsque l'adjudicataire ou l'adjudicateur a subi un retard ou un préjudice suite aux carences, lenteurs ou faits quelconques qui peuvent être imputés à l'un des deux. Elle regroupe les articles 54 et 60, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Dans cette hypothèse également, une clause de réexamen, comme prévue à l'article 38, devra être insérée dans les documents du marché. Ici aussi, une option de repli est prévue. En effet, si les documents du marché, malgré l'obligation, ne devaient pas contenir une telle clause, les règles seront réputées être applicables de plein droit (toutes les règles reprises à l'article 38/11). La résiliation du marché n'est pas une modification du

marché.

Le cas échéant, la clause répond aux conditions de l'article 38 de la manière suivante:

- champ d'application: carences, lenteurs ou faits quelconques qui peuvent être imputés à l'adjudicateur ou à l'adjudicataire;
- nature des modifications: modification du marché, plus précisément prolongement ou réduction des délais d'exécution, dommages et intérêts ou la résiliation du marché;
- conditions: les formalités des articles 38/14 à 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise des articles 52 et 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013) sont d'application.

Art. 38/12.

Cette disposition concerne la suspension du marché ordonnée par l'adjudicateur et le droit à des dommages et intérêts pour l'adjudicataire à cet égard. Elle regroupe les articles 55 et 89 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Étant donné la difficulté de faire une distinction entre une suspension (imputable à l'adjudicateur) et une interruption (due à une circonstance externe), seule la notion de « suspension » est encore utilisée.

S'agissant des règles relatives aux dommages et intérêts visées au premier paragraphe, une clause de réexamen, comme prévue à l'article 38, devra dorénavant être insérée dans les documents du marché. Ici aussi, si les documents du marché, malgré l'obligation, ne devaient pas contenir une clause de réexamen, les règles prévues au premier paragraphe seront réputées être applicables de plein droit. Ici aussi, une option de repli existe: voir commentaire des articles 38/8 et 38/9. Les articles 55 et 89 seront évidemment abrogés (voir article 46).

Il est satisfait à l'article 38 de la manière suivante:

- champ d'application: indemnisation suite à une suspension sur ordre de l'adjudicateur;
- nature des modifications: la révision du marché, plus précisément indemnisation;
- conditions: les formalités des articles 38/14 à 38/16 (qui à leur tour constituent une reprise des articles 52 et 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013) sont d'application.

Art. 38/13.

Cet article reprend, sans aucune modification, l'article 59 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Seules les références ont été actualisées. Cet article est, du reste, abrogé (voir article 46).

Art. 38/14.

Cette disposition concerne la dénonciation de faits. Elle regroupe, sans en modifier le contenu, les articles 52, alinéa 4, et 60, alinéa 3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Elle vise donc aussi bien l'hypothèse où l'adjudicateur veut se baser sur une des clauses de réexamen énumérées que celle où c'est l'adjudicataire qui le souhaite. Les deux devront dénoncer les faits ou les circonstances sur lesquels ils se basent, par écrit dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance. Les faits doivent toujours être dénoncés par écrit et ce, dans les trente jours. Les deux dispositions auxquelles il est renvoyé ci-dessus seront d'ailleurs abrogées (voir article 46).

Art. 38/15.

Contrairement à l'article 38/14 examiné ci-dessus, cette disposition, qui concerne également la dénonciation de faits, s'applique uniquement à l'adjudicataire. Ainsi, ce dernier ne pourra donc invoquer l'application de l'une des clauses de réexamen énumérées, que s'il signale succinctement l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché. La disposition ici visée reprend, moyennant adaptation, l'article 52, alinéas 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il n'est plus mentionné que la dénonciation de l'influence doit se faire « au plus tôt ». Par ailleurs, l'on a supprimé la partie de phrase stipulant que la dénonciation de l'influence est obligatoire pour des faits ou circonstances quelconques qui pourraient perturber l'exécution normale du marché et dont les éventuelles conséquences négatives pourraient justifier l'introduction d'une requête ou d'une réclamation, que ces faits ou circonstances relèvent « ou non » de l'application des dispositions relatives aux manquements du pouvoir adjudicateur et au bouleversement au détriment de l'adjudicataire. Les mots « ou non » étaient sujets à des interprétations différentes. C'est pourquoi le champ d'application de l'obligation examinée ici sera dorénavant mieux délimité. L'obligation n'est imposée ici que pour les clauses de réexamen visées aux

articles 38/9 à 38/11.

Art. 38/16.

La présente disposition correspond en grande partie à l'article 53 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 38/17.

La présente disposition correspond en grande partie à l'article 60, alinéa 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et ne nécessite pas d'autre commentaire.

Art. 38/18.

Cette disposition reprend, sans aucune adaptation, l'article 58 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Art. 38/19.

Cette disposition transpose les articles 72.1, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE et 89.1, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/25/UE et a déjà suffisamment été abordée dans le commentaire des articles 38/1 et 38/2. Il est précisé qu'une publication au niveau européen n'est pas exigée pour les marchés qui tombent dans le champ d'application de la loi défense et sécurité. Il n'existe aucune obligation spécifique relative aux modifications du marché dans la directive 2009/81/EC.

Art. 22

Cette disposition vise à remplacer l'article 41, alinéa 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant la renonciation à la réception technique. La disposition a été actualisée. Plus particulièrement, la formulation a été adaptée à l'article 55, §1^{er}, de la loi concernant les rapports d'essai et la certification. Tout d'abord, il n'est plus fait mention d'un « organisme indépendant » mais d'un « organisme d'évaluation de la conformité ». Comme c'est le cas dans la disposition précitée de la loi, sont visés par cette notion les organismes qui exercent des activités d'évaluation de la conformité telles que le calibrage, les essais, la certification et l'inspection et qui sont accrédités conformément au règlement n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil. La deuxième phrase porte à confusion et n'a dès lors pas été reprise (vu le manque de lien clair avec la première phrase). D'ailleurs, sa formulation est devenue obsolète (notamment au niveau de la « procédure nationale d'attestation de conformité » jugée équivalente). Pour rappel, conformément à l'article 55, §1^{er}, alinéa 2, de la loi, le pouvoir adjudicateur doit également accepter des certificats d'autres organismes d'évaluation de la conformité équivalents lorsqu'il est exigé dans le cadre de la passation que des certificats soient établis par un organisme d'évaluation de la conformité particulier. Il convient de tenir compte, sous ces conditions, avec les contrôles qui sont déjà intervenus plus tôt, également en absence d'accord bilatéral avec l'État d'origine des produits concernés (voir concernant cet aspect l'arrêt C-254/05 du 7 juin 2007 de la Cour de Justice).

En conclusion, il convient d'étendre, dans le cadre de l'exécution, l'approche qui doit être suivie dans le cadre de la passation conformément à l'article 55, §1^{er}, de la loi, en sachant qu'il ne s'agit dans l'exécution que d'une possibilité de renoncer à la réception technique et non d'une obligation.

Art. 23.

Cette disposition apporte une modification en ce qui concerne le délai dans lequel l'adjudicataire peut faire valoir ses moyens de défense lorsqu'il reçoit un procès-verbal constatant des manquements. Normalement, il dispose d'un délai de quinze jours suivant la date de l'envoi du procès-verbal précité pour faire valoir ses moyens de défense. Ce délai est trop long lorsque le manquement concerne certains problèmes graves relatifs au droit du travail, plus précisément une grave sous-rémunération ou l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Dans ces cas-là, l'adjudicateur doit pouvoir fixer lui-même le délai, faute de quoi il risque de voir sa responsabilité solidaire engagée pour certaines dettes salariales.

Il est possible que le délai de quinze jours de calendrier précité a pour effet que le délai de quatorze jours ouvrables après la notification de l'inspection du travail en exécution de l'article 35/3, 4, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, délai dont dispose l'adjudicateur pour, le cas échéant, encore résilier le marché et éviter ainsi que sa responsabilité solidaire

ne soit engagée, sera souvent écoulé. L'adjudicateur aura en effet besoin d'un certain temps pour traiter ladite notification et pour envoyer le procès-verbal précité. Il en résulte que le délai relatif aux moyens de défense de l'adjudicataire doit pouvoir être raccourci par l'adjudicateur.

Lorsque l'adjudicateur a connaissance du fait que l'adjudicataire (ou un sous-traitant) occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal, il doit aussi être possible de raccourcir fortement le délai relatif aux moyens de défense. En effet, dès le moment où l'adjudicateur est au courant de l'occupation d'un ou de plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal, il sera en principe solidairement responsable du paiement de la rémunération encore due par son adjudicataire en ce qui concerne les prestations de travail effectuées, à partir du moment où il a connaissance du fait précité et pour autant que ces prestations s'inscrivent dans le cadre du marché public en cours d'exécution (voir article 35/11 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).

De surcroît, l'adjudicateur, pour autant qu'il ne bénéficie pas d'une immunité pénale, peut voir sa responsabilité pénale engagée pour les infractions afférentes à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal commises dès le moment où il a connaissance de l'occupation de tels ressortissants. L'obligation, dans les cas précités, d'attendre l'expiration du délai relatif aux moyens de défense de l'adjudicataire de 15 jours de calendrier, alourdirait trop sa propre responsabilité solidaire et éventuellement aussi la responsabilité pénale de ses mandataires et fonctionnaires dirigeants.

Pour de plus amples informations concernant la législation relative au droit du travail citée supra, il est renvoyé à la circulaire du 22 juillet 2014: Circulaire marchés publics - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal - Extension de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales à certains secteurs sensibles à la fraude (M.B. 4 août 2014).

Les autres adaptations apportées dans le deuxième paragraphe sont purement techniques et ne nécessitent pas de commentaires particuliers.

Art. 24.

La présente disposition vise une clarification concernant la base de calcul des pénalités spéciales et générales d'une part et les amendes de retard d'autre part. Conformément à l'article 3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tel que modifié par l'arrêté royal du 7 février 2014, il est avant tout précisé que la taxe sur la valeur ajoutée n'est pas prise en compte dans la base de calcul de la sanction spéciale ou générale ou de l'amende de retard. En ce qui concerne la sanction générale, l'article 3 est suffisamment clair sur ce point. Une précision est néanmoins indispensable, étant donné que rien de tel n'est clair pour la pénalité spéciale ou l'amende de retard en cas de fournitures ou de services. Le montant de la pénalité générale ou spéciale et/ou de l'amende sera en définitive déduit du montant total dû de la facture en ce compris la T.V.A..

Art. 25.

Cette disposition apporte une série de modifications à l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant l'application de mesures d'office. Plus particulièrement, une référence a été ajoutée à une nouvelle exception à la règle que l'adjudicateur, en cas de résiliation unilatérale du marché, acquiert le cautionnement à titre d'indemnisation forfaitaire. Lorsque des actes faussant la concurrence sont découverts, une telle approche forfaitaire n'est plus autorisée par le législateur européen. Pour de plus amples commentaires, il est renvoyé à l'article 27.

Cette disposition apporte en outre une amélioration linguistique dans la version française pour la rendre plus conforme avec la version néerlandaise.

Art. 26.

Cette disposition remplace l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Dans un premier temps, il convient de signaler que les opérateurs économiques doivent avoir la possibilité, sur la base de l'article 70 de la loi, de démontrer leur fiabilité, malgré la présence d'un motif d'exclusion obligatoire ou facultatif (sauf dans le cas visé à l'article 70, alinéa 4, de la loi). Il en résulte que les opérateurs économiques ne peuvent pas être exclus de manière absolue des marchés publics, y compris dans le cadre de l'article dont question ici. Même si un adjudicateur décide, sur la base de l'article ici examiné, d'exclure un

adjudicataire de la participation à de futurs marchés, il n'en reste pas moins que cet opérateur économique, en exécution de l'article 70 de la loi, doit avoir l'opportunité de prouver, dans une procédure de passation ultérieure, que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.

Pour de plus amples informations sur les mesures correctrices, il est renvoyé à l'exposé des motifs de la loi (plus précisément au commentaire de l'article 69 du projet de loi, disposition devenue finalement l'article 70 de la loi; DOC 54 1541/001, p. 124).

Afin d'être certain que l'adjudicataire comprend la portée de la suspension évoquée ci-dessus, il est désormais clair que la décision d'exclusion doit faire référence à la disposition dont question ici, d'autant plus que la décision d'exclusion peut même entraîner l'exclusion des marchés publics d'autres adjudicateurs.

Les précisions précitées concernant les mesures correctrices ne s'appliquent pas aux marchés relevant de la loi défense et sécurité. Il n'est en effet renvoyé qu'à l'article 70 de la loi au premier alinéa.

S'agissant de la durée de l'exclusion, les alinéas 1^{er} et 4 indiquent qu'il s'agit d'une exclusion pour une période de trois ans, dans le droit fil de ce que prévoit l'article 69, alinéa 2 de la loi. Il ne s'agit donc plus d'un délai à définir par l'adjudicateur. Ce délai de trois ans doit être calculé de la même manière que dans la disposition précitée (y compris pour les marchés relevant de la loi défense et sécurité).

Il est dorénavant précisé que la sanction d'exclusion ne peut être prise que lorsqu'une défaillance importante ou persistante de l'adjudicataire a été constatée lors de l'application d'une disposition essentielle au cours de l'exécution du marché. Cette disposition est ainsi alignée sur l'article 69, alinéa 1^{er}, 7^o de la loi. La sanction peut également encore être prise lorsque l'adjudicataire n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, §1^{er}, alinéa 2 de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité.

Enfin, il est encore précisé à la fin de l'alinéa 5 que l'exclusion dont question ici constitue une « sanction comparable » au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7^o de la loi. Cela signifie que la décision d'exclusion prononcée par un adjudicateur peut également s'étendre à d'autres marchés publics ou contrats de concession. A cet égard, l'exclusion a les mêmes effets qu'une mesure d'office. Pour cette raison aussi, il est indispensable de veiller à ce que l'exclusion, lorsqu'elle est imputable à une défaillance, ne puisse être prononcée qu'en cas de défaillance importante ou persistante constatée lors de l'application d'une disposition essentielle au cours de l'exécution du marché.

Art. 27.

Cette disposition remplace l'article 49 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, concernant les mesures qui sont prises lorsque sont découvertes des ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Outre l'actualisation des références, les adaptations suivantes ont été apportées.

Tout d'abord, il est précisé, comme c'est le cas ailleurs dans l'arrêté, que les mesures ne peuvent être prises qu'à l'expiration du délai relatif aux moyens de défense. La liste des mesures possibles a également été raccourcie. Plus précisément, la mesure consistant en une pénalité égale à trois fois le montant dont le prix du marché a été grevé pour procurer à des tiers un gain ou un avantage quelconque, a été abandonnée. En effet, cette mesure n'est pas conforme aux articles 3 et 4 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne. Ces dispositions prévoient un droit à réparation intégrale mais sans réparation excessive ainsi que des procédures effectives en matière de demande de dommages et intérêts. Imposer de manière forfaitaire une pénalité égale à trois fois le montant dont le prix du marché a été grevé pour procurer à des tiers un gain ou un avantage quelconque donne, par nature, lieu à une réparation excessive.

Une adaptation s'imposait également à la lumière des dispositions précitées de la directive 2014/104/UE en ce qui concerne les règles en matière de cautionnement lorsqu'une mesure d'office est appliquée, plus précisément en cas de résiliation unilatérale. Normalement, en pareil cas, l'adjudicateur acquiert la totalité du cautionnement à titre de dommages et intérêts forfaitaires ou, à défaut de constitution, un montant équivalent. Cette approche s'inscrit, elle aussi, en porte-à-faux avec la règle qui veut qu'une réparation excessive n'est plus possible en vertu de la directive 2014/104/UE. Par conséquent, il conviendra d'appliquer les procédures de droit commun en matière de demande de dommages et intérêts qui, dans les

autres cas, sont également à la disposition des personnes ayant subi un préjudice. Une série de réformes sont en cours dans ce domaine. Afin de transposer la directive précitée dans l'ordre juridique belge, il faut notamment apporter une série de modifications dans le Code de droit économique (ci-après CDE). Il conviendra d'y inscrire expressément le principe général de la réparation intégrale, selon lequel toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence a le droit de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice, de telle sorte que la partie lésée est replacée dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Il sera précisé que la réparation intégrale ne peut entraîner une réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou d'autres types de dommages et intérêts. Ces nouvelles règles de droit commun s'appliqueront aussi aux adjudicateurs confrontés à des actes faussant la concurrence.

Enfin, un alinéa a été ajouté, en vertu duquel l'adjudicateur est contraint de communiquer sans délai les mesures qu'il a prises sur la base du présent article à l'Auditeur général de l'Autorité belge de la Concurrence. Cette communication doit contenir une description du marché concerné, une copie des pièces principales ainsi qu'une référence à l'article dont question ici. Il convient d'envoyer un courrier à l'attention de l'Auditeur général via l'adresse mail suivante: aud@bma-abc.be ou l'adresse postale: Autorité belge de la Concurrence, Auditorat, City Atrium, Rue du Progrès 50, 1210 Bruxelles.

L'Auditeur général peut d'ailleurs aussi être informé en cas de simple soupçon, donc avant même la prise d'une mesure par l'adjudicateur, via l'adresse mail suivante: aud@bma-abc.be, par numéro de téléphone +32 2 277 95 22 ou l'adresse postale: Autorité belge de la Concurrence, Auditorat, City Atrium, Rue du Progrès 50, 1210 Bruxelles. Cette dernière procédure est maintenue et il est recommandé d'en faire usage dans le cadre de la lutte contre les actes faussant la concurrence. Il ne sera pas toujours aisé pour l'adjudicateur de faire lui-même la distinction entre des soupçons ou indices d'ententes faussant la concurrence et une découverte d'ententes faussant la concurrence. Afin de dissocier les différents modes formels et informels de prise de contact avec l'Auditeur général, il a été précisé qu'il faut faire référence à l'article dont question ici lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà pris une mesure.

Art. 28.

Cette disposition se borne à actualiser une série de références et ne nécessite, dès lors, pas de commentaires particuliers.

Art. 29.

Cette disposition apporte un certain nombre de modifications à l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, concernant les situations dans lesquelles l'adjudicateur est habilité à résilier le marché (indépendamment des mesures d'office). Il est avant tout rappelé qu'il s'agit d'une possibilité de résiliation, permettant dans beaucoup de cas de trouver d'autres solutions que la résiliation (modification du marché ou anticipation par rapport à certaines problématiques par le biais de clauses spéciales dans les documents de marché).

Outre certaines actualisations des références aux motifs d'exclusion, trois adaptations de fond sont apportées. Les condamnations reprises au point 5° sont, tout d'abord, abrogées. En effet, l'on ne voit pas bien comment justifier le fait qu'un adjudicateur ait la possibilité, au cours de l'exécution, de résilier le marché pour cause de condamnation, possibilité dont il ne disposait pas au cours de la procédure de passation. Pour des raisons évidentes, l'approche doit rester la plus cohérente possible lors de la passation et de l'exécution. Aussi suffit-il de renvoyer aux motifs d'exclusion tels qu'ils existent dans le cadre de la passation (aussi bien les motifs d'exclusion obligatoire que les motifs d'exclusion facultatifs). Les possibilités de résiliation pour raison d'internement, d'interdiction, de mise sous conseil judiciaire pour cause de prodigalité,... doivent être maintenues, ces cas fussent-ils extrêmement rares.

La deuxième modification de fond est plutôt technique et précise qu'il peut également y avoir résiliation en présence d'un motif d'exclusion obligatoire (autre que le motif d'exclusion obligatoire concernant les dettes fiscales/sociales) au moment de l'attribution, même si ce n'est éventuellement plus le cas au moment où l'on envisage de procéder à la résiliation. Cette précision est rendue nécessaire par l'article 73. b de la directive 2014/24/UE (et par la disposition correspondante en ce qui concerne les secteurs spéciaux). Une série d'autres possibilités de résiliation doivent, du reste, être ajoutées suite à cet article 73, lesquelles seront toutefois intégrées dans l'article 62/1 nouvellement inséré, examiné ci-après.

Enfin, il est précisé que l'adjudicataire peut encore faire valoir des mesures correctrices dans le courant de l'exécution et peut encore faire usage de la possibilité de régularisation dans le domaine des dettes fiscales et sociales. Il ne peut être fait usage de cette possibilité de régularisation unique dans le courant de la phase d'exécution qu'à une seule reprise. Cela ne porte toutefois pas préjudice à la possibilité de régularisation visée à l'article 68, 1^{er}, alinéa 3, de la loi.

Les alinéas 2 et 3 nouvellement insérés ne sont pas d'application aux marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité.

Art. 30.

Cette disposition insère une nouvelle disposition relative aux possibilités de résiliation, ce qui permet de transposer l'article 73, *a* et *c*, de la directive 2014/24/UE (et les dispositions correspondantes en ce qui concerne les secteurs spéciaux). Il s'agit de nouvelles hypothèses particulières de résiliation, qui, contrairement à ce qui est le cas dans l'actuel article 62, ne résultent pas nécessairement de la situation dans laquelle se trouve l'adjudicataire.

L'adjudicateur pourra ainsi également procéder à une résiliation lorsqu'il constate que le marché a fait l'objet d'une modification substantielle au cours de l'exécution, laquelle aurait en réalité nécessité une nouvelle procédure de passation. Tel sera aussi le cas lorsque le marché n'aurait pas dû être attribué à l'adjudicataire en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par les traités européens, la loi et ses arrêtés d'exécution. Ce manquement doit être établi par la Cour de Justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Art. 31.

Cette disposition actualise la référence, dans l'article 63 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, aux dispositions permettant à l'adjudicateur de résilier le marché. C'est une conséquence de l'article 62/1 nouvellement inséré, qui a été examiné supra (voir le commentaire de l'article 30). Dans ces nouveaux cas de résiliation, le marché sera donc aussi liquidé en l'état où il se trouve à la date de la résiliation. Cette situation ne devrait se présenter qu'exceptionnellement, les pouvoirs adjudicateurs étant obligés de prévoir certaines clauses dans leurs documents du marché, précisément pour éviter l'apport d'une modification non autorisée. Pour rappel, conformément à l'article 38, une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation de marché lorsque la modification a été prévue dans les documents du marché initiaux sous la forme de clauses de réexamen claires, précises et univoques (ces modifications ne peuvent néanmoins pas changer la nature globale du marché).

Art. 32.

Cette disposition apporte une série de corrections techniques à l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, concernant les cas où des avances peuvent être accordées. Vu qu'il ressort désormais déjà de la loi que ces marchés, dont la valeur estimée est inférieure à 30.000 euros, ne sont pas soumis au principe du paiement pour service fait et accepté, il n'y a plus lieu de stipuler à l'article 67, §1^{er}, que des avances peuvent être accordées pour ces marchés. Ceci est d'autant plus vrai que l'arrêté royal du 14 janvier 2013, ainsi que le fait apparaître le champ d'application adapté (l'article 5, alinéa 2, remplacé), ne s'applique pas aux marchés n'atteignant pas le seuil précité de 30.000 euros. En effet, les articles 92, 1^o, et 162, 1^o de la loi précisent clairement que les marchés concernés sont certes soumis au titre 1^{er} de la loi, qui contient notamment les principes généraux, mais pas à l'article 12, consacré au principe précité du paiement pour service fait et accepté (ni à l'article 14 d'ailleurs). Cette hypothèse n'étant plus reprise, une modification technique s'imposait également dans la référence à l'alinéa 2 de l'article 67, §1^{er}.

La disposition prévoit également le remplacement de l'article 67, §2. Ainsi, le projet vise à clarifier les formalités concernant le paiement des avances. L'alinéa 1^{er} est nouveau et contient l'obligation pour l'adjudicataire d'introduire par écrit une demande datée et signée dans laquelle il est demandé de procéder au paiement de l'avance.

L'alinéa 2 concerne la possibilité pour l'adjudicateur de suspendre le paiement des avances en cas de non-respect par l'adjudicataire de ses obligations contractuelles ou s'il ne respecte pas ou ne fait pas respecter le droit environnemental, social ou du travail. Pour ce volet, seule la référence à la disposition correspondante de la loi a été actualisée.

Enfin, l'alinéa 3 concerne la compensation par l'adjudicateur de montants payés par le biais d'avances. La formulation actuelle, qui parle de « récupérer », peut induire en erreur. C'est la raison pour laquelle le verbe « compenser » a été adopté.

Art. 33.

Cette disposition insère un nouveau paragraphe à l'article 69 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, précisant la base de calcul de l'intérêt pour retard de paiement. Il y est prévu que la base de calcul est constituée de la somme principale, en ce compris les taxes applicables, droits, impositions ou coûts tels que mentionnés dans la facture dûment établie ou dans la créance. En ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, une règle particulière est néanmoins prévue. Celle-ci est reprise à l'alinéa 2.

En ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, il convient de prendre en considération la modification du Code de la T.V.A. introduite par la loi du 6 décembre 2015 modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne l'exigibilité de la taxe. Il s'ensuit que pour de nombreux marchés, le paiement constitue (à nouveau) un point central pour la fixation du moment de l'exigibilité. Par dérogation à l'article 16 et à l'article 17, §1^{er}, du Code de la T.V.A., la taxe devient exigible, pour les livraisons de biens meubles effectuées par un assujetti à des personnes de droit public visées à l'article 6 de ce code, au moment de la réception du paiement, en tout ou en partie, par l'adjudicataire, à concurrence du montant perçu (article 17, 4, du Code de la T.V.A.). Un tel régime est également prévu pour les services (article 22 bis, 4, du Code de la T.V.A.). Il appert de l'article 6 du Code de la T.V.A. déjà précisé que nombre d'adjudicateurs peuvent être considérés comme des personnes de droit public au sens dudit code. Pour les marchés concernés, il ne faut, dès lors, pas prendre en compte la T.V.A. en ce qui concerne la base de calcul de l'intérêt pour retard de paiement. Par souci d'exhaustivité, soulignons que certains adjudicateurs ne peuvent cependant pas être considérés comme des personnes de droit public (par ex. les hôpitaux privés,...). Dans ces cas-là, il y a lieu de tenir compte de la T.V.A. pour la base de calcul de l'intérêt pour retard de paiement, celle-ci étant déjà due par l'adjudicataire à ce moment. Afin de déterminer si un adjudicateur doit ou non être considéré comme une personne de droit public au sens de l'article 6 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, il convient de se référer au site internet de la banque carrefour des entreprises.

Pour de plus amples explications à propos de cette modification, il est renvoyé à l'exposé des motifs de la loi modificative précitée du 6 décembre 2015 (DOC 54 1307/001, p. 9).

Art. 34.

Cette disposition se borne à actualiser une référence et ne nécessite, dès lors, pas de commentaires particuliers.

Art. 35.

Cette disposition apporte une adaptation technique à l'article 71 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernant la réfaction pour moins-value. Plus précisément, l'article précité doit faire apparaître que les règles qui y sont décrites selon lesquelles l'adjudicateur peut accepter les prestations moyennant réfaction pour moins-value lorsque les divergences par rapport aux conditions non essentielles du marché sont minimales et qu'il ne peut en résulter pour lui d'inconvénient sérieux, ne portent pas préjudice aux articles 37 à 38/19. Cette précision est apportée afin de préserver la conformité avec l'article 72 de la directive 2014/24/UE (et la disposition correspondante en ce qui concerne les secteurs spéciaux). La réfaction pour moins-value doit, en effet, être considérée comme une modification du marché, comme il appert d'ailleurs de la nouvelle définition de la notion de « modification du marché » mentionnée à l'article 2, 5°. L'adjudicateur devra donc notamment vérifier si la modification découlant de la réfaction pour moins-value est ou non substantielle à la lumière de l'article 38/5. Généralement, en cas d'application correcte, aucune modification substantielle ne pourra résulter de la réfaction pour moins-value. En effet, l'on peut de toute manière uniquement accepter des divergences minimales qui, de surcroît, ne peuvent entraîner d'inconvénient pour l'adjudicateur du point de vue de l'emploi, de la mise en œuvre ou de la durée de vie, à condition toutefois que la réfaction ne modifie pas l'équilibre économique du marché en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial. C'est la raison pour laquelle la réfaction ne peut pas être sous-estimée et qu'elle doit être proportionnée à la divergence. L'adjudicateur peut, bien entendu, également faire application d'autres dispositions relatives à la

modification du marché, aux conditions qui y sont mentionnées. Aussi la préférence a-t-elle été accordée à une référence générale.

Art. 36.

Cette disposition contient uniquement des actualisations des références et ne nécessite donc aucun autre commentaire.

Art. 37.

Cette disposition vise à préciser qu'il peut également être opportun, en fonction de la spécificité du marché en question, de faire s'écouler pour le commencement des phases suivant la première phase, comme c'est le cas pour le commencement de la première phase, un délai minimum de quinze jours entre l'envoi de la lettre fixant le début des travaux et la date de celui-ci. Notamment lorsqu'il s'agit de phases de nature très différente, il peut être recommandé de prévoir dans les documents du marché un temps de préparation pour le commencement desdites phases. Il va sans dire que le délai doit de toute façon être adapté en fonction de la complexité du marché. Cette dernière précision s'applique, bien entendu, aussi au premier délai de quinze jours pour la première phase.

Art. 38.

Cette disposition vise à ériger une simplification administrative pour les entreprises. Dans le cadre de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, elles ont l'obligation de mettre en place un système d'enregistrement des présences ou une méthode d'enregistrement. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de maintenir la liste mise à jour quotidiennement contenant un certain nombre de données du personnel. Les données qui sont conservées dans la liste mise à jour quotidiennement sont en grande partie également reprise dans le système d'enregistrement. Il n'est en outre plus obligatoire de mentionner quotidiennement le salaire horaire dans la liste et ce pour harmoniser d'avantage le type de données qui sont conservées dans la liste d'une part et dans le système de l'autre. Le point 7° est abrogé. Il est remplacé par une obligation pour l'adjudicataire de fournir à la première demande de l'adjudicateur une fiche de salaire, lorsque celle-ci ne peut pas être directement consultée par l'adjudicataire. Cette obligation est reprise dans un nouveau paragraphe 3/1.

Art. 39.

Le présent article vise l'insertion des nouvelles dispositions concernant l'obligation pour les sous-traitants de respecter la réglementation sur l'agrément des entrepreneurs lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux passé par un pouvoir adjudicateur. Il s'agit plus particulièrement de la législation organisant l'agrément des entrepreneurs (loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux et ses arrêtés d'exécution). Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux passé par une entreprise publique, cette même obligation peut être imposée par les documents du marché, dans la droite ligne du prescrit actuel de l'article 12, alinéa 2, 2°. Il est en effet rappelé que les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soumises au champ d'application du titre 3 de la loi, ne sont soumises qu'à un nombre très restreint de dispositions (voir le nouvel article 6). Les dispositions concernées relatives à la sous-traitance n'en font pas partie. Le raisonnement est identique en ce qui concerne les marchés tombant dans le champ d'application du titre 3 de la loi et qui sont passés par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, un décret ou une ordonnance.

Il convient de signaler que l'agrément ou la décision équivalente doit être obtenue par le sous-traitant au plus tard au moment de la transmission de son nom et ses coordonnées par l'adjudicataire à l'adjudicateur conformément à l'article 12/1. Ainsi, l'agrément ou la décision équivalente doit être obtenue au plus tard au début de l'exécution du marché, comme prévu à l'article 12/1, alinéa 1^{er}.

Art. 40.

Cette disposition vise à préciser que le contre-essai ne doit pas nécessairement toujours porter sur toutes les propriétés déjà déterminées lors de la vérification initiale. La contre-épreuve est limitée aux caractéristiques qui ont donné un résultat négatif. Le but est ainsi d'éviter des frais inutiles et de ne pas susciter de contestations au sujet de propriétés déterminées lors de la vérification initiale et ne faisant l'objet d'aucune contestation.

Art. 41.

Cette disposition contient uniquement des actualisations des références et ne nécessite donc aucun autre

commentaire.

Les articles 42 à 44.

Ces dispositions contiennent uniquement des actualisations des références et ne nécessitent donc aucun autre commentaire.

Art. 45.

Cet article ne nécessite pas de commentaires particuliers.

Art. 46.

Cette disposition abroge un certain nombre d'articles qui ont été remaniés dans le cadre de la modification du marché. Il est renvoyé au commentaire des articles 20 et 21.

Les articles 96 à 103 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sont, eux aussi, abrogés. Il n'y a plus lieu de prévoir des dispositions spécifiques pour les marchés de promotion de travaux. Ce n'est pas davantage le cas dans la loi.

En outre, l'article 40 relatif au contrôle des quantités est abrogé. Cette disposition exige pour les marchés à bordereau de prix et pour les postes en quantités présumées des marchés mixtes, que les quantités exécutées soient mesurées par l'adjudicateur en présence de l'adjudicataire (ou de son délégué). De plus, un écrit signé par les deux parties est exigé. Cette disposition impose un formalisme exagéré et est par ailleurs difficilement exécutable en pratique et a dès lors été supprimée afin de réduire les charges administratives pour l'adjudicateur et l'adjudicataire.

Enfin, les articles 104 à 114, supprimant les dispositions spécifiques relatives aux concessions de travaux publics, ont été abrogés. Tant la passation que l'exécution des contrats de concession seront en effet régies par une loi séparée (la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions) et par un arrêté d'exécution séparé.

Art. 47.

La présente disposition prévoit la suppression de l'article 21 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. La problématique de la révision des prix est en effet dorénavant réglée par le nouvel article 38/7, qui est également d'application aux marchés dans le domaine de la défense et de sécurité. Pour de plus amples commentaires à ce sujet, il est renvoyé au commentaire de l'article 21 concernant le nouvel article 38/7.

Art. 48 à 50.

Ces articles ne nécessitent pas de commentaires particuliers.

J'ai l'honneur d'être,
Sire,
de Votre Majesté
le très respectueux et très fidèle serviteur,
Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL

Chapitre 1^{er}

Modification de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics

Art. 1^{er}.

L'intitulé de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, est remplacé par ce qui suit: « Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ».

Art. 2.

Dans les articles 2, 9 à 12, 14 à 25, 27 à 31, 33, 36, 39 à 47, 50, 58, 60 à 63, 65, 66, 68, 70 à 83, 85, 87 à 95, 115, 118 à 121, 123 à 128, 130 à 132, 136 à 138, 140 à 142, 145, 146, 149 à 151, 153, 156, 159 et 160 du même arrêté, les mots « pouvoir adjudicateur » sont à chaque fois remplacés par le mot « adjudicateur »

et « pouvoirs adjudicateurs » par « adjudicateurs »

. Il en est de même dans l'intitulé de la section 7 du chapitre 2 et dans l'intitulé des articles 30 et 136.

Dans les articles 29, 44, 45, 47, 70, 75, 76, 80, 81, 83, 87, 92, 121, 124, 125, 131, 142, 145, 150, 151 et 156 du même arrêté les mots « envoi recommandé » sont à chaque fois remplacés par les mots « envoi recommandé ou envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi ».

Art. 3.

L'article 1^{er} du même arrêté, remplacé par l'arrêté royal du 22 mai 2014, est remplacé par ce qui suit:

« Article 1^{er}.Le présent arrêté assure la transposition partielle de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2014 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, ainsi que 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 et de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. ».

Art. 4.

Dans l'article 2 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

a) le 1^o est remplacé par ce qui suit:

« 1^o loi: la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; »;

b) le 3^o est remplacé par ce qui suit:

« 3^o arrêté royal secteurs classiques: l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; »;

c) le 4^o est remplacé par ce qui suit:

« 4^o arrêté royal secteurs spéciaux: l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; »;

d) le 6^o est remplacé par ce qui suit:

« 6^o marché: chaque marché public, concours et chaque accord-cadre défini à l'article 2, 17^o, 18^o, 20^o et 21^o de la loi ainsi qu'à l'article 3, 1^o à 4^o, 11^o et 12^o, de la loi défense et sécurité; »;

e) dans le 9^o, les mots « pouvoir adjudicateur cédant » sont remplacés par les mots « adjudicateur cédant » et les mots « pouvoir adjudicateur cessionnaire » par les mots « adjudicateur cessionnaire »;

f) dans le 17^o, les mots « au sens de l'article 6, §1^{er}, de la loi » sont remplacés par les mots « au sens de l'article 10, alinéa 1^{er} de la loi »;

g) l'article est complété par les 24^o à 26^o rédigés comme suit:

« 24^o modification du marché: toute adaptation des conditions contractuelles du marché, du concours ou de l'accord-cadre en cours d'exécution;

25^o marché dans un secteur sensible à la fraude:

a) un marché de travaux; ou

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

26^o adjudicateur:

a) un pouvoir adjudicateur tel que visé à l'article 2, 1^o de la loi ou à l'article 2, 1^o, de la loi défense et sécurité;

- b) une entreprise publique telle que visée à l'article 2, 2° de la loi ou à l'article 2, 2°, de la loi défense et sécurité; ou
- c) une personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs telle que visée à l'article 2, 3° de la loi ou à l'article 2, 3°, de la loi défense et sécurité. ».

Art. 5.

Dans l'article 4 du même arrêté, les mots « article 72 bis de la loi » sont remplacés par les mots « article 167 de la loi ».

Art. 6.

Les articles 5 et 6 du même arrêté, modifiés par les arrêtés royaux du 7 février 2014 et du 22 mai 2014, sont remplacés par ce qui suit:

« Art. 5. Le présent arrêté régit à l'exécution des marchés relevant du champ d'application des titres 2 et 3 de la loi et du titre 2 de la loi défense et sécurité.

Sans préjudice de l'article 6, 5, le présent arrêté n'est pas applicable aux marchés dont le montant estimé n'atteint pas 30.000 euros.

Art. 6. §1^{er}. Sans préjudice des paragraphes 2 à 4 et quel que soit le montant estimé du marché, le présent arrêté n'est pas d'application:

1° aux marchés de fournitures passés par procédure négociée sans publication préalable ou par procédure négociée sans mise en concurrence préalable conformément aux articles 42, §1^{er}, 3° et 4°, c) , et 124, §1^{er}, 9° à 11°, de la loi et à l'article 25, 3°, b) et c) , de la loi défense et sécurité;

2° aux marchés de services d'assurance, services bancaires et services relatifs aux investissements des institutions financières qui tombent sous les codes CPV 66100000-1 jusqu'à et y compris 66720000-3 ainsi que les services des institutions financières de la catégorie 12 de l'annexe 1^{re} de la loi défense et sécurité;

3° aux marchés relatifs aux services sociaux et sanitaires de la catégorie 25 de l'annexe 2 de la loi défense et sécurité;

4° aux services sociaux et autres services spécifiques visés à l'annexe III de la loi, à l'exception de ceux repris dans l'annexe précitée sous la description « Services d'hôtellerie et de restauration » et « Services juridiques dans la mesure où ils ne sont pas exclus en vertu de l'article 28, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 4° ou 108, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, lu en combinaison avec l'article 28, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 4° »;

5° aux marchés conjoints de pouvoirs adjudicateurs de plusieurs pays;

6° aux marchés qui concernent la création et le fonctionnement d'une société mixte en vue de l'exécution d'un marché;

7° aux marchés tombant sous le champ d'application du titre 3 de la loi et qui sont passés soit par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soit par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance;

8° aux marchés de désignation d'un réviseur d'entreprises.

§2. Les articles 1 à 9, 67, 69, 95, 120, 127, 156 et 160 sont d'application aux marchés visés au paragraphe 1^{er}, 1° à 6°.

Les articles 12, §4, 12/1, 37 à 38/6, 38/19, 62, alinéa 1^{er}, 1°, et alinéa 2, ainsi que l'article 62/1, sont applicables aux marchés visés à l'alinéa 1^{er} et au paragraphe 1^{er}, 7° et 8°.

§3. Le présent arrêté est d'application aux services juridiques visés à l'annexe III de la loi et comportant les codes CPV 79100000-5 jusqu'à et y compris 79140000-7, ainsi que 75231100-5, pour autant qu'il ne s'agisse pas des services mentionnés à l'alinéa 2.

Le présent arrêté n'est pas d'application aux marchés de désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, visés à l'article 28, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, a) et b) , de la loi. Il en va de même pour les services juridiques mentionnés à l'article 28, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, c) à e) , de la loi.

§4. Pour les marchés passés par des entreprises publiques et relevant du champ d'application du titre 3 de la loi et du titre 2 de la loi défense et sécurité, les articles 9, §§2 et 3, 69, 95, 127 et 160 du présent arrêté

ne sont pas applicables, quel que soit le montant estimé du marché.

§5. Les documents du marché peuvent rendre applicables à un marché déterminé les dispositions qui, en vertu du présent arrêté, ne le sont pas obligatoirement. ».

Art. 7.

L'article 7 du même arrêté est remplacé par ce qui suit:

« Art. 7. Le présent chapitre et les articles 12, §4, 37 à 38/19 et 61 à 63 sont applicables à l'accord-cadre. En ce qui concerne les marchés passés sur la base d'un accord-cadre, toutes les dispositions sont d'application, sans préjudice des articles 5 et 6 et sauf disposition contraire dans les documents du marché. Pour les marchés visés, il ne peut cependant être dérogé aux dispositions des articles 9, §§2 et 3, 12/1, 37 à 38/6, 38/8, 38/9, §4, 38/10, §4, 38/11 à 38/19, 62, alinéa 1^{er}, 1^o, et alinéa 2, 62/1 et 69. ».

Art. 8.

À l'article 8 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1^o les mots « Lorsque, conformément à l'article 9, §3, de l'arrêté royal secteurs classiques, à l'article 9, §3, de l'arrêté royal secteurs spéciaux ou à l'article 11, 3, de l'arrêté royal défense et sécurité, selon le cas, en » sont remplacés par les mots « Lorsqu'en »;

2^o les mots « d'une variante libre » sont remplacés par les mots « d'une variante ou option ».

Art. 9.

À l'article 9 du même arrêté, modifié par l'arrêté royal du 22 mai 2014, les modifications suivantes sont apportées:

a) le paragraphe 1^{er} est remplacé par ce qui suit:

« §1^{er}. Pour autant qu'elles soient applicables, conformément aux articles 5, 6, §§1^{er} à 3, et à l'article 7, il ne peut être dérogé aux dispositions:

1^o du chapitre 1^{er};

2^o des articles 12/1, 12/3, 37 à 38/6, 38/19, 62, 62/1, 67, 69 et 78/1;

3^o les articles 38/8, 38/9, §4, 38/10, §4, 38/11 à 38/18.

Néanmoins, l'alinéa 1^{er}, 3^o, ne s'applique pas aux marchés visés au paragraphe 4, alinéa 3. »;

b) le paragraphe 4 est remplacé par ce qui suit:

« §4. Il ne peut être dérogé aux dispositions obligatoires autres que celles énumérées aux paragraphes 2 et 3 du présent article que, dans des cas dûment motivés, dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché. Il peut par contre être dérogé aux articles 38/7, 38/9, §§1^{er} à 3 et 38/10, §§1^{er} à 3 dans des cas dûment motivés mais sans que le caractère indispensable de cette dérogation ne doive être démontré.

Les motivations des dérogations ne doivent pas être reprises dans le cahier spécial des charges.

Néanmoins, les dérogations aux articles 10, 12, 13, 18, 25 à 30, 38/9, §§1^{er} à 3, 38/10, §§1^{er} à 3, 44 à 61, 66, 68, 70 à 73, 78, 79 à 81, 84, 86, 96, 121, 123, 151 et 154 font l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges. À défaut de mention de cette motivation, la dérogation est réputée non écrite.

Cette sanction n'est pas applicable dans les cas suivants:

1^o dans le cas d'une convention signée par les parties;

2^o en cas de dérogation à l'article 38/9, §§1^{er} à 3 ou 38/10, §§1^{er} à 3.

Les alinéas 1^{er} et 2 ne s'appliquent pas aux marchés portant à la fois sur le financement, la conception et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci. Pour ces marchés, il peut être dérogé aux autres dispositions obligatoires que celles mentionnées aux paragraphes 2 et 3, moyennant le respect de l'alinéa 4.

La liste des dispositions auxquelles il est dérogé figure de manière explicite au début du cahier spécial des charges et ce, pour tous les marchés. ».

Art. 10.

À l'article 10, alinéa 3 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° les mots « ou imposer »

sont insérés entre les mots « autoriser » et « l'utilisation de moyens électroniques pour l'échange des pièces écrites »;

2° la dernière phrase commençant par les mots « L'adjudicataire peut également » et finissant par les mots « cette utilisation » est abrogée.

Art. 11.

À l'article 11 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° l'alinéa 1^{er} est remplacé par ce qui suit:

« Le fonctionnaire dirigeant est désigné par écrit par l'adjudicateur au plus tard au moment de la conclusion du marché. Cette désignation peut déjà figurer dans les documents du marché. »;

2° l'article est complété par un alinéa rédigé comme suit:

« Le fonctionnaire dirigeant peut être remplacé en cours d'exécution du marché. Ce remplacement doit se faire de manière écrite. ».

Art. 12.

L'article 12 du même arrêté est remplacé par ce qui suit:

« Art. 12.§1^{er}. Le fait que l'adjudicataire confie tout ou partie de ses engagements à des sous-traitants ne dégage pas sa responsabilité envers l'adjudicateur. L'adjudicateur n'a aucun lien contractuel avec ces tiers.

§2. Dans les cas suivants, l'adjudicataire a l'obligation de faire appel à un ou plusieurs sous-traitant(s) prédéterminé(s):

1° lorsque l'adjudicataire a, pour sa sélection qualitative concernant les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente, fait appel à la capacité de sous-traitants prédéterminés conformément à l'article 73, §1^{er}, de l'arrêté royal secteurs classiques, à l'article 72 de l'arrêté royal secteurs spéciaux ou à l'article 79 de l'arrêté royal défense et sécurité, selon le cas;

2° lorsque l'adjudicateur impose à l'adjudicataire le recours à certains sous-traitants.

Le recours à d'autres sous-traitants est soumis à l'autorisation préalable de l'adjudicateur.

L'adjudicateur est uniquement responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s) dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 2°.

§3. Lorsque l'adjudicataire a proposé certains sous-traitants dans son offre conformément à l'article 74 de l'arrêté royal secteurs classiques, à l'article 73 de l'arrêté royal secteurs spéciaux ou à l'article 140 de l'arrêté royal défense et sécurité, selon le cas, il ne peut en principe, s'il fait appel à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution, recourir qu'aux seuls sous-traitants proposés, à moins que l'adjudicateur ne l'autorise à recourir à un autre sous-traitant.

L'alinéa 1^{er} ne s'applique pas dans le cas où l'adjudicateur a demandé, conformément à l'article 12/2, le remplacement du ou des sous-traitant(s) concerné(s) parce que ce(s) dernier(s) se trouvai(en)t dans une situation d'exclusion.

§4. Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux, l'adjudicateur fait mention dans les documents du marché de l'action directe du sous-traitant conformément à l'article 1798 du Code Civil. ».

Art. 13.

Dans le même arrêté sont insérés les articles 12/1 à 12/4 rédigés comme suit:

« Art. 12/1. Lorsqu'il s'agit d'un marché dans un secteur sensible à la fraude, l'adjudicataire transmet, au plus tard au début de l'exécution du marché, les informations suivantes à l'adjudicateur: le nom, les coordonnées et les représentants légaux de tous les sous-traitants, quelle que soit la mesure dans laquelle ils participent à la chaîne de sous-traitance et quelle que soit leur place dans cette chaîne, participant aux travaux ou à la prestation des services, dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. Il en va de même dans le cas de marchés de services qui doivent être fournis sur un site placé sous la

surveillance directe de l'adjudicateur.

L'adjudicataire est, pendant toute la durée des marchés visés à l'alinéa 1^{er}, tenu de porter sans délai à la connaissance de l'adjudicateur de tout changement relatif à ces informations ainsi que des informations requises pour tout nouveau sous-traitant qui participera ultérieurement à ces travaux ou à la prestation de ces services.

Dans les autres cas que ceux visés à l'alinéa 1^{er}, l'adjudicateur peut demander les mêmes informations à l'adjudicataire.

Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, les documents de marché peuvent imposer que les informations visées à l'alinéa 1^{er} soient fournies sous la forme du Document Unique de Marché Européen, ci-après dénommé DUME. Dans ce cas, le DUME doit être complété entièrement et contenir toute l'information relative au sous-traitant concerné, conformément aux dispositions du règlement n° 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 relatif au formulaire standard pour le DUME.

Les alinéas 1^{er} et 4 ne sont pas d'application pour les marchés tombant dans le champ d'application de la loi défense et sécurité.

Art. 12/2. §1^{er}. Le pouvoir adjudicateur peut vérifier s'il existe, dans le chef du ou des sous-traitant(s) direct(s) de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion au sens des articles 67 à 69 de la loi ou de l'article 63 de l'arrêté royal défense et sécurité. Le pouvoir adjudicateur demande que l'adjudicataire remplace le ou les sous-traitant(s) à l'encontre desquels ladite vérification a montré qu'il existe un des motifs d'exclusion au sens des articles 67 et 68 de la loi ou de l'article 63, §1^{er}, de l'arrêté royal défense et sécurité. Lorsqu'il s'agit d'un motif d'exclusion facultatif visé à l'article 69 de la loi ou à l'article 63, §2, de l'arrêté royal défense et sécurité, le pouvoir adjudicateur peut procéder de même et l'adjudicataire est alors soumis aux mêmes obligations.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, lorsqu'il s'agit d'un marché dans un secteur sensible à la fraude dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur est tenu, dès que les données visées à l'article 12/1 lui ont été fournies, de procéder sans délai à la vérification visée à l'alinéa 1^{er}.

La constatation visée à l'alinéa 1^{er} de l'existence d'un motif d'exclusion et la demande de remplacement font l'objet d'un procès-verbal, qui est envoyé à l'adjudicataire conformément à l'article 44, §2, alinéa 1^{er}. Ce dernier dispose d'un délai de quinze jours suivant la date d'envoi dudit procès-verbal, pour démontrer que le sous-traitant visé a été remplacé. Durant ce délai, il reste toujours possible de fournir la preuve de la régularisation des dettes sociales ou fiscales. Les mesures correctrices visées au paragraphe 3 peuvent également encore être apportées durant le délai susmentionné de quinze jours, sauf si les documents du marché imposent que les données relatives aux sous-traitants soient fournies sous la forme du DUME conformément à l'article 12/1, alinéa 4, auquel cas les mesures correctrices sont mentionnées dans ledit DUME.

Le délai de quinze jours visé à l'alinéa 3, peut être réduit conformément à l'article 44, §2, alinéa 3.

§2. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut également vérifier s'il existe, plus loin dans la chaîne de sous-traitance, des motifs d'exclusion au sens du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur demande que l'adjudicataire prenne les mesures nécessaires pour le remplacement du sous-traitant à l'encontre duquel ladite vérification a démontré qu'il existe un motif d'exclusion au sens des articles 67 et 68 de la loi ou de l'article 63, §1^{er}, de l'arrêté royal défense et sécurité ou de les faire prendre. Lorsqu'il s'agit d'un motif d'exclusion facultatif visé à l'article 69 de la loi ou à l'article 63, §2, de l'arrêté royal défense et sécurité, le pouvoir adjudicateur peut procéder de même, et l'adjudicataire est alors soumis aux mêmes obligations.

La constatation visée à l'alinéa 1^{er} de l'existence d'un motif d'exclusion et la demande de remplacement font l'objet d'un procès-verbal, qui est envoyé à l'adjudicataire conformément à l'article 44, §2, alinéa 1^{er}. Ce dernier dispose d'un délai de quinze jours suivant la date d'envoi dudit procès-verbal, pour démontrer que le sous-traitant visé a été remplacé. Durant ce délai, il reste toujours possible de fournir la preuve de la régularisation des dettes sociales et fiscales. Durant le délai de quinze jours précité, les mesures correctrices visées au paragraphe 3 peuvent également encore être apportées, tout comme il reste possible d'apporter la preuve de la régularisation des dettes fiscales et sociales.

§3. Cet article ne porte pas préjudice à la possibilité pour le sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion, de prouver que les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité, malgré

le motif d'exclusion applicable.

Le sous-traitant visé à l'alinéa 1^{er} dispose de la possibilité de se mettre encore en règle quant aux dettes sociales et fiscales. Dans le courant de l'exécution, il ne lui est possible d'y recourir qu'à une seule reprise. Le présent paragraphe n'est pas d'application pour les marchés qui tombent dans le champ d'application de la loi défense et sécurité.

§4. Sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures d'office, tout manquement à l'obligation de remplacement visée paragraphe 1^{er}, ou à l'obligation visée au paragraphe 2 de prendre les mesures nécessaires afin de pourvoir au remplacement, donne lieu à l'application d'une pénalité journalière d'un montant de 0,2 pour cent du montant initial du marché. Cette pénalité est appliquée à compter du quinzième jour suivant la date de l'envoi recommandé ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi, prévue à l'article 44, §2. Ladite pénalité court jusqu'au jour où la défaillance est réparée.

La pénalité visée à l'alinéa 1^{er} ne peut cependant jamais dépasser le montant suivant:

- a) 5.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est inférieur à 10.000.000 euros;
- b) 10.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est égal ou supérieur à 10.000.000 euros.

Art. 12/3. §1^{er}. Il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié. Il est également interdit pour un sous-traitant de conserver uniquement la coordination du marché.

§2. Sans préjudice de l'article 2, §3 *bis*, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, la chaîne de sous-traitance est limitée pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude passés par les pouvoirs adjudicateurs de la manière suivante:

1° lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui est groupé selon sa nature dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de trois niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire, le sous-traitant de deuxième niveau et le sous-traitant de troisième niveau;

2° lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui est groupé selon sa nature dans une sous-catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau;

3° lorsqu'il s'agit d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau.

Sans préjudice de l'article 78/1, dans les cas prévus ci-après, un niveau supplémentaire de sous-traitance est néanmoins possible:

1° lors de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et dont les conséquences ne pouvaient être obviées bien que les opérateurs économiques aient fait toutes les diligences nécessaires et pour autant que ces circonstances aient été portées par écrit à la connaissance du pouvoir adjudicateur endéans les trente jours de leur survenance; ou

2° moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur.

Pour les marchés de travaux et lorsque l'accord du pouvoir adjudicateur est demandé conformément à l'alinéa 2, 2°, l'adjudicataire ajoute à sa demande une attestation prouvant que le sous-traitant concerné dispose de l'agrégation. À défaut, il délivre une copie de la décision visée à l'article 6 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, selon laquelle il est satisfait, dans le chef du sous-traitant concerné, aux conditions d'agrégation ou aux exigences en matière d'équivalence d'agrégation. Le pouvoir adjudicateur vérifie cette attestation ou décision.

Ne sont pas considérés comme des sous-traitants pour l'application de cet article:

1° les parties à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique, en ce compris les sociétés momentanées;

2° les fournisseurs de biens, sans travaux accessoires de placement ou d'installation;

3° les organismes ou les institutions qui effectuent le contrôle ou la certification;

4° les agences de travail intérimaires au sens de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

§3. Sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures d'office, tout non-respect du présent article donne lieu à l'application d'une pénalité journalière d'un montant de 0,2 pour cent du montant initial du marché. Cette pénalité est appliquée à compter du quinzième jour suivant la date de l'envoi recommandé

ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi, prévue à l'article 44, §2. Ladite pénalité court jusqu'au jour où la défaillance est réparée.

La pénalité visée à l'alinéa 1^{er} ne peut cependant jamais dépasser le montant suivant:

a) 5.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est inférieur à 10.000.000 euros;

b) 10.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est égal ou supérieur à 10.000.000 euros.

Art. 12/4. Sans préjudice de la responsabilité de l'adjudicataire à l'égard de l'adjudicateur, visée à l'article 12, §1^{er}, l'adjudicateur peut exiger que les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché. ».

Art. 14.

Dans l'article 13 du même arrêté, l'alinéa 1^{er} est remplacé par ce qui suit:

« Il est interdit à l'adjudicataire de confier tout ou partie du marché:

1° à un entrepreneur, fournisseur ou un prestataire de services qui se trouve dans un des cas visés à l'article 62, alinéa 1^{er}, 2° à 4°;

2° à un entrepreneur exclu en application des dispositions de la législation organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux;

3° lorsqu'il s'agit d'un marché tombant sous le champ d'application du titre 2 de la loi, à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services qui se trouve dans un des cas visés à l'article 67 de la loi, hormis le cas où l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services concerné, conformément à l'article 70 de la loi, démontre vis-à-vis de l'adjudicateur avoir pris les mesures suffisantes afin de prouver sa fiabilité;

4° lorsqu'il s'agit d'un marché tombant sous l'application du titre 3 de la loi et pour autant que l'adjudicateur est aussi un pouvoir adjudicateur, à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services, qui se trouve dans un des cas visés à l'article 67 de la loi, hormis le cas où l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services concerné, conformément à l'article 70 de la loi, démontre vis-à-vis du pouvoir adjudicateur avoir pris les mesures suffisantes afin de prouver sa fiabilité;

5° lorsqu'il s'agit d'un marché tombant sous l'application de la loi défense et sécurité, à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services se trouvant dans un des cas visés à l'article 63 de l'arrêté royal défense et sécurité. ».

Art. 15.

L'article 16 du même arrêté est remplacé par ce qui suit:

« Art. 16. Le personnel employé par l'adjudicataire doit être en nombre suffisant et avoir, chacun dans sa spécialité, les qualités requises pour assurer la marche régulière et la bonne exécution du marché. L'adjudicataire remplace immédiatement les membres du personnel qui lui sont signalés par écrit par l'adjudicateur comme compromettant la bonne exécution du marché par leur incapacité, leur mauvaise volonté ou leur conduite notoire. ».

Art. 16.

À l'article 23, alinéa 4, les mots « l'article 17 de l'arrêté royal secteurs classiques, de l'article 17 de l'arrêté royal secteurs spéciaux » sont remplacés par les mots « l'article 30 de l'arrêté royal secteurs classiques, de l'article 38 de l'arrêté royal secteurs spéciaux ».

Art. 17.

À l'article 25 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° au paragraphe 1^{er}, le 2° est remplacé par ce qui suit:

« 2° pour les marchés de services suivants:

a) les marchés de services de la catégorie 23 de l'annexe 2 de la loi défense et sécurité;

b) les marchés de services de transports aériens de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier, plus particulièrement les services portant les codes CPV à partir de 60410000-5 jusque et y compris 60424120-3, à l'exception des codes 60411000-2 et 60421000-5, ainsi que les

- services portant les codes CPV à partir de 60440000-4 jusque et y compris 60445000-9 et 60500000-3;
- c) les marchés de services de transports de courrier par transport terrestre et par air, plus particulièrement les services portant les codes CPV 60160000-7, 60161000-4, 60411000-2, 60421000;
- d) les marchés de services de transports ferroviaires, plus particulièrement les services portant les codes CPV à partir de 60200000-0 jusque et y compris 60220000-6;
- e) les marchés de services relatifs aux services juridiques, pour autant qu'ils ne sont pas exclus sur la base des articles 28, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, et/ou 108, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi;
- f) les marchés de services d'étude, plus particulièrement les services portant les codes CPV à partir de 80100000-5 jusque et y compris 80660000-8, à l'exception des 80533000-9, 80533100-0 et 80533200-1;
- g) les marchés de services d'assurances;
- h) les services informatiques et services connexes, plus particulièrement les services portant les codes CPV à partir de 50310000-1 jusque et y compris 50324200-4, les services portant les codes CPV à partir de 72000000-5 jusque et y compris 72920000-5, à l'exception du code 72318000-7 et des codes à partir de 72700000-7 jusque et y compris 72720000-3, ainsi que les services portant le code CPV 9342410-4;
- i) les services de recherche et de développement, plus particulièrement les services portant les codes CPV à partir de 73000000-2 jusque et y compris 73436000-7, à l'exception des services portant les codes CPV 73200000-4, 732100000-7 et 73220000-0. »;

2° au paragraphe 2, l'alinéa 2 est remplacé par ce qui suit:

« Pour les marchés de fournitures et de services sans indication d'un prix total, sauf disposition contraire dans les documents du marché, le montant qui doit par la suite être multiplié par les cinq pour cent visés à l'alinéa 1^{er}, correspond au montant mensuel estimé du marché multiplié par six. ».

Art. 18.

L'article 30, alinéa 2 du même arrêté est remplacé par ce qui suit:

« Si l'adjudicateur, après dépassement du délai visé l'article 44, 2, deuxième phrase, fait appel au cautionnement, en tout ou en partie, l'organisme auprès duquel le cautionnement a été constitué ne peut exiger d'obtenir préalablement l'accord de l'adjudicataire. L'organisme auprès duquel le cautionnement a été constitué, doit libérer le cautionnement à l'adjudicataire, dès que les conditions suivantes sont réunies:

1° un cautionnement a été effectivement constitué auprès de l'organisme concerné pour le marché concerné;

2° une demande de libération du cautionnement de l'adjudicateur a été reçue; et

3° le délai visé à l'article 44, §2, alinéa 2, deuxième phrase est respecté. ».

Art. 19.

À l'article 35 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, est remplacé par les alinéas suivants:

« S'il le demande, l'adjudicataire reçoit gratuitement et dans la mesure du possible de manière électronique une collection complète de copies des plans qui ont servi de base à l'attribution du marché. L'adjudicateur est responsable de la conformité de ces copies aux plans originaux.

Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable ou de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, l'adjudicataire reçoit gratuitement à sa demande et dans la mesure du possible de manière électronique une copie des documents du marché. ».

2° le paragraphe 2 est remplacé par ce qui suit:

« §2. L'adjudicataire conserve et tient à la disposition de l'adjudicateur tous les documents et l'échange d'information se rapportant à l'attribution et à l'exécution du marché jusqu'à la réception définitive. ».

Art. 20.

Les articles 37 et 38 du même arrêté sont remplacés par ce qui suit:

« Principe

Art. 37. Les marchés et les accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché que dans les cas prévus dans la présente section.

La clause de réexamen

Art. 38. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation de marché, lorsque, quelle que soit sa valeur monétaire, elle a été prévue dans les documents du marché initial sous la forme d'une clause de réexamen claire, précise et univoque.

Les clauses de réexamen indiquent le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. ».

Art. 21.

Dans le même arrêté sont insérés les articles 38/1 à 38/19 rédigés comme suit:

« Travaux, fournitures ou services complémentaires

Art. 38/1. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, pour les travaux, fournitures ou services complémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant:

1° est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité des services complémentaires avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial; et

2° présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur.

Toutefois, l'augmentation résultant d'une modification ne peut pas être supérieure à cinquante pour cent de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne peuvent être utilisées pour contourner la réglementation en matière des marchés publics. Le présent alinéa n'est pas d'application aux marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant des activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et des services postaux visés au titre III de la loi.

Pour le calcul du montant visé à l'alinéa 2, lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base cette clause qui constitue le montant de référence.

Evènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur

Art. 38/2. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:

1° la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir;

2° la modification ne change pas la nature globale du marché ou de l'accord-cadre;

3° l'augmentation de prix résultant d'une modification n'est pas supérieure à cinquante pour cent de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions en matière des marchés publics.

La condition mentionnée à l'alinéa 1^{er}, 3° n'est pas d'application aux marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant des activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et des services postaux visés au titre 3 de la loi.

Pour le calcul du montant visé à l'alinéa 1^{er}, 3°, lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé qui constitue le montant de référence.

Remplacement de l'adjudicataire

Art. 38/3. Une modification peut être autorisée sans nouvelle procédure de passation, lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché:

1° en application d'une clause de réexamen univoque telle que définie à l'article 38;

2° à la suite d'une succession universelle ou partielle de l'adjudicataire initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à contourner les dispositions en matière de marchés publics.

La règle « *de minimis* »

Art. 38/4. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes:

- 1° le seuil fixé pour la publicité européenne; et
- 2° dix pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et quinze pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur visée à l'alinéa 1^{er}, est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.

Pour le calcul de la valeur du marché initial visée à l'alinéa 1^{er}, 2°, et lorsque le marché comporte une clause d'indexation, c'est le montant actualisé sur la base de cette clause qui constitue le montant de référence.

Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché, ou de l'accord-cadre.

Modifications non substantielles

Art. 38/5. Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la modification, quelle qu'en soit la valeur, est à considérer comme non substantielle.

Art. 38/6. Une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est à considérer comme substantielle lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ.

Est à considérer comme substantielle la modification qui remplit au moins une des conditions suivantes:

- 1° la modification introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation du marché;
- 2° la modification modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial;
- 3° la modification élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre;
- 4° lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus à l'article 38/3.

Révision des prix

Art. 38/7. §1^{er}. En application de l'article 10 de la loi ou de l'article 7, §1^{er}, alinéas 2 à 4 de la loi défense et sécurité et sauf dans les cas visés à l'alinéa 4 du présent paragraphe, les documents du marché relatifs à un marché de travaux ou à un marché de services visés à l'annexe 1 du présent arrêté prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision des prix en fonction de l'évolution des prix des principaux composants suivants:

- 1° les salaires horaires du personnel et les charges sociales;
- 2° en fonction de la nature du marché, un ou plusieurs éléments pertinents tels que les prix de matériaux, des matières premières, les taux de change.

La révision des prix est basée sur des paramètres objectifs et contrôlables et utilise des coefficients de pondération appropriés; elle reflète ainsi la structure réelle des coûts.

La révision des prix peut comporter un facteur fixe, non révisable, que l'adjudicateur détermine en fonction des spécificités du marché.

Une révision des prix n'est pas obligatoire pour les marchés d'un montant estimé inférieur à 120.000 euros et lorsque le délai d'exécution initial est inférieur à cent-vingt jours ouvrables ou cent-quatre-vingts jours de calendrier.

§2. En application de l'article 10 de la loi, pour les marchés de fournitures et de services autres que ceux visés à l'annexe 1 du présent arrêté, les documents du marché peuvent prévoir une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision des prix en fonction d'un ou de plusieurs éléments divers tels que notamment les salaires, les charges sociales, les prix des matières premières ou les taux de change.

La révision des prix est basée sur des paramètres objectifs et contrôlables et utilise des coefficients de pondération appropriés; elle reflète ainsi la structure réelle des coûts. En cas de difficultés à établir une formule de révision des prix, l'adjudicateur peut se référer à l'indice-santé, à l'indice des prix à la consommation ou à un autre indice approprié.

La révision des prix peut comporter un facteur fixe, non révisable, que l'adjudicateur détermine en fonction des spécificités du marché.

Impositions ayant une incidence sur le montant du marché

Art. 38/8. Les documents du marché prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision des prix résultant d'une modification des impositions en Belgique ayant

une incidence sur le montant du marché.

Une telle révision des prix n'est possible qu'à la double condition suivante:

1° la modification est entrée en vigueur après le dixième jour précédant la date ultime fixée pour la réception des offres; et

2° soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'un indice, ces impositions ne sont pas incorporées dans la formule de révision prévue dans les documents du marché en application de l'article 38 /7.

En cas de hausse des impositions, l'adjudicataire doit établir qu'il a effectivement supporté les charges supplémentaires qu'il a réclamées et que celles-ci concernent des prestations inhérentes à l'exécution du marché.

En cas de baisse, il n'y a pas de révision si l'adjudicataire prouve qu'il a payé les impositions à l'ancien taux.

Si les documents du marché ne contiennent pas une clause de réexamen telle que prévue à l'alinéa 1^{er}, les règles prévues aux alinéas 2 à 4 sont réputées être applicables de plein droit.

Circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire

Art. 38/9.§1^{er}. Les documents du marché prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire par des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger.

§2. L'adjudicataire ne peut invoquer l'application de cette clause de réexamen que s'il démontre que la révision est devenue nécessaire à la suite des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de son offre, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires.

L'adjudicataire ne peut invoquer la défaillance d'un sous-traitant que pour autant que ce dernier puisse se prévaloir des circonstances que l'adjudicataire aurait pu lui-même invoquer s'il avait été placé dans une situation analogue.

La révision peut consister soit en une prolongation des délais d'exécution, soit, lorsqu'il s'agit d'un préjudice très important, en une autre forme de révision ou en la résiliation du marché.

§3. L'étendue du préjudice subi par l'adjudicataire est appréciée uniquement sur la base des éléments propres au marché en question. Ce préjudice doit:

1° pour les marchés de travaux et les marchés de services visés à l'annexe 1, s'élever au moins à 2,5 pour cent du montant initial du marché. Si le marché est passé sur la base du seul prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif aux prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution, le seuil du préjudice très important est en toute hypothèse atteint à partir des montants suivants:

a) 175.000 euros pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 7.500.000 euros et inférieur ou égal à 15.000.000 euros;

b) 225.000 euros pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 15.000.000 euros et inférieur ou égal à 30.000.000 euros;

c) 300.000 euros pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 30.000.000 euros;

2° pour les marchés de fournitures et de services autres que ceux visés à l'annexe 1, s'élever au moins à quinze pour cent du montant initial du marché.

§4. Si les documents du marché ne contiennent pas une clause de réexamen prévue au paragraphe 1^{er}, les règles prévues aux paragraphes 2 et 3 sont réputées être applicables de plein droit.

Art. 38/10.§1^{er}. Les documents du marché prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé en faveur de l'adjudicataire en raison de circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger.

§2. La révision peut consister soit en une réduction des délais d'exécution, soit, lorsqu'il s'agit d'un avantage très important, en une autre forme de révision des dispositions du marché ou en la résiliation du marché.

§3. L'étendue de l'avantage dont a bénéficié l'adjudicataire est appréciée uniquement sur la base des éléments propres au marché en question. Cet avantage doit:

1° pour les marchés de travaux et les marchés de services visés à l'annexe 1, s'élever au moins à 2,5 pour cent du montant initial du marché. Si le marché est passé sur la base du seul prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif aux prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution, le seuil de l'avantage très important est en

toute hypothèse atteint à partir des montants suivants:

- a) 175.000 euros pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 7.500.000 euros et inférieur ou égal à 15.000.000 euros;
 - b) 225.000 euros pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 15.000.000 euros et inférieur ou égal à 30.000.000 euros;
 - c) 300.000 euros pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 30.000.000 euros;
- 2° pour les marchés de fournitures et de services autres que ceux visés à l'annexe 1, s'élever au moins à quinze pour cent du montant initial du marché.

§4. Si les documents du marché ne contiennent pas la clause de réexamen prévue au paragraphe 1^{er}, les règles prévues aux paragraphes 2 et 3 du présent article sont réputées être applicables de plein droit.

Faits de l'adjudicateur et de l'adjudicataire

Art. 38/11. Les documents du marché prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision des conditions du marché lorsque l'adjudicataire ou l'adjudicateur a subi un retard ou un préjudice suite aux carences, lenteurs ou faits quelconques qui peuvent être imputés à l'autre partie.

La révision visée à l'alinéa 1^{er} peut consister en une ou plusieurs des mesures suivantes:

- 1° la révision des dispositions contractuelles, en ce compris la prolongation ou la réduction des délais d'exécution;
- 2° des dommages et intérêts;
- 3° la résiliation du marché.

Si les documents du marché ne contiennent pas la clause de réexamen prévue à l'alinéa 1^{er}, la règle prévue à l'alinéa 2 est réputée être applicable de plein droit.

Indemnités suite aux suspensions ordonnées par l'adjudicateur et incidents durant la procédure

Art. 38/12. §1^{er}. Les documents du marché prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, précisant que l'adjudicataire a droit à des dommages et intérêts pour les suspensions ordonnées par l'adjudicateur dans les conditions cumulatives suivantes:

- 1° la suspension dépasse au total un vingtième du délai d'exécution et au moins dix jours ouvrables ou quinze jours de calendrier, selon que le délai d'exécution est exprimé en jours ouvrables ou en jours de calendrier;
- 2° la suspension n'est pas due à des conditions météorologiques défavorables;
- 3° la suspension a lieu endéans le délai d'exécution du marché.

Si les documents du marché ne contiennent pas la clause de réexamen prévue à l'alinéa 1^{er}, la règle prévue à l'alinéa précité est réputée être applicable de plein droit.

§2. L'adjudicateur peut prévoir une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, dans laquelle il se réserve le droit de suspendre l'exécution du marché pendant une période donnée, notamment parce qu'il estime que le marché ne peut pas être exécuté sans inconvénient à ce moment-là.

Le cas échéant, le délai d'exécution est prolongé à concurrence du retard occasionné par cette suspension, pour autant que le délai contractuel ne soit pas expiré. Lorsque ce délai est expiré, une remise d'amendes pour retard d'exécution peut être consentie conformément à l'article 50.

Lorsque les prestations sont suspendues sur la base d'une clause de réexamen en application du présent paragraphe, l'adjudicataire est tenu de prendre, à ses frais, toutes les précautions nécessaires pour préserver les prestations déjà exécutées et les matériaux des dégradations pouvant provenir de conditions météorologiques défavorables, de vol ou d'autres actes de malveillance.

Interdiction de ralentir ou d'interrompre l'exécution

Art. 38/13. L'adjudicataire ne peut se prévaloir des discussions en cours concernant l'application d'une des clauses de réexamen telles que visées aux articles 38/9 à 38/12 pour ralentir le rythme d'exécution, interrompre l'exécution du marché ou ne pas reprendre celle-ci, selon le cas.

Conditions d'introduction

Art. 38/14. L'adjudicateur ou l'adjudicataire qui veut se baser sur une des clauses de réexamen telles que visées aux articles 38/9 à 38/12, doit dénoncer les faits ou les circonstances sur lesquels il se base, par écrit dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance.

Art. 38/15. L'adjudicataire ne peut invoquer l'application de l'une des clauses de réexamen prévues aux articles 38/9 à 38/11, que s'il fait connaître de manière succincte à l'adjudicateur l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché. A peine de déchéance, cette information doit être notifiée à l'adjudicateur dans le délai mentionné à l'article 38/14. Ces obligations s'imposent, que les faits

ou circonstances soient ou non connus de l'adjudicateur.

N'est pas recevable la demande de l'adjudicataire qui invoque l'application d'une des clauses de réexamen, telles que visées aux articles 38/9 et 38/11, si cette demande est basée sur des faits ou circonstances dont l'adjudicateur n'a pas été saisi par l'adjudicataire en temps utile et dont il n'a pu en conséquence contrôler la réalité, ni apprécier l'incidence sur le marché afin de prendre les mesures éventuellement exigées par la situation.

En ce qui concerne les ordres écrits de l'adjudicateur, y compris ceux visées à l'article 80, §1^{er}, l'adjudicataire est simplement tenu d'informer l'adjudicateur, aussitôt qu'il a pu ou aurait dû en avoir connaissance, l'influence que ces ordres pourraient avoir sur le déroulement et le coût du marché.

Art. 38/16. L'adjudicataire qui demande l'application d'une des clauses de réexamen telles que visées aux articles 38/8 à 38/9, 38/11 et 38/12 doit, sous peine de déchéance, transmettre par écrit à l'adjudicateur la justification chiffrée de sa demande dans les délais suivants:

1° avant l'expiration des délais contractuels pour obtenir une prolongation des délais d'exécution ou la résiliation du marché;

2° au plus tard nonante jours à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de la réception provisoire du marché, pour obtenir une révision du marché autre que celle visée au 1° ou des dommages et intérêts;

3° au plus tard nonante jours après l'expiration de la période de garantie, pour obtenir une révision du marché autre que celle visée au 1° ou des dommages et intérêts, lorsque ladite demande d'application de la clause de réexamen trouve son origine dans des faits ou circonstances survenus pendant la période de garantie.

Art. 38/17. L'adjudicateur qui demande l'application de la clause de réexamen visée à l'article 38/10, doit le faire au plus tard nonante jours à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de la réception provisoire du marché en vue de la révision du marché.

Vérification des pièces comptables

Art. 38/18. Quand l'adjudicataire demande l'application d'une clause de réexamen contractuelle en vue d'obtenir des dommages et intérêts ou la révision du marché, l'adjudicateur a le droit de faire procéder à la vérification sur place des pièces comptables.

Publication

Art. 38/19. L'adjudicateur qui modifie un marché dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne, en application des articles 38/1 et 38/2, en fait une publication au *Journal officiel* de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications. Cette publication contient les informations reprises à l'annexe 2. Pour ce faire, l'adjudicateur utilise les formulaires standard électroniques développés et mis à disposition par le service public fédéral Stratégie et Appui, élaborés sur la base du règlement d'exécution de la Commission européenne concernant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er} et pour les marchés qui tombent dans le champ d'application de la loi défense et sécurité, les modifications visées à l'alinéa 1^{er} ne doivent pas être publiées au *Journal officiel* de l'Union européenne. ».

Art. 22.

L'article 41, alinéa 2 du même arrêté, est remplacé par ce qui suit:

« L'adjudicateur peut renoncer à tout ou partie des réceptions techniques lorsque l'adjudicataire prouve que les produits ont été contrôlés par un organisme d'évaluation de la conformité lors de leur production, conformément à l'article 55, §1^{er}, de la loi et aux spécifications des documents du marché. ».

Art. 23.

L'article 44, §2, du même arrêté, modifié par l'arrêté royal du 22 mai 2014, est remplacé par ce qui suit:

« §2. Tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres de l'adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par envoi recommandé ou par envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi.

L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense

auprès de l'adjudicateur par envoi recommandé ou par envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi. Cette défense est envoyée dans les quinze jours suivant la date de l'envoi du procès-verbal. Après ce délai, son silence est considéré comme une reconnaissance des faits constatés.

Si l'adjudicateur a été informé, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, que l'adjudicataire ou un sous-traitant dans la chaîne de sous-traitance, à quelque endroit que ce soit ou en quelque mesure que ce soit, a manqué de manière importante à son devoir de payer à temps le salaire auquel les travailleurs ont droit, le délai de défense de quinze jours visé à l'alinéa 2 est ramené à un délai à fixer par l'adjudicateur. Il en va de même lorsque l'adjudicateur constate ou prend connaissance du fait qu'un adjudicataire ou un sous-traitant dans la chaîne de sous-traitance, à quelque endroit que ce soit ou en quelque mesure que ce soit, emploie un ou plusieurs citoyens illégaux de pays tiers. Le délai raccourci ne peut cependant être inférieur à cinq jours ouvrables s'il s'agit d'une défaillance grave au niveau du paiement du salaire et à deux jours ouvrables lorsqu'il s'agit de l'emploi de ressortissants de pays tiers. ».

Art. 24.

Un article 46/1 est inséré, rédigé comme suit:

« Art. 46/1. La taxe sur la valeur ajoutée n'est pas prise en considération dans la base de calcul de la pénalité spéciale ou générale visée à l'article 45, ni dans la base de calcul pour l'amende de retard visée à l'article 46. ».

Art. 25.

À l'article 47, §2, alinéa 1^{er}, du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

a) au 1^o, les mots « est acquise de plein droit au pouvoir adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires » sont remplacés par les mots « est acquise de plein droit à l'adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires, sauf dans le cas visé à l'article 49, alinéa 1^{er}, 1^o »;

b) au 2^o, les mots « en régie » sont remplacés, dans la version française, par les mots « en gestion propre ».

Art. 26.

L'article 48 du même arrêté est remplacé par ce qui suit:

« Art. 48. Sans préjudice de la possibilité de prendre des mesures correctrices telles que visées à l'article 70 de la loi et des sanctions prévues dans le présent arrêté, l'adjudicataire défaillant peut être exclu par l'adjudicateur de la participation à ses marchés pour une période de trois ans, plus particulièrement lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché ou qu'il n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, §1^{er}, alinéa 2, de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité.

L'intéressé est entendu préalablement afin d'exposer ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée.

La décision de suspension doit faire référence au présent article.

La période d'exclusion est de trois ans. Pour le calcul du délai de trois ans, l'article 69, alinéa 2 de la loi s'applique.

La sanction prévue dans la présente disposition s'applique sans préjudice de celles visées par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. La sanction visée par la présente disposition doit être considérée comme une « sanction comparable » au sens de l'article 69, alinéa 2, 7^o de la loi. ».

Art. 27.

L'article 49 du même arrêté est remplacé par ce qui suit:

« Art. 49. Lorsque l'adjudicataire, à l'échéance du délai prévu à l'article 44, §2, pour faire valoir ses moyens de défense, n'a pas présenté de moyens ou a avancé des moyens considérés comme non justifiés par l'adjudicateur, ce dernier prend une ou plusieurs des mesures ci-après lorsqu'il découvre, à quelque moment que ce soit, que l'adjudicataire n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, alinéa 2 de la loi ou

de l'article 10 de la loi défense et sécurité, selon le cas:

1° l'application d'une mesure d'office. En cas de résiliation unilatérale du marché par l'adjudicateur, ce dernier n'acquière pas la totalité du cautionnement à titre de dommages et intérêts ou, à défaut de constitution d'un cautionnement, un montant équivalent;

2° s'il s'agit d'un entrepreneur de travaux, une proposition de sanction en application de l'article 19 de la loi du 21 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux;

3° la décision d'exclusion visée à l'article 48.

Lorsque l'adjudicateur prend une mesure sur la base du présent article, il le communique sans tarder à l'auditeur général de l'Autorité belge de la Concurrence. La communication mentionne une description du marché concerné, une copie des pièces principales et une référence au présent article. ».

Art. 28.

À l'article 50 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° dans le paragraphe 1^{er}, 1°, les mots « à des circonstances visées à l'article 56 » sont remplacés par les mots « aux circonstances visées à l'article 38/9, 1^{er} »;

2° dans le paragraphe 2, les mots « L'article 52 est applicable » sont remplacés par les mots « Les conditions d'introduction visées à l'article 38/15 sont applicables ».

Art. 29.

A l'article 62 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

a) le 1° est remplacé par ce qui suit:

« 1° un des motifs d'exclusion tels que visés aux articles 67 à 69 de la loi, aux articles 61 à 63 de l'arrêté royal secteurs classiques, aux articles 67 et 68 de l'arrêté secteurs spéciaux ou à l'article 63 de l'arrêté royal défense et sécurité, selon le cas, sauf en cas d'application de la législation relative à la continuité des entreprises et sauf en ce qui concerne le motif d'exclusion facultatif concernant les conflits d'intérêts; »;

b) le 5° est abrogé;

c) l'article est complété par trois alinéas rédigés comme suit:

« La possibilité de résiliation visée à l'alinéa 1^{er}, 1°, est également d'application lorsque l'adjudicataire se trouvait dans un cas d'exclusion obligatoire visé à l'article 67 de la loi au moment de l'attribution et aurait donc dû être exclu. Cette possibilité de résiliation ne porte cependant pas préjudice à la possibilité pour l'adjudicataire qui se trouve dans une situation d'exclusion, de prouver que les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité, malgré le motif d'exclusion applicable. Les mesures correctrices peuvent encore être prises par l'adjudicataire dans le courant du délai visé à l'article 44, §2.

L'adjudicataire dispose de la possibilité en ce qui concerne la régularisation des dettes sociales et fiscales, de se mettre encore en règle durant l'exécution à une seule reprise.

Les alinéas 2 et 3 ne sont pas d'application aux marchés tombant dans le champ d'application de la loi défense et sécurité. ».

Art. 30.

Dans le même arrêté, il est inséré un article 62/1, rédigé comme suit:

« Art. 62/1. Sans préjudice de l'application d'une mesure d'office, l'adjudicateur peut résilier le marché dans les cas suivants:

1° lorsque le marché a fait l'objet d'une modification substantielle qui aurait requis une nouvelle procédure de passation sur la base des articles 37 à 38/19;

2° lorsque le marché n'aurait pas dû avoir été attribué à l'adjudicataire en raison d'une infraction importante aux obligations découlant des Traités européens, de la loi et de ses arrêtés d'exécution. Cette infraction doit être établie par la Cour de Justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure conformément à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. ».

Art. 31.

Dans l'article 63 du même arrêté les mots « articles 61 et 62 » sont chaque fois remplacés par les mots « articles 61 à 62/1 ».

Art. 32.

À l'article 67, 1^{er}, du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° dans le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, le 5°, inséré par l'arrêté royal du 7 février 2014, est abrogé;

2° dans le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, modifié par l'arrêté royal du 7 février 2014, les mots « dans les cas visés au 2° à 5° » sont remplacés par les mots « dans les cas visés au 2° à 4° »;

3° le paragraphe 2 est remplacé par ce qui suit:

« §2. Le paiement de l'avance est subordonné à l'introduction par l'adjudicataire d'une demande écrite datée et signée à cet effet.

Le paiement des avances peut être suspendu s'il est constaté que l'adjudicataire ne respecte pas ses obligations contractuelles ou s'il contrevient aux dispositions de l'article 7 de la loi ou de l'article 41 de la loi défense et sécurité, selon le cas.

Le montant déjà payé pour les avances doit être déduit par compensation du montant dû sur la base des acomptes introduits ultérieurement au paiement de ces avances, suivant les modalités prévues dans les documents du marché. ».

Art. 33.

Dans l'article 69 du même arrêté, modifié par l'arrêté royal du 22 mai 2014, il est inséré un paragraphe 3/1 rédigé comme suit:

« §3/1. L'intérêt visé au paragraphe 1^{er} est calculé sur la base de la somme principale en ce compris les taxes applicables, droits, impositions ou coûts tels que mentionnés dans la facture dûment établie ou dans la créance conformément aux articles 95, 127, 141 et 160. Néanmoins, en ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, l'alinéa 2 est d'application.

L'intérêt visé au paragraphe 1^{er} est calculé sur la base du montant visé à l'alinéa 1^{er} à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée. Néanmoins, si l'adjudicateur n'est pas considéré comme une personne de droit public au sens de l'article 6 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, l'intérêt est calculé sur la base du montant visé à l'alinéa 1^{er} en ce compris de la taxe sur la valeur ajoutée. ».

Art. 34.

Dans l'article 70, alinéa 2, 2° du même arrêté, les mots « prévus à l'article 53 » sont remplacés par les mots « prévus à l'article 38/16 ».

Art. 35.

Dans l'article 71 du même arrêté, les mots « Lorsque les divergences constatées » sont remplacées par les mots « Sans préjudice des articles 37 à 38/19, lorsque les divergences constatées ».

Art. 36.

Dans l'article 73 du même arrêté, le paragraphe 1^{er} est remplacé par ce qui suit:

« §1^{er}. Toute action judiciaire de l'adjudicataire, fondée sur des faits ou circonstances visés aux articles 38 /9, 38/11 et 38/12, doit, sous peine de forclusion, avoir été précédée d'une dénonciation et d'une demande établies par écrit dans les délais prévus aux articles 50, 38/15 ou 38/16. ».

Art. 37.

L'article 76, 2, alinéa 2, 2°, du même arrêté, est remplacé comme suit:

« 2° sauf disposition contraire dans les documents du marché, pour les phases ou parties autres que la première d'un même marché; ».

Art. 38.

Dans l'article 78 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° le paragraphe 3, alinéa 2, 7°, est abrogé;

2° le paragraphe 3 est complété par un alinéa, rédigé comme suit:

« Le présent paragraphe n'est pas d'application pour les marchés de travaux dans lesquels le système d'enregistrement de présences ou la méthode d'enregistrement visés à l'article 31 *ter* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail est obligatoire sur le chantier. »;

3° l'article est complété par un paragraphe 3/1, rédigé comme suit:

« §3/1. L'adjudicataire fournit à la première demande de l'adjudicateur des renseignements concernant le salaire horaire, lorsque ceux-ci ne peuvent pas être directement consultés par l'adjudicateur. ».

Art. 39.

Dans le même arrêté, il est inséré un article 78/1, rédigé comme suit:

« Art. 78/1. En ce qui concerne les marchés de travaux passés par un pouvoir adjudicateur, les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et en fonction de la part du marché qu'ils exécutent, doivent satisfaire aux dispositions de la législation organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux. En ce qui concerne les marchés de travaux passés par une entreprise publique, les documents du marché peuvent également imposer cette exigence.

La présente disposition ne déroge pas à la responsabilité de l'adjudicataire à l'égard de l'adjudicateur, visée à l'article 12, §1^{er}. ».

Art. 40.

Dans l'article 82, §2, alinéa 2, du même arrêté, les mots « de toutes les propriétés » sont remplacés par les mots « des propriétés pour lesquelles un résultat négatif était obtenu ».

Art. 41.

l'article 87, §2, alinéa 4, du même arrêté, le 2° est remplacé par ce qui suit:

« 2° les révisions de prix visées à l'article 38/7, §1^{er}; ».

Art. 42.

Dans l'article 122 du même arrêté, les mots « des faits ou circonstances visés aux articles 54 et 56 » sont remplacés par les mots « des circonstances imprévisibles prévues à l'article 38/9 ou font suite aux défaillances qui peuvent être imputées à l'adjudicateur conformément à l'article 38/11 ».

Art. 43.

À l'article 145 du même arrêté, les modifications suivantes sont apportées:

1° au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, les mots « Lorsque, conformément à l'article 8 de la loi ou à » sont remplacés par les mots « Lorsqu'en vertu de l'article 6 de la loi ou de »;

2° au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, les mots « de l'article 8 de la loi ou de l'article 9 de la loi défense et sécurité, selon le cas » sont remplacés par les mots « prises en vertu de l'article 6 de la loi ou de l'article 9 de la loi défense et sécurité ».

Art. 44.

Dans articles 123, §1^{er}, alinéa 3, 124, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 154, alinéa §3 et 155, §1^{er}, alinéa 1^{er}, du même arrêté, les mots « révisions des prix prévues à l'article 20 de l'arrêté royal secteurs classiques, à l'article 20 de l'arrêté royal secteurs spéciaux ou à l'article 21 de l'arrêté royal défense et sécurité, selon le cas » sont à chaque fois remplacés par les mots « révisions de prix visées à l'article 38/7, §2 ».

Art. 45.

Dans le même arrêté, sont insérées les annexes 1 et 2, qui sont jointes en annexes 1 et 2 au présent arrêté.

Art. 46.

Dans le même arrêté, les dispositions suivantes sont abrogées:

- 1° l'article 40;
- 2° la section 8 du chapitre 2, comprenant les articles 52 et 53;
- 3° la section 9 du chapitre 2, comprenant les articles 54 à 60;
- 4° l'article 89;
- 5° la section 2 du chapitre 3, comprenant les articles 96 à 103;
- 6° le chapitre 4, comprenant les articles 104 à 114.

Chapitre 2

Modification de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité

Art. 47.

L'article 21 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité est abrogé.

Chapitre 3

Entrée en vigueur des dispositions de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Art. 48.

La loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services entre en vigueur le 30 juin 2017.

Chapitre 4

Entrée en vigueur et disposition finale

Art. 49.

Le présent arrêté entre en vigueur le 30 juin 2017.

Art. 50.

Le Premier Ministre est chargé de l'exécution du présent arrêté.

Donné à Bruxelles, le 22 juin 2017.

PHILIPPE

Par le Roi:

Le Premier Ministre,

Ch. MICHEL

Annexe 1

Liste des services visés à l'article 38/7, §1^{er}

CODE CPV	Description
71 3 5 1 500	Service d'étude du sol
77 2 1 1 300	Service de défrichage
77 2 1 1 400	Services d'abattage d'arbres
77 2 1 1 500	Services d'élagage
77 3 1 0 000	Réalisation et entretien d'espaces verts
77 3 4 0 000	Élagage des arbres et taille des haies
90 4 6 0 000	Services de vidange de puisards ou de fosses septiques
90 4 7 0 000	Services de curage des égouts
90 5 1 1 300	Services de collecte des déchets sauvages
90 5 1 3 600	Services d'élimination des boues
90 5 1 3 700	Services de transport des boues
90 5 1 3 800	Services de traitement des boues
90 5 1 3 900	Services d'évacuation des boues
90 5 2 2 000	Services concernant les sols contaminés
90 5 2 3 000	Services d'élimination de déchets toxiques, excepté déchets radioactifs et sols contaminés
90 6 1 0 000	Services de voirie et services de balayage des rues
90 6 4 0 000	Services de nettoyage et de vidange des avaloirs
90 6 8 0 000	Services de nettoyage de plages
90 6 9 0 000	Services d'enlèvement des graffitis

Vu pour être annexé à notre arrêté du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

PHILIPPE
Par le Roi:
Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL
Annexe 2

Informations qui doivent figurer dans l'avis de modification visé à l'article 38/19, pour les modifications en application des articles 38/1 et 38/2, concernant un marché dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne

1. Nom, numéro d'identification, adresse, y compris code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse internet de l'adjudicateur et, s'ils sont différents, du service à contacter pour tout complément d'information.

2. Codes CPV.

3. Code NUTS du lieu principal des travaux pour les marchés de travaux ou code NUTS du lieu principal de livraison ou d'exécution pour les marchés de fournitures et de services;

4. Description du marché avant et après modification: nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services.

5. Le cas échéant, augmentation du prix due à la modification.

6. Description des circonstances qui ont rendu la modification nécessaire.

7. Date de la décision d'attribution du marché.

8. Le cas échéant, nom, adresse, y compris le code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse internet du ou des nouveaux adjudicataires.

9. Préciser si le marché est lié à un projet et/ou un programme financé par des fonds de l'Union européenne.

10. Nom et adresse de l'organe de contrôle et de l'instance de recours et, le cas échéant, de l'instance de médiation. Précisions concernant le délai d'introduction des recours ou, le cas échéant, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service à contacter pour tout complément d'information.

11. Date(s) et référence(s) des publications précédentes au Bulletin des adjudications et/ou au *Journal officiel* de l'Union européenne pertinentes pour le ou les marchés concernés par cet avis.

12. Date d'envoi de l'avis.

13. Toute autre information pertinente.

Vu pour être annexé à notre arrêté du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

PHILIPPE
Par le Roi:
Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL