GAM.

CONSEIL D'ETAT - RAAD VAN STATE
LEGISLATION - WETGEVING
L
21-05-1990
Transmis à M.
Overgemaakt aan de H.

L. 19.775/1.

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 23 maart 1990 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen", heeft op 3 mei 1990 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 23 mars 1990, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux", a donné le 3 mai 1990 l'avis suivant :

I. OOGMERK.

Het ontwerp strekt ertoe de richtlijn 89/440/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, in het interne recht om te zetten. Conform artikel 3, 1., van de nieuwe richtlijn, zal het ontwerp op 19 juli 1990 in werking treden (artikel 25).

II. BEVOEGDHEID.

Volgens artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, is de nationale overheid met het oog op de vrijwaring van de economische unie en de monetaire eenheid, bevoegd om de algemene regels vast te stellen inzake de overheidsopdrachten.

De Gewesten kunnen nochtans het door de nationale overheid vastgestelde normatief kader vervolledigen, ook langs normatieve weg, teneinde een beleid te voeren aangepast aan hun behoeften en voor zover er geen strijdigheid is met het normatief kader bepaald door de nationale overheid (memorie van toelichting, Kamer, B.Z. 1988, 516/1, p. 10).

III. RECHTSGROND.

Het ontwerp ontleent rechtsgrond aan het enig artikel van de wet van 20 juli 1973 betreffende de maatregelen tot uitvoering van internationale verdragen en akten inzake overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten gegund door openbare diensten, waarbij de Koning gemachtigd wordt, bij een in Ministerraad overlegd besluit, alle vereiste maatregelen te treffen die voortvloeien uit het Verdrag van Rome en de krachtens dit Verdrag genomen internationale besluiten, welke maatregelen de opheffing of de wijziging van wetsbepalingen kunnen inhouden.

Het ontwerp wijzigt niet alleen de koninklijke besluiten ter uitvoering van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, maar ook die wet zelf, o.a. artikel 17, § 2, dat bepaalt wanneer onderhands kan worden gehandeld (cf. artikel 5 van het ontwerp). Deze wijzigingen echter betreffen alleen de opdrachten die de gestelde drempel bij raming bereiken of overschrijden.

Hetzelfde gebeurde door het koninklijk besluit van 8 december 1988 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen (cf. artikel 4).

IV. ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Inzake overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten kunnen als belangrijkste teksten (ministeriële besluiten buiten beschouwing gelaten) worden vermeld :

- de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

- het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

- het koninklijk besluit van 14 november 1979 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken;

- het koninklijk besluit van 18 mei 1981 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van een promotieovereenkomst van werken en leveringen;

- het koninklijk besluit van 8 december 1988 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen;

- het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen;

- het besproken ontwerp dat het zoëven aangehaalde koninklijk besluit van 22 april 1977 zal opheffen (artikel 24).

Het koninklijk besluit van 8 december 1988 heeft, voor opdrachten van leveringen die de gestelde drempel bereiken, op impliciete wijze de wet van 14 juli 1976 en de koninklijke besluiten van 22 april 1977 en 18 mei 1981 gewijzigd.

Het nieuwe ontwerp grijpt evenzo in, voor de opdrachten van werken die de gestelde drempel bereiken, in de wet van 14 juli 1976, en in de koninklijke besluiten van 22 april 1977, 14 november 1979 en 18 mei 1981. Ook deze wijzigingen gebeuren niet expliciet maar impliciet.

Men zal moeten toegeven dat zodoende de overzichtelijkheid niet optimaal bereikt is onder meer doordat het toepassingsgebied van de regeling die uitvoering geeft aan de Europese richtlijn niet identiek is aan het toepassingsgebied van de wet van 14 juli 1976, terwijl de uitvoeringsbesluiten van die wet van toepassing worden gemaakt op de besturen die onder het toepassingsgebied vallen van de regeling die de richtlijn uitvoert, evenwel slechts in de mate dat die uitvoeringsbesluiten met de Europese regelgeving bestaanbaar zijn, zonder dat die regels uitdrukkelijk worden aangegeven.

Wetgevingstechnisch zou het aangewezen zijn de wijzigingen in de wetgeving en reglementering op expliciete wijze aan te brengen door de desbetreffende artikelen, al naar het geval, te wijzigen, aan te vullen of op te heffen.

Blijkens de verklaringen van de gemachtigde van de Regering zijn er evenwel nog twee richtlijnen in voorbereiding, namelijk die inzake de nu uitgesloten sectoren en die inzake de diensten; de stellers zouden die richtlijnen afwachten om, eens de Europese reglementering volledig is, over te gaan tot de coördinatie van de nationale teksten.

Voor die zienswijze kan begrip opgebracht worden. Maar inmiddels is er een gebrek aan overzichtelijkheid in de teksten én een bron van mogelijke betwistingen over het toepassingsgebied. Deze toestand van rechtsonzekerheid wordt nog in de hand gewerkt door het gebruikte procédé : de nieuwe regeling wordt ingevoerd door middel van een koninklijk besluit gegrond op de voormelde machtigingswet van 20 juli 1973, welke de bevoegdheid van de Koning evenwel beperkt tot de omzetting van de Europese reglementering in het Belgisch recht. Wie of wat niet viel in het toepassingsgebied van de wet van 14 juli 1976 en nu onder het ontwerp valt en daardoor onderworpen wordt aan de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan, zal dat slechts zijn in zoverre het de omzetting van het Europees recht betreft, met andere woorden niet aan de bepalingen ervan die louter "intern recht" zijn.

2. De aanwending van het criterium "geraamd bedrag" (aldus genoemd in de EEG-richtlijn, bijvoorbeeld in artikel 4bis, 1.; in het ontwerp wordt de term "waarde" gebruikt) om een overheidsopdracht van werken onder toepassing van het ontwerp te doen vallen zal eveneens een bron

van betwistingen uitmaken : de prijs waartegen een opdracht toegewezen wordt verschilt bijna altijd van de raming.

Het is denkbaar dat bij de raming de prijs van een werk onderschat wordt : het verschil kan variëren van klein naar groot. De rechter zal dan eventueel dienen te oordelen of de raming op een al dan niet arbitraire wijze is vastgesteld. Bovendien is noch in de richtlijn, noch in het ontwerp een bepaling opgenomen die een onderschatting sanctioneert.

3. De rechter zal eveneens moeten oordelen of de bewuste regels substantieel zijn of niet : noch de richtlijn, noch het ontwerp zijn op dit punt altijd even duidelijk.

4. Ten aanzien van het taalgebruik is er een merkelijk verschil tussen de teksten van het ontwerp en die van de EEG-richtlijn.

In diverse artikelen van het ontwerp worden bepalingen van de richtlijn van 18 juli 1989 overgenomen. In de Franse tekst gaat het om een letterlijke overname, in de Nederlandse tekst meestal niet.

De regel hoort te zijn dat, wanneer er reden is om bepalingen van de richtlijn over te nemen, dit zowel in de Franse als in de Nederlandse tekst om een letterlijke overname dient te gaan, tenzij het nationale taalgebruik inzonderheid op het stuk van de gebruikte terminologie

mettertijd zo is gevestigd dat het aanwenden van een andere, in de richtlijn gebruikte terminologie, tot rechtsonzekerheid zou leiden. In geen geval mag het gebruiken van een nationaal gevestigde terminologie erin resulteren dat omtrent een juiste uitvoering van de richtlijn twijfels kunnen rijzen. Te gelegener tijd worden verder in dit advies bij het onderzoek van de artikelen dienomtrent tekstopmerkingen gemaakt, het weze niet exhaustief.

Het aanleunen bij de in de richtlijn aangewende terminologie klemt des te meer daar - ofschoon aan de Lid-Staten geen eenvormige wet wordt opgelegd - de in het vooruitzicht gestelde Europese eenheidsmarkt vanzelfsprekend erbij gebaat is dat zo inhoudelijk als op het terminologische vlak, de onderscheiden wetgevingen zich zo min mogelijk van elkaar onderscheiden.

V. BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Opschrift.

Men schrijve in het opschrift dat de tekst van het ontwerp zelf voorafgaat :

"... inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken ...".

Aanhef.

De derde aanhefverwijzing vervolledige men met de vermelding van het wijzigend besluit van 19 maart 1990.

De verwijzing naar het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschappen kan worden weggelaten.

In de vijfde aanhefverwijzing schrijve men :

"Gelet op de richtlijn 71/304/EEG ... voor de uitvoering van werken ...".

Men stelle de zesde aanhefverwijzing als volgt :

"Gelet op de richtlijn 71/305/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, gewijzigd bij de richtlijn 89/440/EEG van 18 juli 1989;".

Artikel 1.

In paragraaf 1, eerste lid, schrijve men :

"... artikel 4bis, 2., van de richtlijn 71/305/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het

Artikel 4bis, 1., van de meerbedoelde richtlijn luidt onder meer als volgt :

> "... werken waarvan het geraamd bedrag, exclusief B.T.W., gelijk is aan of meer bedraagt dan ...".

Het ontwerp rept niet over de B.T.W. en hanteert de term "waarde" in plaats van "geraamd bedrag".

Het is zonder meer duidelijk dat de begrippen "geraamd bedrag" en "waarde" niet identiek zijn.

Het een en het ander wordt in het ontwerp best in overeenstemming gebracht met de bewoordingen van de richtlijn.

Het tweede lid van paragraaf 1 geeft onder meer een definitie van het begrip "overheidsopdrachten". In de huidige wetgeving en reglementering is er geen uitgebreide definitie van dat begrip voorhanden :

- artikel 1, § 1, van de wet van 14 juli 1976 bepaalt dat de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in naam van de Staat en van elk ander publiekrechtelijk persoon, worden gegund na mededinging en op een forfaitaire grondslag, volgens de wijzen bepaald in deze wet;

- artikel 1, 1°, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 definieert opdracht als "een contract betreffende de aanneming van werken, leveringen of diensten";

- artikel 5 van de wet van 14 juli 1976 bepaalt dat geen overheidsopdracht bij wege van een promotieovereenkomst of van een concessieovereenkomst mag worden gegund dan in de voorwaarden vastgesteld bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit;

- artikel 1, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 november 1979 definieert het begrip concessieovereenkomst als volgt :

> "Voor de toepassing van dit besluit is een concessieovereenkomst van bouwwerken, de schriftelijke overeenkomst waarbij een rechtspersoon van publiek recht of enig ander in artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten vermeld persoon, hierna genoemd het bestuur, aan een natuurlijke of rechtspersoon van privaat recht, hierna genoemd de concessiehouder, de exploitatie gunt van de bouwwerken die de concessiehouder zich verbindt op te richten" (1).

- artikel 1, 1°, van het koninklijk besluit van 18 mei 1981 definieert het begrip promotieovereenkomst als volgt :

---

(1) Deze definitie zal worden vervangen, zoals mag blijken uit een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het genoemde koninklijk besluit van 14 november 1979 waarover de Raad van State, afdeling wetgeving, samen met dit ontwerp om advies is gevraagd.

"de schriftelijke overeenkomst waarbij een publiekrechtelijk persoon of enig ander in artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten vermeld persoon, hierna het bestuur genoemd, aan een natuurlijke of rechtspersoon van privaat recht tegelijk de financiering en de uitvoering van werken of leveringen gunt, al dan niet gepaard gaande met een opdracht van concipiëren en studie;".

De definitie van "overheidsopdracht" in het ontwerp is overgenomen van de richtlijn 89/440/EEG (cf. artikel 1, a)). In de overwegingen daarvan wordt gesteld dat "het dienstig is het begrip overheidsopdracht voor de uitvoering van werken beter te omschrijven, met name om daarbij rekening te houden met de nieuwe vormen van overeenkomsten voor de gunning van opdrachten en criteria op te stellen ...".

Dat artikel 1, a), in fine, van de richtlijn luidt :

"... het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet".

In het verslag aan de Koning bij het ontwerp (pp. 5-6) wordt vermeld :

"Artikel 1, § 1, tweede lid, omvat de omschrijving van de bedoelde opdrachten tevens (lees : alsmede van) de overeenkomsten die als onderwerp hebben het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door het bestuur vastgestelde eisen voldoet.

Deze zeer ruime bepaling werd in de richtlijn vastgesteld teneinde, naast de promotieovereenkomsten in de zin van het koninklijk besluit van 18 mei 1981, tevens alle andere verrichtingen te vatten waardoor iemand zich er toe verbindt een werk uit te voeren volgens de wensen van het bestuur. In dit opzicht ontsnappen verder nog enkel aan het toepassingsgebied van deze tekst, de aankoop of het huren door het bestuur van reeds bestaande werken die niet opgericht werden met het doel te voorzien in een door het bestuur bij voorbaat vastgestelde behoefte".

Uit die toelichting moet redelijkerwijs worden afgeleid dat het ontworpen besluit van toepassing is bijvoorbeeld op de aankoop of huur door het bestuur van reeds bestaande werken, die opgericht werden met het doel te voorzien in een door het bestuur bij voorbaat vastgestelde behoefte, terwijl die aankoop of huur niet valt onder het toepassingsgebied van de wet van 14 juli 1976.

Dienomtrent leest men in de rechtsleer :

"Compte tenu de l'intention déclarée par la Commission (assujettir les "nouvelles formes contractuelles de marchés"), on ne peut interpréter les mots "faire réaliser" que comme visant les formules - toutes les formules - autres que celles faisant appel directement à des entrepreneurs proprement dits ou à des entrepreneurs concepteurs, c'est-à-dire des formules faisant intervenir comme cocontractant une personne (un promoteur, un manager, un organisateur ?) ou une institution (un financier ?) servant de relais

et assumant l'obligation (de résultat) de "mettre à la disposition" du pouvoir adjudicateur un ouvrage répondant aux besoins que celui-ci aura probablement précisés" (1).

Hieruit blijkt dat het in het ontwerp gehanteerde begrip "overheidsopdrachten" ruimer is dan tot hiertoe het geval was : bepaalde juridische constructies die tot hiertoe niet als een overheidsopdracht werden beschouwd, worden dat nu wel. Hierdoor ontstaat een probleem.

In artikel 1, § 1, tweede lid, van het ontwerp, wordt gepreciseerd dat de aldaar gegeven definitie geldt "in de zin van dit besluit".

Artikel 1, § 3, bepaalt dat de opdrachten bedoeld in paragraaf 1 (en paragraaf 2) onderworpen zijn aan de aldaar vermelde koninklijke besluiten, althans voor zover het ontworpen besluit er niet van afwijkt.

Die opdrachten, in zoverre de definitie ervan door het ontwerp wordt uitgebreid zoals hierboven geschetst - daarbij rekening gehouden met de gestelde drempel - worden evenwel door het ontwerp niet expliciet onderworpen aan de wet van 14 juli 1976 zelf waarvan de vermelde koninklijke besluiten de uitvoering zijn.

---

(1) "Enfin l'Europe des marchés publics" door M.A. Flamme en P. Flamme in L'actualité juridique (droit adm.), 20 november 1989, p. 655.

Moet in die omstandigheden het begrip overheidsopdrachten in de wet van 14 juli 1976 voortaan ook begrepen worden in die ruimere betekenis, afkomstig van de richtlijn, ongeacht de drempel ?

De gemachtigden van de Regering konden hierover geen uitsluitsel geven.

Rekening gehouden met artikel 4bis, 1., van de richtlijn (de drempel van 5 000 000 ecu), met artikel 1, § 1, eerste lid, van het ontwerp (de drempel van 217 miljoen frank) en met het tweede lid van laatstgenoemd artikel (definitie van de overheidsopdrachten "in de zin van dit besluit"), mag worden aangenomen dat die ruimere definitie impliciet ook geldt voor de wet van 14 juli 1976, althans voor zover het geraamde bedrag van de werken de gestelde drempel bereikt.

Voor de opdrachten beneden die drempel geldt die uitbreiding evenwel niet : zij vallen niet onder de richtlijn, dus evenmin onder de wet van 20 juli 1973 betreffende de maatregelen ter uitvoering van de internationale verdragen en besluiten inzake overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, en de uitvoeringsbesluiten ervan. Om de ruimere definitie tot die opdrachten uit te breiden is dus een wet vereist.

+

Het is aangewezen de twee definities in paragraaf 1, tweede lid, beter te doen uitkomen, bijvoorbeeld als volgt :

"In de zin van dit besluit wordt verstaan onder :

a) overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken : ...;

b) bouwwerk : ...".

In de richtlijn (artikel 1, a) en c)) wordt onder "werk" (tegenhanger van "bouwwerk" in het ontwerp) verstaan, "het produkt van bouw dan wel wegenbouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".

Men zal vaststellen dat in de ontworpen Nederlandse tekst "wegenbouwkundige werken in hun geheel" is weggelaten, terwijl in de Franse versie "ou de génie civil" wel is overgenomen.

Gelet op het belang van het begrip "bouwwerken" waaraan in het verslag aan de Koning een volledige bladzijde is gewijd, is het alleszins noodzakelijk de beide versies met elkaar in overeenstemming te brengen.

+

Voor het overige late men het derde lid van paragraaf 1 typografisch onmiddellijk volgen op het eerste lid, waarbij het logischerwijze aansluit.

+

In paragraaf 2 schrijve men : "... in de zin van het koninklijk besluit van 14 november 1979 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken, gegund ...".

In paragraaf 3 schrijve men : "... eveneens aan de bepalingen van bovenvermeld koninklijk besluit van 14 november 1979".

Artikel 3.

In paragraaf 1 wordt bepaald welke rechtspersonen als "aanbestedende diensten" dienen beschouwd te worden in het Belgisch recht, zulks in overeenstemming met de richtlijn 89/440/EEG (artikel 1, b)). In de opsomming make men volledigheidshalve nog melding van de Brusselse agglomeratie.

Paragraaf 2 omschrijft het begrip "publiekrechtelijke instelling" en neemt daarbij de bewoordingen van de richtlijn nagenoeg volledig over.

Drie voorwaarden zijn samen te vervullen :

- bij de eerste kunnen vragen rijzen ten aanzien van bepaalde instellingen;

- bij de derde voorwaarde zou men duidelijkheidshalve, naar het voorbeeld van de richtlijn, de drie mogelijkheden netjes gescheiden dienen te houden door elk van de drie hypotheses in te leiden met het woord "hetzij".

Ten opzichte van de eerste mogelijkheid van die derde voorwaarde, namelijk "(iedere instelling ...) waarvan de werkzaamheden in hoofdzaak door de Staat (lees : de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten), de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd", rijst de vraag naar de betekenis van "in hoofdzaak".

Betekent dit voor 51 % of meer ? En op welke manier moet dit worden vastgesteld ? Is het dekken van het jaarlijkse deficit ook in dat criterium begrepen ?

Het opnemen in bijlage van het ontworpen besluit van een lijst van deze instellingen (cf. paragraaf 1, laatste gedachtenstreepje), kan blijkbaar geen sluitende oplossing bieden, vermits die lijst slechts het resultaat kan zijn van de toepassing van paragraaf 2 en derhalve slechts een exemplatief karakter heeft.

Nog in verband met dat criterium is aan de Raad van State meegedeeld dat ter zake de tussenkomsten van de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten enz. moeten samenge-

teld worden, wat best in de tekst van het ontwerp wordt gepreciseerd.

\+

\+ +

Zowel uit het bepaalde in paragraaf 1, vierde streepje, als uit het verslag aan de Koning blijkt dat de lijst van de publiekrechtelijke instellingen - die overigens niet aan de Raad van State is meegedeeld - niet beperkend is, met andere woorden instellingen niet voorkomend op de lijst doch die wel beantwoorden aan de definitie, zijn onderworpen aan de bepalingen van het besluit.

Een probleem is het mogelijk fluctueren van de situatie van een instelling, vooral met betrekking tot het derde gedeelte van de definitie (paragraaf 2, derde streepje).

Zo kan een op de lijst voorkomende instelling immers op een bepaald tijdstip voldoen aan de criteria, doch later niet meer : artikel 30ter van de richtlijn voorziet dan in een procedure van wijziging, maar de vraag rijst welk tijdstip bepalend is voor het niet meer onderworpen zijn, te weten het niet meer voldoen aan de criteria of de aanpassing van de lijst.

Op dit stuk zou in het verslag aan de Koning best enige verduidelijking worden gegeven.

\+

\+ +

Gelet op het bepaalde in artikel 1, § 1, tweede lid, en § 3, vallen de overheidsopdrachten gegund door de onderworpen instellingen tevens onder de koninklijke besluiten opgesomd in artikel 1, § 3, genomen ter uitvoering van de wet van 14 juli 1976.

Artikel 1, § 2, van die wet bepaalt :

"Deze wet is eveneens van toepassing op :

1° de universitaire instellingen, die geheel of gedeeltelijk door de Staat worden gesubsidieerd;

2° de rechtspersonen waarin de overheid een overwegend belang heeft en waarvan de lijst wordt vastgesteld door de Koning".

De Koning heeft die lijst tot op heden niet vastgesteld zodat artikel 1, § 2, 2°, van de wet buiten toepassing is gebleven : "Alleen de rechtspersonen die voorkomen op de door de Koning vastgestelde lijst zullen aan de wet onderworpen worden. De wet is niet automatisch op hen van toepassing" (Gedr. St., Kamer, 1975-76, 903/4, Commissieverslag, p. 9).

Nu is een instelling, die voldoet aan de criteria vermeld in artikel 3, § 2, van het ontwerp, onderworpen aan de bepalingen ervan en aan de wet van 14 juli 1976, althans wat een opdracht betreft die de gestelde drempel bereikt.

Onder die categorie van instellingen kunnen rechtspersonen voorkomen "waarin de overheid een overwegend

belang heeft", als bedoeld in voormeld artikel 1, § 2, 2°, van de wet van 14 juli 1976.

Van het geraamde bedrag van een opdracht zal het dus afhangen of een dergelijke instelling langs het ontworpen besluit om, onder de toepassing van de wet komt, althans wat de bewuste opdracht betreft.

Bijaldien het in de bedoeling van de stellers van het ontwerp zou liggen een enige lijst te doen gelden zowel voor de toepassing van artikel 3, § 1, in fine, van het ontwerp-besluit als ten opzichte van artikel 1, § 2, 2°, van de aangehaalde wet van 14 juli 1976, zou kunnen overwogen worden een bepaling in die zin in het ontwerp op te nemen.

Tenslotte, en nog steeds met betrekking tot die lijst, schrijve men in paragraaf 1, vierde streepje : "... inzonderheid die opgesomd in bijlage 2 bij dit besluit".

\+

\+ \+

Paragraaf 3 somt de overheidsopdrachten op waarop het ontwerp niet van toepassing zal zijn.

In het 2° van de Nederlandse tekst is, zoals in de richtlijn, sprake van "de aanbestedende diensten", wat in de Franse versie "les administrations" wordt in plaats van,

zoals in de richtlijn, "les pouvoirs adjudicateurs". Deze opmerking geldt ook met betrekking tot het bepaalde in 3°.

In 4°, a), is de Franse tekst van de richtlijn correct en volledig overgenomen; afgezet tegen de richtlijn is de Nederlandse versie echter aan herziening toe.

In 4°, b), wordt "conclu en relation avec" in het Nederlands "in verband met" waar de richtlijn luidt "gesloten in samenhang met".

Artikel 4.

Dit artikel is de uitvoering van artikel 1bis van de richtlijn : "De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen opdat de aanbestedende diensten de bepalingen van deze richtlijn naleven of doen naleven ...".

Evenwel rijst de vraag of door te bepalen dat de besturen "verplicht zijn de bepalingen van dit besluit door ieder privaatrechtelijke persoon te doen eerbiedigen ...", de richtlijn op een adequate wijze wordt omgezet.

Het verslag aan de Koning (p. 10) vermeldt :

> "Hieruit vloeit voort dat de besturen die dergelijke subsidies toekennen, er nauwlettend moeten op toezien dat de naleving van de mededingingsregels op Europees niveau voor de uitvoering van werken als voorwaarde voor de toekenning van deze subsidies wordt gesteld".

Deze bedoeling staat niet met zoveel woorden in de tekst van het artikel.

De goede uitvoering van artikel 1bis, 1., van de richtlijn zou erbij gebaat zijn indien men de bewuste verplichting rechtstreeks aan de bedoelde privaatrechtelijke personen zou opleggen.

\+

\+ \+

Luidens de ontwerp-tekst zijn de besturen verplicht enkel de bepalingen "van dit besluit" door de bedoelde privaatrechtelijke personen te doen eerbiedigen. Noch de wet van 14 juli 1976, noch de uitvoeringsbesluiten ervan zijn dus van toepassing : artikel 1, § 3, van het ontwerp geldt niet aangezien het overeenkomsten betreft gesloten tussen een privaatrechtelijk persoon en een aannemer, welke overeenkomsten niet beantwoorden aan de definitie van overheidsopdrachten in de zin van artikel 1, § 1, tweede lid, van het ontwerp.

In dit verband mag de aandacht worden gevestigd op artikel 1, § 3, van de wet van 14 juli 1976, luidend als volgt :

"De Koning kan deze wet bij een in Ministerraad overlegd besluit van toepassing maken op de opdrachten

voor aanneming van werken, leveringen en diensten gegund door privaatrechtelijke personen die hiertoe toelagen genieten van de openbare besturen".

Deze bepaling wordt in de parlementaire voorbereiding toegelicht als volgt :

"De oorspronkelijke tekst van artikel 1, § 3, verleende aan de Koning de bevoegdheid om de wet op de overheidsopdrachten toepasselijk te maken op de privaatrechtelijke personen die belast zijn met het beheer van een overheidsdienst. De Senaat heeft die tekst gewijzigd en met name bepaald dat het om privaatrechtelijke personen moet gaan "die hiertoe toelagen genieten van de openbare besturen".

...

De Staatssecretaris voor Begroting herinnert eraan dat de Senaat de voorkeur heeft gegeven aan het begrip "gesubsidieerd privaatrechtelijk persoon" boven "privaatrechtelijk persoon belast met het beheer van een overheidsdienst", omdat hij meende dat men de toepassing van de wet niet aan privaatrechtelijke personen kan opleggen voor opdrachten die niet zouden gesubsidieerd worden door de overheid.

Samenvattend kwam het er voor de Senaat op aan de wet te doen toepassen zodra de overheid toelagen verleent, ongeacht of het gesubsidieerde lichaam al dan niet een overheidsdienst beheert.

Tenslotte doelt het bepaalde in § 3 niet op contracten welke de bedrijven, die overheidssteun krijgen bij toepassing van de wetgeving inzake economische expansie, voornemens zijn te sluiten" (Gedr. St., Kamer, 1975-76, 903/4, Commissieverslag, p. 4-5).

De Koning heeft die bepaling tot dusverre niet uitgevoerd, maar het huidige ontwerp kan daartoe een gelegenheid zijn.

Indien op de bedoelde opdrachten alleen de bepalingen van het ontwerp van toepassing zijn, leidt dit tot onder meer de hierna volgende consequenties :

- de regels inzake bekendmaking en deelneming, de technische regels en de regels van bekendmaking na de gunning zijn van toepassing;

- zijn daarentegen niet van toepassing, de bepalingen van de wet van 14 juli 1976, die niet zijn overgenomen in het ontwerp, noch de bepalingen van het koninklijk besluit van 22 april 1977, zoals bv. die inzake prijzen en prijzencontrole, betalingsmodaliteiten, opmaken van de inschrijving, de indiening ervan, de keuze van de aannemer, enz. Met andere woorden, de privaatrechtelijke persoon zal onder meer op discretionaire wijze het al of niet regelmatig karakter van een inschrijving mogen beoordelen en dus een inschrijving kunnen aanvaarden die krachtens voormeld koninklijk besluit onregelmatig is.

Die toestand kan worden verholpen door de eerste volzin van artikel 4 te wijzigen als volgt :

"De wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de uitvoeringsbesluiten ervan en de bepalingen van dit besluit zijn van toepassing op de door privaatrechtelijke

.../...

personen gegunde opdrachten voor aanneming van werken welke de besturen bedoeld in artikel 3, § 1, rechtstreeks voor meer dan 50 % subsidiëren en waarvan de waarde gelijk is aan of hoger ligt dan het bedrag vermeld in artikel 1. Deze werken ...".

Het woord "opdrachtgevende" dient in ieder geval te worden geschrapt.

In de Franse tekst verdient het aanbeveling te schrijven : "... de la nomenclature établie à l'annexe 1 ou porter ...".

Artikel 5.

Rekening gehouden met de terminologie van artikel 9 van de wet van 14 juli 1976 wijzige men de Nederlandse tekst van paragraaf 1 als volgt : "... bij aanbesteding of door offerteaanvraag".

De inleidende zin van paragraaf 2 redigere men als volgt :

"Met naleving van de bekendmakingsvoorschriften bepaald in artikel 7 kunnen deze overheidsopdrachten in de volgende gevallen volgens de onderhandse procedure, ook onderhandelingsprocedure genoemd, gegund worden : ...".

.../...

De Nederlandse tekst van paragraaf 2, 2°, dient dichter bij die van de richtlijn aan te sluiten. Hetzelfde geldt met betrekking tot het 3°.

Ook in paragraaf 3 zou de Nederlandse tekst meer moeten afgestemd worden op die van de richtlijn. Men vervange, in elk geval, in 1° "overgemaakt" door "voorgelegd" alsmede, in 2°, "wanneer" door "voor", "kunnen" door "kan".

Artikel 6.

Dit artikel verplicht de besturen de wezenlijke eigenschappen van de voorgenomen werken aan te kondigen in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen. Vraag is of deze verplichting ook geldt voor de privaatrechtelijke personen bedoeld in artikel 4 van het ontwerp. Indien dit de bedoeling is, dan moet de tekst dienovereenkomstig worden aangevuld.

Artikel 7.

Paragraaf 2, eerste lid, stelt dat "de termijn voor de ontvangst van de offertes niet minder dan 52 dagen (mag) bedragen" terwijl de richtlijn, althans in de Nederlandse tekst, in artikel 13, 1., gewag maakt van "de termijn voor inzending van de aanbiedingen ...". De Franse tekst van de richtlijn, waarop het ontwerp is afgestemd, lijkt de juiste te zijn. Bij het ontwerp is dus geen opmerking te maken.

In paragraaf 3, tweede lid, 3°, schrijve men :

"... hetzij ter staving van controleerbare verklaringen verstrekt door de gegadigde, ...".

Rekening houdend met de toelichting van de gemachtigde van de Regering, schrijve men in paragraaf 4, vierde lid, in fine :

"... vóór het verstrijken van de termijn vermeld in 1° hierboven".

Paragraaf 5 zou duidelijker zijn indien men hem op dezelfde wijze formuleert als artikel 6, § 5, van het koninklijk besluit van 8 december 1988 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese gemeenschappen.

Artikel 8.

In paragraaf 1, 2°, schrijve men "de wijze van gunning".

Paragraaf 1, 11°, in fine, vulle men aan als volgt : "... in de hierna volgende artikelen 12 en 13;".

.../...

Artikel 10.

Dit artikel herneemt de tekst van artikel 6 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen, een bepaling waarvoor artikel 23 van de richtlijn 71/305/EEG van 26 juli 1971 model heeft gestaan.

Die tekst is praktisch ongewijzigd in dit ontwerp overgenomen, op enkele wijzigingen naar taal en vorm na.

Aangezien op dit ogenblik werk wordt gemaakt van de vervanging van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers, wordt voorgesteld de inleidende zin te redigeren als volgt :

"Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van de aannemers, ...".

Deze opmerking is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot de artikelen 12 en 13.

In 1° schrijve men : "... wiens werkzaamheden hebben opgehouden of die een gerechtelijk akkoord heeft bekomen of die in een soortgelijke toestand verkeert als gevolg van een gelijkaardige procedure die in een EEG-Lid-Staat gelding heeft;".

Het bepaalde in 2° zal dienovereenkomstig moeten worden aangepast.

.../...

Nog in 2° wordt gehandeld over de aannemer "wiens faillissement is aangevraagd". Een dergelijke aanvraag kan door een crediteur op lichtzinnige wijze zijn ingediend. Vraag is of deze regel van de richtlijn niet op een meer aangepaste manier moet worden overgenomen.

Wat het bepaalde in 3° betreft, kan het nuttig zijn in het verslag aan de Koning te refereren aan de opsomming van de misdrijven tegen de openbare trouw voorkomende in het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan de gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen.

Het 5° handelt over het in orde zijn met de bijdragen aan de sociale zekerheid. De Regering zal moeten nagaan of hier niet expliciet moet worden verwezen naar de wetgeving met betrekking tot het bestrijden van de koppelbazen.

Het 6° late men eindigen als volgt :

"... overeenkomstig de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is".

In de om te zetten richtlijn is die laatste zinsnede niet opgenomen. In artikel 9, 6°, van voormeld koninklijk besluit van 8 december 1988 (leveringen) daarentegen wel, en dit conform de richtlijn 77/62/EEG van 21 december 1976 (artikel 20, 1., f). Klaarblijkelijk is in

de richtlijn 71/305/EEG die zinsnede per vergissing weggevallen.

De voorgestelde toevoeging is nodig om een ongelijkheid in behandeling van Belgische aannemers ten aanzien van buitenlandse collega's te voorkomen.

Die vervollediging ligt trouwens in de lijn van het bepaalde in het tweede lid, tweede streepje, betreffende de door de aannemer voor te leggen bewijsstukken.

Artikel 11.

Deze tekst is inhoudelijk dezelfde als de bepaling van artikel 7 van het op te heffen koninklijk besluit van 22 april 1977.

Artikel 12.

Men vervange in 2° "overzichten" door "balansen".

Het is niet duidelijk waarom de in de richtlijn opgenomen beperking, te weten "indien de vennootschapswetgeving van het land waar de aannemer is gevestigd publikatie van balansen voorschrijft", niet is overgenomen in het ontwerp.

In 3°, Nederlandse tekst, schrijve men :

.../...

"... de totale omzet en de omzet in werken van de onderneming ..."

Artikel 13.

In 4° schrijve men : "... jaarlijkse personeelsbezetting ...".

Artikel 14.

Dit artikel beoogt de omzetting van artikel 5bis van de richtlijn.

De inleidende zin van paragraaf 1 "Bij de beperkte aanbesteding, de beperkte offerteaanvraag en de onderhandse procedure bedoeld in artikel 5, § 2," wekt de indruk dat deze paragraaf enkel van toepassing is op de niet-openbare gunningsprocedures, terwijl in artikel 5bis, 1., van de richtlijn een dergelijke beperking niet voorkomt.

Volgens de gemachtigde ambtenaar is het niet de bedoeling te beperken : dit zou moeten blijken uit de tweede zin van de paragraaf die geldt voor alle procedures. Voorts moet worden vastgesteld dat de ontworpen tekst niet rept over een termijn binnen welke de verzoeken tot informatie moeten worden ingediend.

Onder dit laatste voorbehoud wordt de hierna volgende tekst voorgesteld :

"Het bestuur is verplicht aan elke inschrijver van wie de inschrijving of de offerte niet in aanmerking werd genomen, binnen 15 dagen na ontvangst van het verzoek tot informatie de redenen mede te delen van die verwerping alsmede de naam van de aannemer aan wie de opdracht werd gegund.

Bij de beperkte aanbesteding, de beperkte offerte-aanvraag en de onderhandse procedure bedoeld in artikel 5, § 2, is het bestuur verplicht aan iedere afgewezen gegadigde binnen 15 dagen na ontvangst van het verzoek tot informatie, de redenen mede te delen van de verwerping van zijn aanbod".

Rekening houdend met de terminologie van artikel 15, § 1, van de wet van 14 juli 1976, schrijve men in paragraaf 2 "te herbeginnen" in plaats van "te hernemen".

Met betrekking tot deze paragraaf 2 vermeldt het verslag aan de Koning (p. 20 in fine) :

> "Daarentegen wordt artikel 37, § 3, (van het koninklijk besluit van 22 april 1977) vervangen door artikel 14, § 2, van dit ontwerp, dat een ruimere voorlichting vanwege het bestuur als verplichting stelt".

Dat artikel 37, § 3, bepaalt :

> "Indien wordt beslist geen gevolg te geven aan de aanbesteding wordt dit ter kennis gebracht van de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend".

Dat is dus een verplichting voor het bestuur ten opzichte van de laagste regelmatige inschrijver bij openbare of beperkte aanbesteding.

Artikel 14, § 2, van het ontwerp breidt weliswaar deze verplichting uit ten opzichte van al de gegadigden of inschrijvers, op voorwaarde evenwel dat zij erom vragen. De verruiming van die voorlichtingsplicht gaat dus gepaard met een beperking ervan - er moet een vraag zijn - die, rekening gehouden met de betrokken categorie van rechtsonderhorigen, kan worden gebillijkt. Het is onjuist aan te voeren dat artikel 14, § 2, van het ontwerp noodzakelijkerwijs artikel 37, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 vervangt.

In paragraaf 3, 5° schrijve men "zoals bedoeld in artikel 5, §§ 2 en 3 ...".

Artikel 15.

In paragraaf 1 schrijve men : "Onverminderd de verplichte nationale ..." en "nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, of ...".

In paragraaf 2 wordt de definitie van enkele technische gegevens - voorwerp van bijlage III bij de richtlijn - overgenomen, op tekstuele manier in de Franse tekst, afwijkend in de Nederlandse : deze laatste is dus aan een grondige herziening toe.

Hetzelfde geldt met betrekking tot paragrafen 3, 4 en 5.

In paragraaf 5, 1°, citere men het juiste opschrift van de richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988, dat luidt als volgt :

"... betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde produkten".

De tekst die volgt op het 3° van paragraaf 5 moet typografisch zo worden herschikt dat hij niet als een apart lid kan worden gelezen, maar als onderdeel van het 3°. In ii) van die tekst, Nederlandse versie schrijve men :

"de andere nationale normen en technische goedkeuringen ...".

Artikel 21.

Men passe paragraaf 2, eerste en tweede lid, aan als volgt :

"In de zin van dit artikel worden niet als derden beschouwd ondernemingen die ... alsmede ondernemingen die gelieerd zijn ...".

"Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder gelieerde onderneming ...".

.../...

Men schrijve : "De overheersende invloed wordt vermoed ...".

Met het oog op de overeenstemming van de Nederlandse en de Franse tekst, schrijve men in het tweede lid, derde streepje, Nederlandse versie :

"... de leden van het bestuurs-, leidinggevend en toezichthoudend orgaan ..." zoals dit ten andere voorkomt op nog andere plaatsen van het ontwerp en ook in de richtlijn.

Te noteren dat het begrip "gelieerde onderneming" zowel in de richtlijn als in het ontwerp op een eigen specifieke manier omschreven wordt.

Dit brengt mede dat andere omschrijvingen, zij mogen dan nog meer algemeen voorkomen, ter zake overheidsopdrachten van werken als bedoeld in het ontwerp-besluit, niet in aanmerking mogen worden genomen, zelfs indien de bedoelde onderneming onder die andere definities kan of zal vallen voor de toepassing van andere rechtsregels. Men denke ondermeer aan de wetgeving op de jaarrekeningen, inzonderheid aan de reglementering op de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen in het koninklijk besluit van 6 maart 1990 (Belgisch Staatsblad van 27 maart 1990), genomen onder andere ter omzetting van de zevende richtlijn van 13 juni 1983 betreffende de geconsolideerde rekeningen (83/349/EEG) (zie b.v. artikelen 2 en 3 van het zoëven vermelde koninklijk besluit). Het euvel is evenwel van EEG-origine.

.../...

Tenslotte zou het woord "beperkende" in het laatste lid van paragraaf 2 van artikel 21 moeten vervangen worden door "volledige" zoals in de richtlijn.

Artikel 24.

Men schrijve :

"Het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen, ...".

Logischerwijze moet daarenboven artikel 1 van het ministerieel besluit van 21 december 1989 waarbij het toepassingsgebied van voornoemd koninklijk besluit van 22 april 1977 beperkt wordt tot werken waarvan de raming gelijk is aan of hoger is dan 43 000 000 frank, expliciet worden opgeheven.

Artikel 25.

Men vervange "reglementaire bepalingen" door "wets- en reglementsbepalingen".

I. OBJET.

L'arrêté en projet a pour objet de transposer, en droit interne, la directive 89/440/CEE du Conseil des Communautés européennes du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. Conformément à l'article 3, 1., de la nouvelle directive, l'arrêté en projet entrera en vigueur le 19 juillet 1990 (article 25).

II. COMPETENCE.

Aux termes de l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, l'autorité nationale est compétente pour fixer les règles générales en matière de marchés publics, ceci en vue de sauvegarder l'union économique et l'union monétaire.

Toutefois, les Régions peuvent compléter le cadre normatif déterminé par l'autorité nationale, y compris par voie normative, afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale (exposé des motifs, Chambre, S.E. 1988, 516/1, p. 10).

III. FONDEMENT LEGAL.

L'arrêté en projet tient son fondement légal de l'article unique de la loi du 20 juillet 1973 relative aux

mesures d'exécution des traités et actes internationaux en matière de marchés de travaux, de fournitures et de services passés par les services publics, en vertu duquel il est au pouvoir du Roi, de prendre, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, toute mesure nécessaire résultant du Traité de Rome et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci, ces mesures pouvant comprendre l'abrogation ou la modification de dispositions légales.

Le projet modifie non seulement les arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, mais également la loi elle-même, notamment l'article 17, § 2, qui détermine les cas dans lesquels il peut être traité de gré à gré (cf. l'article 5 du projet). Ces modifications ne portent toutefois que sur les marchés qui, lors de l'estimation, atteignent ou dépassent le seuil établi.

Il en a été de même pour l'arrêté royal du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures (cf. l'article 4).

IV. OBSERVATIONS GENERALES.

1. En ce qui concerne les marchés publics de travaux, de fournitures et de services, on peut mentionner (mis à part les arrêtés ministériels) les principaux textes suivants :

.../...

- la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

- l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

- l'arrêté royal du 14 novembre 1979 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de concession d'ouvrages;

- l'arrêté royal du 18 mai 1981 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de promotion de travaux et de fournitures;

- l'arrêté royal du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures;

- l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux;

- l'arrêté en projet, présentement examiné, qui vise l'abrogation de l'arrêté royal du 22 avril 1977 prérappelé (article 24).

En ce qui concerne les marchés de fournitures qui atteignent le seuil établi, l'arrêté royal du 8 décembre 1988 a modifié implicitement la loi du 14 juillet 1976 et les arrêtés royaux des 22 avril 1977 et 18 mai 1981.

Pour ce qui est des marchés de travaux qui atteignent le seuil établi, le nouveau projet produit un effet similaire sur la loi du 14 juillet 1976 et sur les arrêtés royaux des 22 avril 1977, 14 novembre 1979 et 18 mai 1981. Ces modifications sont également apportées de manière implicite et non pas explicite.

On admettra que cette méthode ne favorise pas la clarté, notamment parce que le champ d'application de la disposition qui met en oeuvre la directive européenne ne coïncide pas avec celui de la loi du 14 juillet 1976, alors que les arrêtés d'exécution de cette loi sont rendus applicables aux administrations placées sous l'empire de la disposition qui met en oeuvre la directive, mais cela uniquement dans la mesure où ces arrêtés d'exécution sont compatibles avec la réglementation européenne et sans qu'il soit pour autant fait explicitement mention des règles concernées.

Du point de vue de la légistique, il serait indiqué d'apporter les modifications de manière explicite à la législation et à la réglementation, en modifiant, complétant ou abrogeant les articles concernés, selon le cas.

Selon les déclarations du délégué du Gouvernement, deux directives sont toutefois encore en cours de préparation, à savoir l'une concernant les secteurs actuellement exclus et l'autre concernant les services; les auteurs du projet attendraient ces directives pour procéder, dès que la réglementation européenne sera complète, à la coordination des textes nationaux.

On peut comprendre ce point de vue, mais, entretemps, il subsiste un manque de clarté dans les textes ainsi qu'une source de contestations possibles à propos du champ d'application. Le procédé utilisé accentue encore cette situation d'insécurité juridique : la nouvelle réglementation est instaurée par le truchement d'un arrêté royal fondé sur la loi d'habilitation précitée du 20 juillet 1973, qui limite toutefois la compétence du Roi à la transposition de la réglementation européenne en droit belge. Tout qui ou tout ce qui ne relevait pas du champ d'application de la loi du 14 juillet 1976 et qui est, à présent, visé par la projet, et donc, de ce fait, soumis à la loi et à ses arrêtés d'exécution, ne le sera effectivement que pour autant qu'il s'agisse de la transposition du droit européen; en d'autres termes, il ne sera pas soumis aux dispositions de droit purement "interne".

2. Le recours au critère du "montant estimé" (ainsi qu'il est appelé dans la directive CEE, à l'article 4bis, 1., par exemple; le projet fait usage du terme "valeur") pour faire entrer un marché public de travaux dans le champ d'application du projet, constituera également une source de contestations : le prix auquel un marché est attribué diffère presque toujours de l'estimation.

Il est concevable que, lors de l'estimation, le prix d'un ouvrage soit sous-estimé : la différence peut être insignifiante ou importante. Il appartiendra, dans cette hypothèse, éventuellement au juge de décider si l'estimation a été établie de manière arbitraire ou non. Par ailleurs,

ni la directive ni le projet ne renferment une disposition sanctionnant une sous-estimation.

3. Il incombera également au juge de se prononcer sur le caractère substantiel ou non des règles considérées : ni la directive ni le projet n'apportent la clarté sur ce point.

4. En ce qui concerne la terminologie, le texte du projet et celui de la directive CEE sont manifestement dissemblables.

Des dispositions de la directive du 18 juillet 1989 sont reproduites dans différents articles du projet. Dans le texte français, il s'agit d'une reproduction textuelle, alors que tel n'est généralement pas le cas dans la version néerlandaise.

La règle à appliquer est la suivante : lorsque la reproduction des dispositions de la directive se justifie, il y a lieu de le faire textuellement, tant dans la version française que dans la version néerlandaise, à moins qu'au fil du temps, l'usage national en matière de terminologie notamment, se soit fixé de telle manière que l'emploi de l'autre terminologie, qui est utilisée dans la directive, risquerait de conduire à l'insécurité juridique. En aucun cas, l'emploi d'une terminologie établie sur le plan national ne peut avoir pour effet de susciter la moindre incertitude quant à la mise en oeuvre exacte de la directive. Dans la suite du présent avis, des observations

seront faites, en temps utile, à ce propos, lors de l'examen des articles, sans présenter pour autant un caractère d'exhaustivité.

La fidélité à la terminologie figurant dans la directive s'impose d'autant plus que - bien qu'aucune loi uniforme ne soit imposée aux Etats membres -, la plus faible différenciation possible entre les diverses législations, tant en ce qui concerne le fond que la terminologie, serait manifestement profitable au marché unique européen qui va être mis en place.

V. OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Intitulé.

Il conviendrait d'écrire, dans l'intitulé du texte néerlandais qui précède le texte même du projet :

"... inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken ...".

Préambule.

Il y aurait lieu de compléter le troisième alinéa du préambule en faisant mention de l'arrêté modificatif du 19 mars 1990.

La référence au Traité instituant la Commission économique européenne pourrait être omise.

Au cinquième alinéa du préambule, il y aurait lieu d'écrire :

"Vu la directive 71/304/CEE ... des marchés publics de travaux ...".

Il conviendrait de formuler le sixième alinéa du préambule comme suit :

"Vu la directive 71/305/CEE du Conseil des Communautés européennes du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, modifiée par la directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989;".

Article 1er.

Au paragraphe 1er, alinéa 1er, il y aurait lieu d'écrire :

"... l'article 4bis, 2., de la directive 71/305/CEE du Conseil des Communautés européennes du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux".

L'article 4bis, 1., de la directive précitée s'énonce notamment comme suit :

"... de travaux dont le montant, estimé hors T.V.A., égale ou dépasse ...".

Le projet est muet à propos de la T.V.A. et fait usage du terme "valeur" au lieu des termes "montant estimé".

Il est manifestement évident que les notions de "montant estimé" et de "valeur" ne sont pas identiques.

Dans le projet, il serait préférable de mettre l'une et l'autre en concordance avec la terminologie de la directive.

L'alinéa 2 du paragraphe 1er donne, entre autres, une définition de la notion de "marché public". Les législation et réglementation actuelles ne comportent aucune définition détaillée de cette notion :

- l'article 1er, § 1er, de la loi du 14 juillet 1976 dispose que les marchés de travaux, de fournitures et de services au nom de l'Etat ou de toute autre personne de droit public, sont passés avec concurrence et à forfait, suivant les modes prévus à la présente loi;

- l'article 1er, 1°, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 définit le marché comme "un contrat relatif à une entreprise de travaux, de fournitures ou de services";

- l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976 dispose qu'il ne peut être passé de marché public de promotion ou de

concession si ce n'est dans les conditions déterminées par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres;

- l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 14 novembre 1979 définit la notion de marché de concession comme suit :

> "Pour l'application du présent arrêté, le marché de concession d'ouvrages est le contrat écrit par lequel une personne morale de droit public ou toute autre personne mentionnée à l'article 1er de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ci-après dénommée l'administration, octroie à une personne physique ou morale de droit privé, ci-après dénommée le concessionnaire, l'exploitation des ouvrages que le concessionnaire s'engage à construire" (1).

- l'article 1er, 1°, de l'arrêté royal du 18 mai 1981 définit la notion de marché de promotion de la manière suivante :

> "le contrat écrit par lequel une personne de droit public ou toute autre personne mentionnée à l'article 1er de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ci-après dénommée l'administration, confie à une personne physique ou morale de droit privé à la fois le financement et l'exécution de travaux ou de fournitures, accompagnés ou non d'une mission de conception et d'étude;".

---

(1) Ainsi qu'il apparaît du projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal précité du 14 novembre 1979, à propos duquel le Conseil d'Etat, section de législation, a été invité à émettre un avis en même temps que sur le présent projet, cette définition sera remplacée.

La définition des "marchés publics" figurant dans le projet a été empruntée à la directive 84/440/CEE (cf. l'article 1er, a)). Dans les considérants de cette dernière, il est précisé qu'"il y a lieu de mieux préciser la notion de marchés publics de travaux pour tenir compte notamment des nouvelles formes contractuelles d'attribution de marchés et d'introduire des critères ...".

Cet article 1er, a), de la directive dispose, in fine, ce qui suit :

> "... de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur".

Le rapport au Roi relatif au projet (pp. 5-6) énonce ce qui suit :

> "L'article 1er, § 1, alinéa 2, contient la description des marchés visés ainsi que des contrats ayant pour objet de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par l'administration.
>
> Cette disposition très large a été prévue dans la directive afin de rencontrer non seulement les marchés de promotion au sens de l'arrêté royal du 18 mai 1981, mais également toutes autres opérations par lesquelles quelqu'un s'engage à construire un ouvrage selon les desiderata de l'administration. En ce sens, seuls les achats ou locations par l'administration d'ouvrages déjà existants et non édifiés en vue de répondre à un besoin prédéterminé de l'administration continuent à échapper au champ d'application du présent texte".

.../...

De ce commentaire, il faut raisonnablement déduire que l'arrêté en projet est d'application par exemple aux achats ou locations par l'administration d'ouvrages déjà existants et édifiés en vue de répondre à un besoin prédéterminé de l'administration, alors que ces achats ou locations n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 14 juillet 1976.

A ce propos, la doctrine énonce ce qui suit :

"Compte tenu de l'intention déclarée par la Commission (assujettir les "nouvelles formes contractuelles de marchés"), on ne peut interpréter les mots "faire réaliser" que comme visant les formules - toutes les formules - autres que celles faisant appel directement à des entrepreneurs proprement dits ou à des entrepreneurs concepteurs, c'est-à-dire des formules faisant intervenir comme cocontractant une personne (un promoteur, un manager, un organisateur ?) ou une institution (un financier ?) servant de relais et assumant l'obligation (de résultat) de "mettre à la disposition" du pouvoir adjudicateur un ouvrage répondant aux besoins que celui-ci aura probablement précisés" (1).

Il en résulte que la notion de "marchés publics" telle qu'elle figure dans le projet est plus large qu'elle ne l'avait été jusqu'à présent : certaines constructions juridiques qui, jusqu'ici, n'étaient pas considérées comme formant un marché public, le sont à présent, ce qui crée un problème.

---

(1) "Enfin l'Europe des marchés publics" par M.A. Flamme et P. Flamme dans L'actualité juridique (droit adm.), 20 novembre 1989, p. 655.

L'article 1er, § 1er, alinéa 2, du projet précise que la définition qui y est donnée s'entend "au sens du présent arrêté".

L'article 1er, § 3, dispose que les marchés visés au(x) pararaphe(s) 1er (et 2) sont soumis aux arrêtés royaux qui y sont mentionnés, pour autant toutefois qu'il n'y soit pas dérogé dans l'arrêté en projet.

Le projet, en ce qu'il élargit la définition de ces marchés, ainsi qu'il vient d'être indiqué et compte tenu à cet égard du seuil établi, ne soumet toutefois pas ceux-ci explicitement à la loi du 14 juillet 1976 même, que les arrêtés royaux précités mettent en oeuvre.

Dans ces conditions, la notion de "marchés publics" au sens de la loi du 14 juillet 1976 doit-elle dorénavant également s'entendre dans cette signification plus large, inférée de la directive, quel que soit le seuil ?

Le délégués du Gouvernement n'ont pu apporter une réponse claire et précise à ce sujet.

Compte tenu de l'article 4bis, 1., de la directive (le seuil de 5 000 000 écus), de l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, du projet (le seuil de 217 millions de francs) et de l'alinéa 2 de ce dernier article (définition des marchés publics "au sens du présent arrêté"), il y a lieu d'admettre que cette définition plus large s'applique

également de manière implicite à la loi du 14 juillet 1976, pour autant toutefois que le montant estimé des travaux atteigne le seuil établi.

Cette extention ne s'applique toutefois pas aux marchés dont le montant est inférieur au seuil. Ceux-ci ne sont pas régis par la directive, non plus que par la loi du 20 juillet 1973 relative aux mesures d'exécution des traités et actes internationaux en matière de marchés de travaux, de fournitures et de services passés par les services publics, et de ses arrêtés d'exécution. Cette définition plus ample ne peut donc être élargie à ces marchés qu'en vertu d'une loi.

+

Il est recommandé de présenter plus clairement les deux définitions au paragraphe 1er, alinéa 2, de la manière suivante par exemple :

"Au sens du présent arrêté, on entend par :

a) marchés publics de travaux : ...;

b) ouvrage : ...".

Dans la directive (article 1er, a) et c)), on entend par "ouvrage", "le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique".

.../...

On constatera que, dans le texte néerlandais du projet, les mots "wegenbouwkundige werken in hun geheel" ont été omis, alors que les mots "ou de génie civil" ont été reproduits dans la version française.

Eu égard à l'importance de la notion d'"ouvrages" à laquelle le rapport au Roi consacre une page entière, il est de toute façon nécessaire de mettre les deux versions en concordance.

+

Pour le surplus, l'alinéa 3 du paragraphe 1er devrait du point de vue typographique faire corps avec l'alinéa 1er auquel il se rapporte.

+

Au paragraphe 2, on écrira : "au sens de l'arrêté royal du 14 novembre 1979 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de concession d'ouvrages, passés ...".

Au paragraphe 3, il conviendrait d'écrire :

"... aux dispositions de l'arrêté royal précité du 14 novembre 1979 et, pour les marchés publics ...".

Article 3.

Le paragraphe 1er détermine les personnes morales qui, en droit belge, doivent être considérées comme "pouvoirs adjudicateurs", en conformité avec la directive 89/440/CEE (article 1er, b)). L'on pourrait compléter l'énumération par la mention expresse de l'Agglomération bruxelloise.

Le paragraphe 2 définit la notion d'"organisme de droit public" et reproduit à cet égard quasi intégralement les termes de la directive.

Trois conditions doivent être remplies simultanément :

- en ce qui concerne la première condition, des questions peuvent se poser à l'égard de certains organismes;

- en ce qui concerne le texte néerlandais de la troisième condition, il serait préférable, dans un souci de clarté, de suivre l'exemple de la directive et de dissocier nettement les trois possibilités en introduisant chacune des trois hypothèses par le mot "hetzij".

En ce qui concerne la première possibilité prévue par cette troisième condition, à savoir "(tout organisme ...) dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat (lire : l'Etat, les Communautés, les Régions), les collectivités territoriales ou d'autres organismes de

droit public", se pose la question de savoir quelle est la signification du mot "majoritairement".

Cela veut-il dire à 51 % ou plus ? Comment faut-il le déterminer ? La couverture du déficit annuel est-elle également comprise dans ce critère ?

L'ajout d'une liste de ces organismes en annexe de l'arrêté en projet (cf. paragraphe 1er, dernier tiret) ne saurait manifestement constituer une solution adéquate cohérente, puisque cette liste ne peut être que le résultat de l'application du paragraphe 2 et n'est dès lors donnée qu'à titre d'exemple.

Toujours en ce qui concerne ce critère, il a été communiqué au Conseil d'Etat qu'en l'espèce, les interventions de l'Etat, des Communautés, des Régions, etc. doivent être cumulées. Il serait préférable de mentionner cette précision dans le texte du projet.

+

\+ +

Il ressort tant de la disposition du paragraphe 1er, quatrième tiret, que du rapport au Roi que la liste des organismes de droit public - qui n'a d'ailleurs pas été communiquée au Conseil d'Etat - n'est pas limitative, en d'autres termes les organismes qui ne figurent pas sur cette

liste, mais qui répondent néanmoins à la définition, sont soumis aux dispositions de l'arrêté.

Les fluctuations possibles dans la situation d'un organisme constituent un problème, principalement en raison de la troisième partie de la définition (paragraphe 2, troisième tiret).

Ainsi, un organisme figurant sur cette liste peut, en effet, satisfaire aux critères à un moment déterminé et ne plus y répondre par la suite. L'article 30ter de la directive prévoit alors une procédure modificative, mais il s'agit de savoir à partir de quel moment précis l'organisme n'est plus soumis à ces dispositions, soit qu'il ne remplisse plus les critères soit en raison de l'adaptation de la liste.

Il serait préférable que le rapport au Roi apporte quelque précision sur ce point.

+

\+ +

Eu égard aux dispositions de l'article 1er, § 1er, alinéa 2, et § 3, les marchés publics passés par les organismes régis par le présent arrêté en projet, tombent en outre sous l'application des arrêtés royaux énumérés à l'article 1er, § 3, qui furent pris en exécution de la loi du 14 juillet 1976.

L'article 1er, § 2, de cette loi dispose :

"La présente loi est également applicable :

1° aux institutions universitaires entièrement ou partiellement subventionnées par l'Etat;

2° aux personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant et dont le Roi arrête la liste".

Jusqu'à ce jour, le Roi n'a pas arrêté cette liste, de sorte que l'article 1er, § 2, 2°, de la loi n'a pas été d'application : "Seules seront soumises à la loi les personnes morales figurant sur la liste arrêtée par le Roi. La loi ne leur est pas automatiquement applicable" (Doc. Parl. Chambre, 1975-1976, n° 903/4, rapport de la commission, page 9).

Or, un organisme qui répond aux critères mentionnés à l'article 3, § 2, du projet, est soumis aux dispositions de celui-ci et à la loi du 14 juillet 1976, du moins en ce qui concerne un marché dont le montant atteint le seuil établi.

Cette catégorie d'organismes peut comprendre des personnes morales "dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant", au sens de l'article 1er, § 2, 2°, précité, de la loi du 14 juillet 1976.

Le montant estimé d'un marché déterminera donc si un tel organisme tombe, par le biais de l'arrêté en projet

dans le champ d'application de la loi, pour ce qui est de ce marché du moins.

Si l'intention des auteurs du projet était d'imposer une liste unique tant pour l'application de l'article 3, § 1er, in fine, de l'arrêté en projet qu'à l'égard de l'article 1er, § 2, 2°, de la loi précitée du 14 juillet 1976, il pourrait être envisagé d'insérer dans le projet une disposition dans ce sens.

Enfin, toujours en ce qui concerne cette liste, il y a lieu d'écrire, au paragraphe 1er, quatrième tiret :

"... notamment ceux énumérés à l'annexe 2 du présent arrêté".

+

\+ +

Le paragraphe 3 énumère les marchés publics auxquels le projet ne sera pas d'application.

A l'instar de la directive, le 2° du texte néerlandais fait état de "de aanbestedende diensten", ce qui, dans la version française, est devenu "les administrations" au lieu de "les pouvoirs adjudicateurs" comme dans la directive. Cette observation vaut également en ce qui concerne la disposition du 3°.

Le 4°, a), reproduit le texte français de la directive correctement et dans son intégralité. Par rapport au texte néerlandais de la directive, la version néerlandaise du projet doit toutefois être remaniée.

Au 4°, b), les mots "conclu en relation avec" sont reproduits dans le texte néerlandais par les mots "in verband met", alors que la directive mentionne "gesloten in samenhang met".

Article 4.

Cet article exécute l'article 1erbis de la directive : "Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive ...".

La question se pose toutefois de savoir si, en disposant que les administrations "ont l'obligation d'imposer à toute personne de droit privé le respect des dispositions du présent arrêté ...", la directive est transposée de manière adéquate.

Le rapport au Roi mentionne ce qui suit (p. 10) :

"Il en résulte dans ce cas que les administrations accordant de telles subventions doivent être particulièrement attentives à imposer le respect de la mise en concurrence de ces travaux au niveau européen comme condition d'octroi des subventions".

Cette intention des auteurs du projet n'apparaît pas expressément dans le texte de l'article.

L'article 1erbis, 1., de la directive serait plus adéquatement mis en oeuvre si l'obligation concernée était directement imposée aux personnes de droit privé visées.

\+

\+ +

Aux termes du texte en projet, les administrations ont l'obligation de n'imposer aux personnes de droit privé visées que le respect des dispositions "du présent arrêté". Ni la loi du 14 juillet 1976, ni les arrêtés d'exécution de celle-ci ne sont donc applicables : l'article 1er, § 3, du projet n'est pas d'application, étant donné qu'il s'agit de marchés conclus entre une personne de droit privé et un entrepreneur, qui ne répondent pas à la définition des marchés publics au sens de l'article 1er, § 1er, alinéa 2, du projet.

A cet égard, il convient de rappeler l'article 1er, § 3, de la loi du 14 juillet 1976, qui est formulé comme suit :

"Le Roi peut, par un arrêté délibéré en Conseil des Ministres, rendre les dispositions de la présente

loi applicables aux marchés de travaux, de fournitures et de services passés par des personnes de droit privé et subsidiés par les pouvoirs publics".

Cette disposition est développée dans les travaux préparatoires comme suit :

"Le texte initial de l'article 1er, § 3, conférait au Roi le pouvoir d'imposer la loi sur les marchés publics aux personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public. Le Sénat a modifié ce texte en précisant qu'il doit s'agir de personnes de droit privé "subsidiées à cet effet par les pouvoirs publics".

...

Le Secrétaire d'Etat au Budget a rappelé que le Sénat a préféré la notion de personne de droit privé "subsidiée" à celle de personne de droit privé "chargée de la gestion d'un service public" parce qu'il estimait qu'on ne pouvait imposer l'application de la loi à des personnes de droit privé pour des marchés qui ne seraient pas subsidiés par les pouvoirs publics. En bref, pour le Sénat, il importait d'appliquer la loi dès lors que les pouvoirs publics octroient des subsides, que l'entité subsidiée gère un service public ou non.

Enfin, la disposition du § 3 ne vise pas les contrats que se proposent de conclure les entreprises bénéficiaires d'aides publiques en application de la législation d'expansion économique" (Doc. Parl., Chambre, 1975-1976, n° 903/4, rapport fait au nom de la Commission, pp. 4 et 5).

A ce jour, le Roi n'a pas exécuté cette disposition mais le présent projet peut lui en fournir l'occasion.

Soumettre les marchés visés à l'application des seules dispositions du projet entraîne notamment les conséquences suivantes :

- les règles de publicité, les règles de participation, les règles techniques et les mesures d'information après l'attribution sont d'application;

- ne sont en revanche pas applicables les dispositions de la loi du 14 juillet 1976, qui ne sont pas reproduites dans le projet, ni les dispositions de l'arrêté royal du 22 avril 1977, telles que celles qui concernent la détermination et le contrôle des prix, les modalités de paiement, l'établissement de la soumission, le dépôt de celle-ci, le choix de l'adjudicataire, etc. ... En d'autres termes, la personne de droit privé pourra, notamment, apprécier de manière discrétionnaire le caractère réglementaire ou non d'une soumission et, dès lors, accepter une soumission qui, en vertu de l'arrêté royal précité, est irrégulière.

Il peut être remédié à cette situation en modifiant la première phrase de l'article 4 comme suit :

"La loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les arrêtés d'exécution de cette loi et les dispositions du présent projet sont applicables aux marchés de travaux passés par des personnes de droit privé, qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par les administrations visées à l'article 3, § 1er, et dont la valeur est égale ou supérieure au montant prévu à l'article 1er. Ces travaux ...".

Dans le texte français, il y aurait lieu d'écrire : "de la nomenclature établie à l'annexe 1 ou porter ...".

Dans le texte néerlandais, le mot "opdrachtgevende" doit, en tout état de cause, être omis.

Article 5.

Compte tenu de la terminologie de l'article 9 de la loi du 14 juillet 1976, il conviendrait de modifier le texte néerlandais du paragraphe 1er comme suit : "... bij aanbesteding of door offerteaanvraag".

Il y aurait lieu de rédiger la phrase introductive du paragraphe 2 comme suit :

"Dans le respect des règles de publicité prévues à l'article 7, ces marchés publics peuvent être passés suivant la procédure de gré à gré, également dénommée procédure négociée, dans les cas suivants : ...".

Le texte néerlandais du paragraphe 2, 2°, doit se rapprocher davantage de celui de la directive. Cette observation vaut également pour le 3°.

Au paragraphe 3 également, le texte néerlandais devrait davantage s'inspirer de celui de la directive. On remplacera, en tout cas, au 1°, le mot "overgemaakt" par

"voorgelegd" et, au 2°, le mot "wanneer" par "voor" et le mot "kunnen" par "kan".

Article 6.

Cet article oblige les administrations à faire connaître les caractéristiques essentielles des travaux projetés par la publication d'un avis au Journal officiel des Communautés européennes. L'on peut se demander si cette obligation vaut également pour les personnes de droit privé qui sont visées à l'article 4 du projet. Si telle est l'intention des auteurs du projet, il conviendrait de compléter le texte en conséquence.

Article 7.

Le paragraphe 2, alinéa 1er, dispose que "le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours" tandis que dans le texte néerlandais de la directive, à l'article 13, 1., il est fait référence à "de termijn voor inzending van de aanbiedingen". Le texte français semble être correct. Comme il a été suivi dans le projet, celui-ci n'appelle pas d'observation.

Au paragraphe 3, alinéa 2, 3°, il conviendrait d'écrire dans le texte néerlandais :

"... hetzij ter staving van controleerbare verklaringen verstrekt door de gegadigde, ...".

Compte tenu des précisions fournies par le délégué du Gouvernement, il y a lieu d'écrire, à la fin du paragraphe 4, alinéa 4 :

"... avant l'expiration du délai mentionné au 1° ci-dessus".

Le paragraphe 5 serait plus clair s'il était formulé de la même façon que l'article 6, § 5, de l'arrêté royal du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures.

Article 8.

Au paragraphe 1er, 2°, il conviendrait d'écrire, dans le texte néerlandais, "de wijze van gunning".

On complétera le paragraphe 1er, 11°, in fine, comme suit : "... visés aux articles 12 et 13 ci-après;".

Article 10.

Cet article est basé sur le texte de l'article 6 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux, disposition pour laquelle l'article 23 de la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 a servi de modèle.

Ce texte figure quasi tel quel dans le présent projet, à quelques modifications du style et de forme près.

Dès lors que l'on s'attache actuellement à remplacer l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, il est proposé de rédiger la phrase introductive comme suit :

"Sans préjudice des dispositions relatives à l'agrément des entrepreneurs, ...".

Cette observation s'applique dans la même mesure aux articles 12 et 13.

Au 1°, il conviendrait d'écrire : "... de cessation d'activités, de concordat judiciaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature en vigueur dans un Etat membre de la CEE;".

La disposition du 2° devra être adaptée en conséquence.

Le 2°, encore, mentionne l'entrepreneur "qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite". Cette procédure peut avoir été demandée par un créditeur agissant à la légère. La question est de savoir si cette règle de la directive ne devrait pas être reprise sous une forme plus adaptée.

En ce qui concerne la disposition du 3°, il peut être utile de se référer, dans le Rapport au Roi, à l'énumération des infractions à la foi publique qui figure dans l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 portant interdiction à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités.

Le 5° traite de l'accomplissement des obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale. Le Gouvernement devra examiner s'il n'y aurait pas lieu, dans cette disposition, de se référer explicitement à la législation relative à la lutte contre les pourvoyeurs de main-d'oeuvre.

Il conviendrait de rédiger le 6° comme suit :

"... selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi".

Ce dernier membre de phrase n'apparaît pas dans la directive à transposer. Elle figure, en revanche, dans l'article 9, 6°, de l'arrêté royal précité du 8 décembre 1988 (fournitures) et ce, conformément à la directive 77/62/CEE du 21 décembre 1976 (article 20, 1., f). Ce membre de phrase a manifestement été omis par erreur dans la directive 71/305/CEE.

L'ajout proposé est nécessaire pour éviter une inégalité de traitement entre les entrepreneurs belges et leurs collègues étrangers.

Ce complètement se situe d'ailleurs dans la ligne de la disposition contenue à l'alinéa 2, deuxième tiret, concernant les pièces justificatives à produire par l'entrepreneur.

Article 11.

Quant au fond, ce texte est identique à celui de la disposition de l'article 7 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 à abroger.

Article 12.

Il conviendrait, dans le texte néerlandais, de remplacer au 2° "overzichten" par "balansen".

L'on n'aperçoit pas la raison pour laquelle la restriction figurant dans la directive, à savoir "dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation sur les sociétés du pays où l'entrepreneur est établi", n'a pas été reformulée dans le projet.

Au 3°, il y a lieu d'écrire, dans le texte néerlandais :

"... de totale omzet en de omzet in werken van de onderneming ...".

.../...

Article 13.

Au 4°, on écrira, dans le texte néerlandais :

"... jaarlijkse personeelsbezetting ...".

Article 14.

Cet article vise à transposer l'article 5bis de la directive.

La phrase introductive du paragraphe 1er "En cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint ou de procédure de gré à gré visée à l'article 5, § 2," donne à penser que ce paragraphe ne s'applique qu'aux procédures de passation qui ne sont pas publiques, alors qu'une telle restriction ne figure pas dans l'article 5bis, 1., de la directive.

Selon le fonctionnaire délégué, l'intention n'est pas d'introduire une restriction : cela devrait ressortir de la deuxième phrase du paragraphe qui s'applique à toutes les procédures. Il convient de constater, en outre, que le texte en projet ne fait pas mention d'un délai dans lequel les demandes d'information doivent être introduites.

Sous cette dernière réserve, le texte suivant est proposé :

"L'administration est tenue, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande d'informa-

tion, de communiquer à tout soumissionnaire dont la soumission ou l'offre n'a pas été retenue, les motifs de son éviction ainsi que le nom de l'adjudicataire auquel le marché a été attribué.

En cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint ou de procédure de gré à gré visée à l'article 5, § 2, l'administration est tenue, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande d'information, de communiquer à tout candidat non retenu les motifs du rejet de sa soumission".

Compte tenu de la terminologie de l'article 15, § 1er, de la loi du 14 juillet 1976, il conviendrait d'écrire, au paragraphe 2, "refaire" au lieu de "recommencer".

Concernant ce paragraphe 2, le Rapport au Roi déclare (p. 20 in fine) :

> "Par contre, l'article 37, § 3, (de l'arrêté royal du 22 avril 1977) se voit substituer l'article 14, § 2, du présent projet, qui prévoit une obligation d'information plus large à charge de l'administration".

Cet article 37, § 3, dispose :

> "S'il est décidé de ne pas donner suite à l'adjudication, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse en est informé".

Il s'agit donc d'une obligation incombant à l'administration à l'égard du soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse lors d'une adjudication publique ou restreinte.

L'article 14, § 2, du projet étend, certes, cette obligation à l'égard de tous les candidats ou soumissionnaires, à la condition toutefois qu'ils en fassent la demande. L'extension de cette obligation d'information s'accompagne donc d'une limitation de celle-ci - il doit y avoir une demande - limitation qui, compte tenu de la catégorie concernée de justiciables, peut être admise. Il est inexact d'affirmer que l'article 14, § 2, du projet remplace nécessairement l'article 37, § 3, de l'arrêté royal du 22 avril 1977.

Au paragraphe 3, 5°, il conviendrait d'écrire :

"visées à l'article 5, §§ 2 et 3 ...".

Article 15.

Au paragraphe 1er, il y a lieu d'écrire, dans le texte néerlandais, "Onverminderd de verplichte nationale ..." et "nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, of ...".

Le paragraphe 2 reproduit la définition de quelques données techniques, objet de l'annexe III de la directive. La transcription de ces définitions est textuelle dans la version française mais s'écarte de l'original dans la version néerlandaise : celle-ci devra dès lors être revue de manière fondamentale.

.../...

La même observation s'applique aux paragraphes 3, 4 et 5.

Au paragraphe 5, 1°, il convient de citer l'intitulé exact de la directive 89/106/CEE du Conseil du 21 décembre 1988, qui s'énonce comme suit :

"... relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant les produits de construction".

La présentation typographique du texte qui suit le 3° du paragraphe 5 doit être modifiée de telle manière qu'il ne puisse plus être lu comme un alinéa distinct, mais comme un élément du 3°. Au ii) de ce texte, version néerlandaise, on écrira :

"de andere nationale normen en technische goedkeuringen ...".

Article 21.

Il conviendrait, dans le texte néerlandais, d'adapter le paragraphe 2, alinéa 1er, comme suit :

"In de zin van dit artikel worden niet als derden beschouwd ondernemingen die ... alsmede ondernemingen die gelieerd zijn ...".

Le paragraphe 2, alinéa 2, nécessite quant à lui l'adaptation suivante :

"Pour l'application du présent arrêté, on entend par entreprise liée ...".

On écrira par ailleurs dans le texte néerlandais : "De overheersende invloed wordt vermoed ...".

En vue d'assurer la concordance entre les textes français et néerlandais, il conviendrait d'écrire à l'alinéa 2, troisième tiret, version néerlandaise :

"... de leden van het bestuurs-, leidinggevend en toezichthoudend orgaan ...", termes qui figurent d'ailleurs dans d'autres dispositions du projet ainsi que dans la directive.

Il est à noter que la notion d'"entreprise liée" est définie, tant par la directive que par le projet, d'une manière qui leur est spécifique.

Il en résulte que d'autres définitions, fussent-elles d'un usage plus général, ne pourront plus être prises en considération en matière de marchés publics de travaux tels qu'ils sont visés dans l'arrêté en projet, même si l'entreprise concernée peut s'inscrire ou s'inscrira dans ces autres définitions pour l'application d'autres règles de droit. L'on pense notamment à la législation sur les comptes annuels, en particulier à la réglementation relative aux comptes consolidés des entreprises, contenue dans l'arrêté royal du 6 mars 1990 (Moniteur belge du 27 mars 1990) qui a été établi entre autres, pour transposer la septième directive du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés (83/349/CEE) (voir, par exemple, les articles 2

et 3 de l'arrêté royal qui vient d'être évoqué). Toutefois, c'est au niveau de la CEE que réside la cause de la divergence.

Enfin il conviendrait, dans le dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 21, de remplacer, dans le texte néerlandais, le mot "beperkende" par "volledige" comme dans la directive.

Article 24.

Dans le texte néerlandais, il y a lieu d'écrire :

"Het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen, ...".

Logiquement, il conviendrait d'abroger en outre explicitement l'article 1er de l'arrêté ministériel du 21 décembre 1989 qui limite le champ d'application de l'arrêté royal du 22 avril 1977 précité aux travaux dont le montant estimé est égal ou dépasse 43 000 000 de francs.

Article 25.

Il y aurait lieu de remplacer "dispositions réglementaires" par "dispositions légales et réglementaires".

De kamer was samengesteld uit

de Heer : H. COREMANS,
Monsieur :
kamervoorzitter,
président de chambre,

de Heer : J. VERMEIRE,
Monsieur :
Mevrouw : S. VANDERHAEGEN,
Madame :
staatsraden,
conseillers d'Etat,

de Heren : F. DE KEMPENEER,
Messieurs : E. WYMEERSCH,
assessoren van de afdeling wetgeving,
assesseurs de la section de législation,

Mevrouw : A. BECKERS,
Madame :
griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van Mevr. S. VANDERHAEGEN.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. STEVENS, adjunct-auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de Mme S. VANDERHAEGEN.

Le rapport a été présenté par M. J. STEVENS, auditeur adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

A. BECKERS.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

H. COREMANS.