KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 14e juli 1978 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen", heeft de 13e oktober 1978 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 14 juillet 1978, 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 fournitures", a donné le 13 octobre 1978 l'avis suivant :

ALGEMENE OPMERKINGEN.

Het ontwerp-koninklijk besluit strekt ertoe gevolg te geven aan twee richtlijnen van de Europese Gemeenschappen, met name :

1. de richtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 17 december 1969 betreffende leveringen aan de Staat, aan zijn territoriale lichamen en aan andere publiekrechtelijke personen;

2. de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen.

De verplichtingen die voor België uit genoemde richtlijnen voortvloeien, kunnen in de Belgische reglementering worden opgenomen, hetzij door een letterlijke transcriptie van de termen van de richtlijnen, hetzij door een overeenkomstige aanpassing van de nationale reglementering aan de richtlijnen. In het ontwerp is geen duidelijke keuze gedaan, wat uit opmerkingen verder in het advies mag blijken.

+

Volgens artikel 1 van de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1976 moet voor de toepassing van haar bepalingen onder "aanbestedende diensten" worden verstaan "de Staat, de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen, of, in de Lid-Staten die dit begrip niet kennen, de overeenkomstige eenheden welke in bijlage I zijn opgesomd".

.../...

Hieruit volgt dat het toepassingsgebied van de richtlijn zich uitstrekt niet alleen tot de Staat, provincies en gemeenten maar ook tot alle openbare instellingen met rechtspersoonlijkheid.

Het feit dat in bijlage I van de richtlijn voor België slechts enkele openbare instellingen worden opgesomd, kan de indruk verwekken dat de richtlijn slechts van toepassing zou zijn op de in bijlage I nominatim aangegeven openbare instellingen, zodat een discordantie bestaat tussen artikel 1, b, van de richtlijn en de bijlage I, tenminste wat België betreft. De bijlage is misleidend met het gevolg dat artikel 10 van het ontwerp, dat de instellingen opsomt welke aan de bepalingen van het besluit zijn onderworpen, eveneens twijfels insluit.

Volgens de gemachtigde ambtenaar dient artikel 10 van het ontwerp zo begrepen te worden dat de opgesomde openbare instellingen slechts ten exemplatieve titel zijn aangeduid. Maar dan stemt artikel 10 niet overeen met de in de bijlage I opgesomde publiekrechtelijke instellingen.

+

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Aanhef.

Het ontwerp vindt hoofdzakelijk zijn rechtsgrond in de wet van 20 juli 1973 betreffende de maatregelen ter uitvoering van de internationale verdragen en besluiten inzake overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

.../...

Omdat de wet slechts een enkel artikel bevat, is het overbodig inzonderheid naar dit enig artikel te verwijzen. Men schrappe daarom in het eerste lid van de aanhef de woorden "het enig artikel van".

+

In het vijfde lid is het aangewezen de overheid aan te duiden die bedoelde richtlijnen heeft uitgevaardigd alsmede het referentienummer van de richtlijnen. Voorgesteld wordt de verwijzing van het vijfde lid te stellen als volgt :

"Gelet op de richtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 17 december 1969 betreffende de leveringen aan de Staat, aan zijn territoriale lichamen en aan andere publiekrechtelijke personen (70/32/EEG);

Gelet op de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (77/62/EEG);".

Artikel 3.

Het is aangewezen zich te houden aan de terminologie van de richtlijn. Daarom vervange men in § 3, tweede lid, en in § 5, het woord "kandidaten" door "gegadigden". Trouwens het woord "gegadigden" wordt verder in het ontwerp gebruikt.

+

In het eerste lid van § 4 dient te worden opgemerkt dat er geen overeenstemming bestaat tussen de Nederlandse tekst, die letterlijk artikel 12 van de richtlijn overneemt, en de Franse tekst die afwijkt van de richtlijn. Deze laatste tekst dient te worden aangepast.

Artikel 4.

In § 2, littera a, ontbreekt in de Nederlandse tekst de verwijzing naar § 1, littera e.

Alhoewel in littera d van § 2 de tekst van de richtlijn letterlijk is overgenomen, dient te worden vastgesteld dat het woord "bescheiden" eigenaardig genoeg in de Franse tekst wordt weergegeven door het woord "formalités".

Artikel 6.

In het eerste lid, a en b, bestaat geen overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst. Zo wordt in de Nederlandse tekst "règlement judiciaire", een rechtsfiguur van het Franse recht, niet weergegeven. De Belgische wetgeving kent anderzijds evenmin de staat van liquidatie. Het ophouden of het opschorten van werkzaamheden wijst veeleer op een feitelijke toestand dan op een rechtsfiguur, tenminste wat de nationale wetgeving betreft. Derhalve wordt voorgesteld het eerste lid, a en b, van dit artikel 6 te stellen als volgt :

"Artikel 6.-

Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten de leverancier :

.../...

a) die in staat van faillissement verkeert, uitstel van betaling of een gerechtelijk akkoord heeft bekomen dan wel in een andere soortgelijke toestand verkeert ingevolge een gelijkaardige procedure die voorkomt in de nationale wetten of regelingen;

b) wiens faillietverklaring, uitstel van betaling of gerechtelijk akkoord bij de rechtbank aanhangig is ofwel het voorwerp is van een andere gelijksoortige procedure overeenkomstig de nationale wetgeving of regelingen".

+

Volgens littera c van het eerste lid kan van deelneming aan een opdracht worden uitgesloten de leverancier "die, bij een rechterlijk vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een delict dat door zijn aard zijn beroepsmoraal ernstig aantast".

Omdat een vonnis, dat kracht van gewijsde heeft, steeds door een rechter geveld is, is het woord "rechterlijk" overbodig. Anderzijds vervange men het woord "delict" door het woord "misdrijf" dat algemeen door het Strafwetboek gebruikt wordt.

+

Volgens littera d van het eerste lid kan iedere leverancier uitgesloten worden die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan "volgens voorschrift door het bestuur vastgesteld".

Deze bepaling stemt niet overeen met de Franse tekst en evenmin met artikel 20, 1, d, van de richtlijn.

.../...

Voor een overeenstemming met de Franse tekst wordt voorgesteld de woorden "volgens voorschrift" te vervangen door het woord "behoorlijk".

+

In littera g van het eerste lid schrijve men in fine "verstrekken" in plaats van "verstekken", "verlangd" in plaats van "verlengd" en in het tweede lid "in" in plaats van "is" en "volgende" in plaats van "voldoende".

Volgens het tweede lid levert de leverancier het bewijs dat hij in een van de onder a, b en c bedoelde omstandigheden niet verkeert door het voorleggen van een document waaruit blijkt dat "aan de gestelde voorwaarden is voldaan".

Omdat de leverancier het bewijs moet leveren dat hij zich niet bevindt in een van bedoelde omstandigheden kan hier niet gesproken worden van "aan de gestelde voorwaarden (te voldoen)". Derhalve vervange men de zinsnede "waaruit blijkt dat aan gestelde voorwaarden is voldaan" door de overeenstemmende tekst van de richtlijn, te weten : "waaruit blijkt dat de leverancier zich niet in een van deze situaties bevindt".

Artikel 8.

Onder § 1, littera e, vervange men de woorden "voor referenties" door de woorden "door referenties" en onder § 2 het woord "verwijzingen" door het woord "referenties"; tevens dient het woord "bijzonder" ingevoegd te worden voor het woord "bestek".

.../...

Artikel 9.

Voor een betere lezing van dit artikel 9 wordt volgende tekst, die aansluit bij artikel 25, 7°, van de richtlijn van 21 december 1976, voorgesteld :

"Artikel 9.-

Indien de documenten betreffende de opdracht de bepaling inhouden dat de opdracht wordt gegund aan de laagste inschrijver, dient de aanbestedende dienst het afwijzen van de te laag geachte aanbiedingen met redenen te omkleden tegenover het raadgevend comité inzake overheidsopdrachten, ingesteld bij besluit van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 26 juli 1971.

Artikel 10.

Zie de algemene opmerking bij het ontwerp.

Artikel 12.

Het is moeilijk met de regels van grondwettelijke bevoegdheidsverdeling in overeenstemming te brengen dat het bepalen van de dag waarop een koninklijk besluit in werking zal treden aan een minister wordt overgelaten. Het verdient stellige aanbeveling de dag van inwerkingtreding door de Koning zelf te doen bepalen.

OBSERVATIONS GENERALES.

L'arrêté royal en projet vise à mettre en oeuvre deux directives des Communautés européennes, à savoir :

1. la directive de la Commission des Communautés européennes du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public;

2. la directive du Conseil des Communautés européennes du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

Les obligations qui découlent de ces directives pour la Belgique peuvent être inscrites dans la réglementation belge soit par transcription littérale des termes des directives, soit par adaptation de la réglementation nationale à celles-ci. Le projet n'a pas, à cet égard, opéré de choix précis, ainsi qu'il résultera de certaines observations faites dans la suite du présent avis.

+

Aux termes de l'article 1er de la directive du Conseil des Communautés européennes du 21 décembre 1976, il faut, pour l'application de ses dispositions, entendre par "pouvoirs adjudicateurs" "l'Etat, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public ou, dans les Etats membres qui ne connaissent pas cette notion, les entités équivalentes, énumérées à l'annexe I".

.../...

Il en résulte que le champs d'application de la directive s'étend non seulement à l'Etat, aux provinces et aux communes mais à tous les établissements publics dotés de la personnalité juridique.

Le fait que l'annexe I de la directive ne mentionne, pour la Belgique, que certains établissements publics peut faire croire que la directive ne s'appliquerait qu'aux seuls établissements publics cités nommément à l'annexe I. Il y a donc discordance entre l'article 1er, b, de la directive et l'annexe I, du moins en ce qui concerne la Belgique. L'annexe est trompeuse et, partant, l'article 10 du projet, qui énumère les établissements soumis aux dispositions de l'arrêté, prête lui-aussi à confusion.

Selon le fonctionnaire délégué, l'article 10 doit s'interpréter de telle sorte que les établissements publics énumérés ne sont cités qu'à titre d'exemple. Mais dans ce cas, l'article 10 n'est pas conforme à l'énumération des établissements de droit public donnée à l'annexe I.

+

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Préambule.

Le projet trouve essentiellement son fondement légal dans 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.

La loi ne comptant qu'un seul article, il est superflu de viser plus spécialement celui-ci. On supprimera donc, à l'alinéa 1er du préambule, les mots "l'article unique de".

+

A l'alinéa 5, il conviendrait de mentionner l'autorité qui a édicté les directives visées ainsi que le numéro de celles-ci. Il est proposé de rédiger la référence faisant l'objet de l'alinéa 5 comme suit :

"Vu la directive de la Commission des Communautés européennes du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public (70/32/CEE);

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (77/62/CEE);".

Article 3.

Il est recommandé de s'en tenir à la terminologie de la directive. Dans la version néerlandaise du § 3, alinéa 2, et du § 5, on remplacera donc le mot "kandidaten" par le mot "gegadigden", d'ailleurs utilisé dans la suite du projet.

+

A propos de l'alinéa 1er du § 4, il convient d'observer qu'il y a discordance entre la version néerlandaise, qui reproduit textuellement l'article 12 de la directive, et la version française, qui s'en écarte. Cette dernière doit être adaptée.

Article 4.

Au § 2, littera a, la référence au § 1er, littera e, fait défaut dans le texte néerlandais.

.../...

Bien que le littera d du § 2 reproduise littéralement le texte de la directive, il convient de constater que le mot néerlandais "bescheiden" (documents) a été rendu, assez curieusement, par le mot "formalités" dans le texte français.

Article 6.

A l'alinéa 1er, a et b, il y a discordance entre les versions néerlandaise et française. Ainsi, la version néerlandaise ne rend pas la notion de "règlement judiciaire", qui est une construction juridique du droit français. D'autre part, la législation belge ne connaît pas non plus l'état de liquidation. La cessation ou la suspension d'activités renvoi à une situation de fait plutôt qu'à une construction juridique, du moins dans la législation nationale. Il est dès lors proposé de rédiger l'alinéa 1er, a et b, de cet article 6 comme suit :

"Article 6.-

Peut être exclu de la participation au marché, le fournisseur :

a) qui est en état de faillite, a obtenu un sursis de payement ou un concordat judiciaire, ou qui se trouve dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;

b) dont la déclaration de faillite, le sursis de payement ou le concordat judiciaire est soumis au tribunal ou fait l'objet de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales".

+

.../...

La version néerlandaise du littera c de l'alinéa 1er porte : "Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere leverancier ... die, bij een rechterlijk vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een delict dat door zijn aard zijn beroepsmoraal ernstig aantast".

Le terme "rechterlijk" utilisé dans ce texte est superflu, un jugement ayant autorité de chose jugée étant toujours prononcé par un juge. Il y a lieu, d'autre part, de remplacer le mot "delict" par "misdrijf", qui est le terme généralement utilisé dans le texte néerlandais du Code pénal.

+

La version néerlandaise du littera d de l'alinéa 1er est libellée comme suit : "Van deelneming aan de opdracht kan worden uitgesloten de leverancier ... die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, volgens voorschrift door het bestuur vastgesteld".

Cette disposition ne correspond ni à la version française ni au texte de l'article 20, 1, d, de la directive. Pour assurer la concordance avec la version française, il est proposé de remplacer dans la version néerlandaise les mots "volgens voorschrift" par le mot "behoorlijk".

+

Dans la version néerlandaise du littera g de l'alinéa 1er, on lira in fine "verstrekken" au lieu de "verstekken", "verlangd" au lieu de "verlengd" et à l'alinéa 2, "in" au lieu de "is" et "volgende" au lieu de "voldoende".

.../...

Aux termes de l'alinéa 2, le fournisseur doit établir qu'il ne se trouve pas dans les cas mentionnés aux a, b et c par la production d'un document dont il résulte que "ces exigences sont satisfaites".

Etant donné que le fournisseur doit prouver qu'il ne se trouve pas dans l'un des cas susvisés, il est inadéquat de parler ici de "exigences" qui doivent être "satisfaites". On remplacera donc le membre de phrase "et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites" par le texte correspondant de la directive, à savoir : "et dont il résulte que le fournisseur ne se trouve pas dans l'une de ces situations".

Article 8.

Dans le texte néerlandais, il y a lieu de remplacer, au § 1er, littera e, les mots "voor referenties" par les mots "door referenties" et au § 2, le mot "verwijzingen" par le mot "referenties"; en outre, le mot "bijzonder" doit être inséré devant le mot "bestek".

Article 9.

Afin de faciliter la lecture de cet article, le texte suivant, qui s'inspire de l'article 25, 7°, de la directive du 21 décembre 1976, est proposé :

"Article 9.-

Si les documents relatifs au marché prévoient l'attribution au prix le plus bas, le pouvoir adjudicateur est tenu de motiver le rejet des offres jugées trop basses auprès du comité consultatif pour les marchés publics, institué par décision du Conseil des Ministres des Communautés européennes du 26 juillet 1971".

.../...

Article 10.

Voir l'observation générale.

Article 12.

Il se concilie difficilement avec le règlement de compétence prévu par la Constitution de laisser à un ministre le soin de fixer la date d'entrée en vigueur d'un arrêté royal. Il est vivement recommandé de réserver la fixation de cette date au Roi lui-même.

De kamer was samengesteld uit

de Heren : A. MAST, eerste voorzitter,
Messieurs : premier président,

H. COREMANS, staatsraden,
A. VANDER STICHELE, conseillers d'Etat,

J. DE MEYER, bijzitters van de afdeling wetgeving,
F. DE KEMPENEER, assesseurs de la section de législation,

E. VAN VYVE, afdelingsgriffier.
greffier de section.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. A. VANDER STICHELE.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. J. DE KOSTER, auditeur.

La chambre était composée de

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. A. VANDER STICHELE.

Le rapport a été présenté par Mme J. DE KOSTER, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER, DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

E. VAN VYVE. A. MAST.