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 16e januari 1981 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen", heeft de 6e februari 1981 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 16 janvier 1981, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif à la mise en concurrence de certains marchés publics de fournitures", a donné le 6 février 1981 l'avis suivant :

I. ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Het ontwerp, dat zijn rechtsgrond ontleent aan de wet van 20 juli 1973, strekt ertoe de nationale reglementering betreffende de overheidsopdrachten aan te passen aan de verplichtingen die onmiddellijk of door verwijzing uit de richtlijn 80/767/E.E.G. van 22 juli 1980 voortvloeien.

De toelichting dienomtrent in het verslag aan de Koning vergt wel enige correctie.

2. Omdat een normatieve tekst bij voorkeur op zichzelf leesbaar hoort te zijn, verdient het aanbeveling het bedrag dat het toepassingsgebied van het ontwerp vaststelt alsmede de bedragen die al naar de bestemmelingen de van toepassing zijnde regelen bepalen, in het ontwerp zelf vast te stellen, met toevoeging van een machtiging aan de Eerste Minister om die bedragen aan te passen aan de schommeling van de waarde van de in de richtlijn van 22 juli 1980 vermelde rekeneenheden.

3. Zo veel als mogelijk moet worden vermeden dat een normatieve regeling over diverse teksten wordt gespreid. Aldus ware het beter de lijst bedoeld in artikel 3 en het model bedoeld in artikel 7 in bijlage bij dit ontwerp-besluit te voegen en de vormvereisten bedoeld in artikel 9, tweede lid, in dit ontwerp-besluit op te nemen.

.../...

Om een zelfde reden en omdat de datum van inwerkingtreding in feite door de richtlijn van 22 juli 1980 wordt opgelegd, hoort het niet, zoals in artikel 10 is gesteld, de datum van inwerkingtreding van het ontwerp-besluit door de Eerste Minister te doen vaststellen.

II. BIJZONDERE OPMERKINGEN.

AANHEF.

In de aanhef mogen de verwijzingen naar de koninklijke besluiten van 22 april 1977 en 28 december 1978, naar het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, naar de richtlijnen van 17 december 1969 en 21 december 1976 en naar het besluit van 10 december 1979 worden weggelaten.

In het tweede lid voege men toe : "gewijzigd bij de wet van 4 augustus 1978".

Artikel 1.

Naar luid van het bepaalde in § 1 zijn de bepalingen van het besluit van toepassing op "de overheidsopdrachten van leveringen onder de vorm van een koopovereenkomst gesloten door de in § 3 opdrachtgevende besturen ...".

De term "koopovereenkomst" is ontleend aan het bepaalde in artikel 2, 2, van de richtlijn van 22 juli 1980 doch komt als dusdanig niet voor in de nationale wetgeving en reglementering betreffende de overheidsopdrachten. Volgens

.../...

de gemachtigde ambtenaar is de term aangehouden om ervan te doen blijken dat de regelen van het ontwerp-besluit niet van toepassing zijn op promotieovereenkomsten, concessieovereenkomsten of huurcontracten. Met eerbiediging van de nationale terminologie kan een zelfde bedoeling worden bereikt door bijvoorbeeld artikel 1 aan te vullen met een § 4 waarin de overheidsopdrachten worden opgesomd waarop het ontwerp niet van toepassing is. Overigens is het zo dat de verplichtingen van het ontwerp meer betrekking hebben op de unilaterale overheidsbeslissingen die de eigenlijke overeenkomst voorafgaan dan wel op de overeenkomst zelf.

Rekening houdende met de voorgaande opmerking en met de algemene opmerking die boven is geformuleerd, zou § 1 kunnen gesteld worden als volgt :

"§ 1. Dit besluit is van toepassing op de overheidsopdrachten van leveringen met een geraamde waarde van ten minste ... die door de in § 3 vermelde besturen worden gegund".

De toe te voegen § 4 kan worden geredigeerd als volgt :

"§ 4. Dit besluit is niet van toepassing op promotieovereenkomsten, concessieovereenkomsten of huurcontracten".

+

De bepaling van § 2 ware beter en juister gesteld als volgt :

.../...

"§ 2. Inzake defensie is dit besluit slechts van toepassing op de overheidsopdrachten die betrekking hebben op de produkten waarvan de lijst in bijlage is opgenomen".

+

In § 3, A, zijn de woorden "avec des pays tiers" zonder equivalentie in de Nederlandse versie.

Artikel 2.

De bepalingen van artikel 2 van het ontwerp zijn voor een deel een herhaling van wat in artikel 1, § 1, is gesteld, voor een ander deel een aankondiging van de verplichtingen die in de artikelen 5 en 6 worden geformuleerd, nog voor een ander deel de bevestiging dat de in dit ontwerp bedoelde opdrachten in de regel onderworpen blijven aan het koninklijk besluit van 28 december 1978 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen.

Herhaling en aankondiging van elders uitgedrukte verplichtingen zijn nodeloos. Indien de Regering eraan houdt uitdrukkelijk te bevestigen dat de bepalingen van het koninklijk besluit van 28 december 1978 in de regel van toepassing blijven op de overheidsopdrachten in dit ontwerp bedoeld, kan dat eenvoudiger gesteld worden als volgt :

"Artikel 2.-

De bepalingen van de artikelen 1 tot 9 van het koninklijk besluit van 28 december 1978 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen blijven van toepassing op de overheidsopdrachten bedoeld in artikel 1, tenzij in dit besluit anders is bepaald".

.../...

Artikel 4.

Om de tekst nauwer te doen aansluiten bij het bepaalde in artikel 6, 1, f, van de richtlijn 77/62/E.E.G. van 21 december 1976 waarnaar in artikel 4 van de richtlijn 80/767/E.E.G. van 22 juli 1980 wordt verwezen, wordt het volgende voorstel in overweging gegeven :

"Artikel 4.-

De overheidsopdrachten bedoeld in artikel 1 mogen niet onderhands worden gegund indien het gaat om leveringen die ter beurse worden genoteerd en gekocht".

Artikel 5.

De eerste drie leden betreffen de publicatie van de in dit ontwerp bedoelde overheidsopdrachten, het vierde lid betreft de naleving van bepaalde termijnen. De bepalingen van het vierde lid zijn vreemd aan die van de eerste drie leden en zouden beter met die van artikel 6 worden samengevoegd.

De bepalingen betreffende de publicatieverplichting zijn onleesbaar gesteld.

In het eerste lid wordt verwezen naar het bepaalde in artikel 3, § 1, van meergenoemd koninklijk besluit van 28 december 1978. In dat artikel 3, § 1, wordt, enerzijds, de instandhouding bevestigd van de publicatie in het Bulletin der aanbestedingen voorgeschreven in artikel 11 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en, anderzijds, een bijkomende publicatie in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen georganiseerd.

.../...

In artikel 2 van het ontwerp is reeds bevestigd dat artikel 3 van het koninklijk besluit van 28 december 1978 van toepassing blijft op de overheidsopdrachten bedoeld in dit ontwerp. De verwijzing naar die bepaling, in het eerste lid van artikel 5 van het ontwerp, is dan ook een overbodige herhaling.

Indien het de bedoeling van de Regering is in afwijkende publicatieverplichtingen te voorzien, dan hoort dat op een leesbare manier te geschieden. Daar de juiste bedoelingen van de Regering aan de Raad van State niet zijn meegedeeld, kan deze geen tekstvoorstel in overweging geven.

+

In het vierde lid, dat zoals reeds is opgemerkt beter in artikel 6 zou worden ondergebracht, wordt verwezen naar "artikel 3, eerste lid, § A en § B, van het koninklijk besluit van 28 december 1978". Volgens de gemachtigde ambtenaar is hiermee bedoeld "artikel 3, § 2, eerste lid, en § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 december 1978".

Artikel 6.

De woorden "voor de opdrachten bedoeld bij dit besluit" kunnen als overbodig worden geschrapt.

In het verslag aan de Koning wordt ten onrechte verwezen naar artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 december 1978.

.../...

Artikel 8.

Om de tekst nauwer te doen aansluiten op het bepaalde in artikel VI.2. van de GATT-Overeenkomst waarnaar artikel 7 van de richtlijn van 22 juli 1980 verwijst, wordt voor het eerste lid het volgende tekstvoorstel in overweging gegeven :

"In geval van beperkte aanbesteding of beperkte offerteaanvraag wordt aan eenieder die niet in aanmerking is genomen op diens verzoek inlichtingen verstrekt betreffende de redenen waarom de aanvraag om opneming op de lijst van gekwalificeerde leveranciers is afgewezen of waarom hij niet is uitgenodigd of toegelaten tot inschrijving".

In het tweede lid ware, in de lijn van het tekstvoorstel, het woord "gegadigden" beter vervangen door "in aanmerking te nemen personen".

In het verslag aan de Koning wordt de toelichting bij artikel 8 van het ontwerp voor een deel ten onrechte onder artikel 9 vermeld.

Artikel 9.

In het eerste lid leze men : "Op zijn verzoek worden aan de Eerste Minister alle nuttige inlichtingen verstrekt met betrekking ...".

.../...

BIJLAGE.

De bijlage die aan de Raad van State is meegedeeld is een gewone fotocopie van het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen. Zij is niet voorzien van de gebruikelijke formule "Gezien om te worden gevoegd bij ..." en verwijst naar "hoofdstukken" zonder dat dienomtrent enige verduidelijking wordt verstrekt.

I. OBSERVATIONS GENERALES.

1. Le projet, qui trouve son fondement légal dans la loi du 20 juillet 1973, tend à adapter la réglementation nationale concernant les marchés publics aux obligations qui résultent immédiatement ou par référence de la directive 80/767/C.E.E. du 22 juillet 1980.

Le commentaire donné à ce sujet dans le rapport au Roi, requiert cependant certaines corrections.

2. Un texte normatif devant de préférence pouvoir se lire en soi, il se recommande de fixer dans l'arrêté en projet même le montant qui en détermine le champ d'application ainsi que les montants qui, selon les différents destinataires, définissent les règles applicables, tout en autorisant le Premier Ministre à adapter ces montants en fonction des fluctuations de la valeur des unités de compte mentionnées dans la directive du 22 juillet 1980.

3. Il y a lieu d'éviter autant que possible qu'un régime normatif soit réparti sur divers textes. Il serait dès lors préférable d'annexer au projet d'arrêté la liste visée à l'article 3 ainsi que le modèle visé à l'article 7 et d'insérer dans le projet d'arrêté les modalités visées à l'article 9, alinéa 2.

Pour la même raison et étant donné que la date d'entrée en vigueur est imposée en fait par la directive du 22 juillet 1980, il n'est pas indiqué de confier au Premier Ministre, comme le fait l'article 10, le soin de fixer la date à laquelle l'arrêté en projet entrera en vigueur.

.../...

II. OBSERVATIONS PARTICULIERES.

PREAMBULE.

Dans le préambule, les références aux arrêtés royaux du 22 avril 1977 et du 28 décembre 1978, au Traité instituant la Communauté économique européenne, aux directives du 17 décembre 1969 et du 21 décembre 1976 et à la décision du 10 décembre 1979 peuvent être omises.

A l'alinéa 2, il y a lieu d'ajouter : "modifiée par la loi du 4 août 1978".

Article 1er.

Aux termes du § 1er, les dispositions de l'arrêté s'appliquent aux "marchés publics de fournitures sous forme d'un contrat d'achat conclu par les administrations adjudicatrices visées au § 3 ...".

Le terme "contrat d'achat" est emprunté aux dispositions de l'article 2, 2, de la directive du 22 juillet 1980, mais ne se retrouve pas en tant que tel dans la législation et la réglementation nationales concernant les marchés publics. Selon le fonctionnaire délégué, le terme a été retenu pour bien marquer que les règles portées par l'arrêté en projet ne sont pas applicables aux contrats de promotion, de concession ou de location. Le même objectif peut s'atteindre, dans le respect de la terminologie nationale, en complétant par exemple l'article 1er par un § 4 qui énumère les marchés publics auxquels le projet ne s'applique pas. Les obligations prévues par le projet concernent d'ailleurs les décisions unilatérales des pouvoirs publics précédant le contrat plutôt que le contrat lui-même.

.../...

Compte tenu de cette dernière observation et de l'observation générale formulée ci-dessus, le § ler pourrait être rédigé comme suit :

"§ ler. Le présent arrêté s'applique aux marchés publics de fournitures d'une valeur estimée d'au moins ..., passés par les administrations mentionnées au § 3".

Le § 4 à ajouter peut être rédigé comme suit :

"§ 4. Le présent arrêté ne s'applique pas aux contrats de promotion, de concession ou de location".

+

La rédaction suivante du § 2 serait plus précise :

"§ 2. En matière de défense, le présent arrêté ne s'applique qu'aux marchés publics portant sur les produits dont la liste figure en annexe".

+

Au § 3, A, les mots "avec des pays tiers" n'ont pas d'équivalent dans la version néerlandaise.

Article 2.

Les dispositions de l'article 2 du projet se bornent, en partie, à répéter ce qui est disposé à l'article ler, § ler, en partie à annoncer des obligations formulées aux articles 5 et 6, en partie aussi à confirmer que les

.../...

marchés visés par le présent projet restent soumis à l'arrêté royal du 28 décembre 1978 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures.

La répétition et l'annonce d'obligations formulées ailleurs sont inutiles. Si le Gouvernement tient à confirmer expressément que les dispositions de l'arrêté royal du 28 décembre 1978 restent, en règle générale, applicables aux marchés publics visés par le présent projet, il peut le faire de la manière suivante, plus simple :

"Article 2.-

Les dispositions des articles ler à 9 de l'arrêté royal du 28 décembre 1978 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures restent applicables aux marchés publics visés à l'article ler, sauf disposition contraire du présent arrêté".

Article 4.

Afin de serrer de plus près les dispositions de l'article 6, 1, f, de la directive 77/62/C.E.E. du 21 décembre 1976 auquel l'article 4 de la directive 80/767/C.E.E. du 22 juillet 1980 fait référence, il est proposé de rédiger le texte de l'article 4 comme suit :

"Article 4.-

Les marchés publics visés à l'article ler ne peuvent pas être passés de gré à gré lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées en bourse".

.../...

Article 5.

Les trois premier alinéas ont trait à la publication des marchés publics visés par le présent projet, le quatrième concerne le respect de certains délais. Les dispositions de l'alinéa 4 sont étrangères à celles des trois premiers alinéas; il serait préférable de les joindre à celles de l'article 6.

Les dispositions relatives à l'obligation de publication sont rédigées d'une manière qui les rend pratiquement illisibles.

L'alinéa ler se réfère aux dispositions de l'article 3, § ler, de l'arrêté précité du 28 décembre 1978, qui d'une part confirment le maintien de la publication au Bulletin des adjudications, prescrite par l'article 11 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et d'autre part organisent une publication supplémentaire au Journal officiel des Communautés européennes.

Or, il a déjà été confirmé à l'article 2 du projet que l'article 3 de l'arrêté royal du 28 décembre 1978 reste applicable aux marchés publics visés par le présent projet. La référence que l'alinéa ler de l'article 5 du projet fait à cette disposition, est dès lors une répétition inutile.

Si le Gouvernement entend prévoir des obligations de publication dérogatoires, il doit traduire cette intention dans un texte qui soit parfaitement lisible. N'ayant

.../...

pas été informé des intentions exactes du Gouvernement, le Conseil d'Etat n'est pas en mesure de faire une proposition de texte.

+

L'alinéa 4 - qui serait mieux inséré à l'article 6 ainsi qu'il a été observé ci-avant - fait référence à "l'article 3, 1er alinéa des § A et § B, de l'arrêté royal du 28 décembre 1978". Est visé, selon le fonctionnaire délégué, "l'article 3, § 2, alinéa 1er, et § 3, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 28 décembre 1978".

Article 6.

Les mots "pour les marchés visés par le présent arrêté" sont superflus et peuvent être supprimés.

C'est à tort que le rapport au Roi se réfère à l'article 4 de l'arrêté royal du 28 décembre 1978.

Article 8.

Afin de serrer de plus près les dispositions de l'article VI.2, de l'Accord GATT, auquel l'article 7 de la directive du 22 juillet 1980 fait référence, il est proposé de rédiger l'alinéa 1er comme suit :

"En cas d'adjudication restreinte ou d'appel d'offres restreint, il est communiqué, à sa demande, à toute

.../...

personne non retenue, des renseignements concerant les raisons du rejet de sa demande d'inscription sur la liste des fournisseurs qualifiés ou les raisons pour lesquelles il n'a pas été invité ou admis à soumissionner".

A l'alinéa 2, il serait préférable, pour rester dans la ligne du texte proposé ci-dessus, de remplacer les mots "candidats retenus" par "personnes à retenir".

Dans le rapport au Roi, une partie du commentaire relatif à l'article 8 du projet a été rattachée par erreur au commentaire consacré à l'article 9.

Article 9.

A l'alinéa ler du texte néerlandais, on écrira : "Op zijn verzoek worden aan de Eerste Minister alle nuttige inlichtingen verstrekt met betrekking ...".

ANNEXE.

L'annexe communiquée au Conseil d'Etat est une simple photocopie du Journal officiel des Communautés européennes. Elle n'est pas revêtue de la formule usuelle "Vu pour être annexé à ..." et elle se réfère à des "chapitres", sans fournir aucune précision à ce sujet.

De kamer was samengesteld uit			La chambre était composée de
de Heren Messieurs	:	H. ADRIAENS,	voorzitter, président,
		H. COREMANS, Gh. TACQ,	staatsraden, conseillers d'Etat,
		G. VAN HECKE, F. DE KEMPENEER,	assessoren van de afdeling wetgeving, assesseurs de la section de législation,
Mevrouw Madame	:	M. BENARD,	griffier. greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. Gh. TACQ.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. DE COENE, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. Gh. TACQ.

Le rapport a été présenté par M. J. DE COENE, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

M. BENARD.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

H. ADRIAENS.