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 5 augustus 1992 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", heeft op 24 september 1992 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 5 août 1992, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", a donné le 24 septembre 1992 l'avis suivant :

I. ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Mede tengevolge van de verplichte omzetting in het nationaal recht van de E.E.G.-richtlijnen die met betrekking tot de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten mekaar hebben opgevolgd, is de desbetreffende wetgeving en reglementering een disparaat en moeilijk leesbaar stel van regelen geworden. Dit ontwerp heeft de verdienste - naar aanleiding van de implementatie van inzonderheid de richtlijnen 90/531/EEG van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie en 92/50/EEG van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (1) - de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten opnieuw te ordenen en in haar geheel te herschrijven, met inachtneming en aanpassing van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van erkenning van aannemers van werken, de wet van 21 maart 1991 tot hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en de op 17 juli 1991 gecoördineerde wetten op de rijkscomptabiliteit.

---

(1) De implementatie van de richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie wordt in dit ontwerp niet opgenomen.

2. Mettertijd heeft zich in het aanbestedingsrecht een eigen terminologie ontwikkeld. Bepaalde termen hebben een bepaalde betekenis verworven. In een materie als die van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten welke tot een omvangrijk contentieux aanleiding blijft geven, is een vaste terminologie een hulpmiddel in het streven naar rechtszekerheid.

Niet elkeen lijkt aan een vastheid in terminologie een zelfde gewicht toe te kennen. In de artikelen 2, § 1, en 19 van het ontwerp wordt - bijvoorbeeld - met betrekking tot het splitsen van overheidsopdrachten, zoals in de wet van 14 juli 1976, de term "loten" gebruikt. In de desbetreffende commentaar van de memorie van toelichting wordt steeds gewag gemaakt van het splitsen van de opdracht in "percelen". Aan de Raad van State is meegedeeld dat het inderdaad de bedoeling is de term "loten" te vervangen, voor opdrachten van werken, door "percelen" en, voor opdrachten van leveringen, door "partijen".

Als adviserend rechtscollege heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, zich in hoofdorde niet te bewegen op het domein van de enkele taal. Wel mag hij attenderen op het nadeel voor de rechtszekerheid van een te vlugge wisseling in terminologie.

Een andere zaak is het aanpassen van de terminologie aan die van de E.E.G.-richtlijnen. Het ligt voor de hand dat, binnen de keuzen welke de richtlijnen laten, de doelstelling welke met het verwezenlijken van een eenheidsmarkt nagestreefd wordt, bij een zo groot als mogelijke

uniformiteit in het formuleren van de regels en het kiezen van de termen gebaat is. Het bereiken van een dergelijke uniformiteit kan in een uiterste geval geschieden ten koste van de nationale terminologie. Een voorbeeld daarvan is het woord "raamovereenkomst" (contrat-cadre). In Belgisch recht wijst het tot heden op de onderhandse overeenkomst die in buitengewone gevallen kan worden gesloten wanneer het werken betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden verhinderen dat vooraf een globale vaststelling van prijzen plaatsvindt (artikel 17, § 2, 11°, van de wet van 14 juli 1976; artikel 18, § 3, 2°, van het ontwerp). Volgens artikel 1.4. van de richtlijn 90/531/EEG van 17 september 1990 is een raamovereenkomst (accord-cadre) "de overeenkomst ... die ten doel heeft de voorwaarden met name inzake prijs en, in voorkomend geval, hoeveelheid van in de loop van een bepaalde periode te plaatsen opdrachten vast te stellen". De auteurs van het ontwerp hebben in de artikelen 28 en 50 van het ontwerp zich op die richtlijn-definitie gericht ("de afspraak ... met betrekking tot het vastleggen van de voorwaarden, met name inzake de prijzen, van de opdrachten die zullen gegund worden in de loop van een gegeven periode").

In de commentaar bij artikel 28 van het ontwerp vermeldt de memorie van toelichting het volgende :

> "(Dit) artikel voert eveneens een nieuw begrip in, nl. de raamovereenkomst, die niet mag worden verward met de kaderovereenkomst - zijnde een overheidsopdracht waartoe in uitzonderlijke omstandigheden mag worden overgegaan zonder dat vooraf globale prijzen mogen worden vastgesteld - welke gebaseerd is op artikel 18, § 3, 3° (lees 2°), van het ontwerp".

Uit die commentaar mag blijken dat de auteurs van het ontwerp zich terdege bewust zijn van een wijziging in benaming van bepaalde overeenkomsten.

Moeilijker ligt het met de woordkeuze van de term "offerte" welke voortaan zou wijzen zowel op de inschrijving in geval van een aanbesteding als op de offerte in geval van een offerteaanvraag.

Hoe dan ook, indien met dit ontwerp voor een wijziging in de tot heden gebruikte terminologie geopteerd wordt - al dan niet in aansluiting op een E.E.G.-richtlijn - zal de overheid ervoor zorg dragen dat de rechtzoekende op een behoorlijke manier wordt voorgelicht.

3. Menige bepaling van het ontwerp is aan de wet van 14 juli 1976 ontleend. In de Franse tekst gaat het om een letterlijk overnemen, in de Nederlandse tekst heeft het de schijn van een nieuwe vertaling, niet altijd van een betere kwaliteit. Onnodig te zeggen dat een dergelijk procédé geen lof verdient. De Nederlandse tekst is derhalve aan een ernstige herziening toe, ten aanzien van zowel de uit de wet van 14 juli 1976 behouden bepalingen als de van een E.E.G.-richtlijn overgenomen voorzieningen. Tevens zal men ervoor waken dat analoge bepalingen op een zelfde manier worden geformuleerd. Het ontwerp blijft op dat punt vooral in de Nederlandse tekst erg in gebreke.

II. BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Opschrift.

De wet van 14 juli 1976 heeft als opschrift :

"Wet betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten".

Het ontwerp geeft als opschrift aan :

"Wet betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten".

Het ontwerp-opschrift ligt te dicht bij het opschrift van de wet van 14 juli 1976 om later de ene wet van de andere vlot te onderscheiden.

In de lijn van de E.E.G.-richtlijnen kan aan het volgende opschrift gedacht worden :

"Wet betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten".

EERSTE BOEK.

Artikel 1.

Het "eerste boek" van het ontwerp bestaat uit één artikel; dat artikel is niet meer dan een omschrijving van

de inhoud van de boeken II en III van het ontwerp en heeft derhalve geen normatieve draagwijdte.

De schrapping van het ontworpen artikel 1 noopt wel tot een vernummering van de boeken en de artikelen en tot een aanpassing van de interne verwijzingen.

Om verwarring te voorkomen wordt verder in het advies de nummering van het ontwerp behouden.

BOEK II.

TITEL I.

Het opschrift van titel I dient te worden vermeld.

Men schrijve derhalve :

"BOEK (...). - De overheidsopdrachten.

TITEL I. - Algemene beginselen".

Artikel 2.

1. Blijkens artikel 2, § 1, derde lid, bepaalt de Koning regels tot aanmoediging van de verdeling van de overheidsopdrachten in loten "teneinde, door de toegang tot de overheidsopdrachten van kleine en middelgrote ondernemingen te verruimen, de mededinging uit te breiden".

Dat de beoogde uitbreiding van mededinging op een overweging van een ruimere toegang tot de overheidsopdrachten van kleine en middelgrote ondernemingen moet berusten, vindt in de memorie van toelichting geen bevestiging.

Indien aan artikel 2, § 1, derde lid, inderdaad de bedoeling ten grondslag ligt om de kleine en middelgrote ondernemingen een bijkomende ondersteuning te bieden op het vlak van de overheidsopdrachten, zou met het ontwerp worden getreden op het domein van economisch beleid dat zaak is van de Gewesten.

Volgens artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, is de nationale overheid bevoegd om, met het oog op het waarborgen van de beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid en ter vrijwaring van de economische unie en de monetaire eenheid, algemene regels vast te stellen inzake de overheidsopdrachten. Die bevoegdheid blijft echter een uitzondering op de bevoegdheid van de Gewesten inzake economische aangelegenheden en is derhalve restrictief te interpreteren (Gedr. St., Kamer, B.Z., 1988, nr. 516/1, blz. 9). Overigens doet de parlementaire voorbereiding van de desbetreffende bijzondere-wetsbepaling ervan blijken dat met name het beleid inzake de kleine en middelgrote ondernemingen een gewestbevoegdheid is (Gedr. St., Kamer, B.Z., 1988, nr. 516/6, blz. 139).

Bovendien kan de bepaling, zoals zij in het ontwerp is geformuleerd, als een preferentiële regel ten gerieve van

de kleine en middelgrote ondernemingen worden gelezen die met het gelijkheidsbeginsel kan strijden.

Het ware derhalve aangewezen om de eerste zin van artikel 2, § 1, derde lid, te beperken tot de volgende redactie :

"De Koning kan betreffende het verdelen van overheidsopdrachten in loten regels vaststellen".

Later kunnen dan de ter uitvoering van die bepaling genomen koninklijke besluiten op de bestaanbaarheid met de Grondwet en het E.E.G.-recht worden getoetst.

2. In artikel 2, § 2, schrijve men : "Onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 65 ... op het uitvoeren van hun taken van openbare dienst ...".

Artikel 3.

In boek II dient telkens van "aanbestedende overheden" melding te worden gemaakt, niet van "aanbestedende diensten". In de artikelen 3, 9, 18, § 2, 24, § 4, 25, tweede lid, 28, vierde streepje, en 46, tweede lid, vervange men dus telkens de term "aanbestedende dienst" of "aanbestedende diensten" door, respectievelijk, "aanbestedende overheid" of "aanbestedende overheden".

In artikel 3, tweede lid, schrijve men : "... geheel of gedeeltelijk van toepassing maken ...".

Artikel 4.

De stellers van het ontwerp zullen moeten nagaan of in de inleidende zin van artikel 4, § 1, de woorden "van dit boek" niet moeten worden vervangen door de woorden "van deze wet". In ieder geval zal het gebrek aan overeenstemming, dat op dit punt bestaat tussen het ontwerp en de memorie van toelichting, moeten worden weggewerkt.

Uit de redactie van artikel 4, § 2, moet worden afgeleid dat zolang de Koning voor de betrokken overheidsopdrachten voor leveringen en diensten geen specifieke regeling heeft uitgewerkt, die opdrachten onderworpen blijven aan de regels en voorwaarden die voor elke overheidsopdracht gelden.

Voorts schrijve men in artikel 4, § 2 : "... waarop artikel 223, § 1, b, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen van toepassing is, aan specifieke gunningswijzen en aannemingsvoorwaarden onderwerpen".

Artikel 5.

1. Naar luid van artikel 5, § 1, zijn de bepalingen van titel II van toepassing op de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies en de gemeenten.

Het ontwerp laat in het midden of die bepalingen ook van toepassing zijn op de wetgevende lichamen van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, evenals op het Rekenhof. In de rechtsleer is uit het stilzwijgen van de wet van 14 juli 1976 afgeleid dat die wet op die lichamen niet van toepassing is (R. DEVRIENDT, Zijn de Kamers en het Rekenhof onderworpen aan de nieuwe wet betreffende de overheidsopdrachten ?, Tijdschrift voor aannemingsrecht, 1980, blz. 120; M.A. FLAMME, Praktische kommentaar, 5de uitgave, blz. 137).

Blijkens artikel 1, b), van de richtlijn 71/305/EEG van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, moet onder "aanbestedende diensten" worden verstaan "de Staat, zijn territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen welke in bijlage I zijn opgesomd".

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van zijn kant heeft het begrip "Staat", zoals dit in de voornoemde bepaling voorkomt, in een functionele zin geïnterpreteerd (arrest BEENTJES van 20 september 1988, zaak 31/87).

Het ontwerp kan een gelegenheid zijn om het toepassingsgebied van de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten aan de rechtspraak van het Hof van Justitie te toetsen en zo nodig te verduidelijken.

2. Op de in artikel 5, § 2, 8°, bedoelde rechtspersonen, zijn de bepalingen van titel II enkel van toepassing voor zover zij beantwoorden aan de criteria in dat punt 8° vermeld. Volgens de memorie van toelichting zou de wet op die rechtspersonen slechts van toepassing zijn wanneer aan elk gesteld criterium is voldaan. De memorie vermeldt :

> "Deze criteria zijn dus cumulatief. Wat het tweede betreft dient opgemerkt te worden dat het de behoeften van algemeen belang zijn, die van industriële of commerciële aard moeten zijn. Men kan dus stellen dat de instellingen zoals de Nationale Delcredere-dienst, het Herdiscontering- en Waarborginstituut, de Nationale Bank en de openbare kredietinstellingen, de Nationale en Gewestelijke investeringsmaatschappijen niet aan deze criteria beantwoorden. Dergelijke instellingen ontsnappen aan de toepassing van de wet, tenminste voor wat de gunning van hun eigen opdrachten betreft".

Indien het in de bedoeling van de stellers van het ontwerp ligt om de in de memorie genoemde instellingen van de toepassing van de wet uit te sluiten, dient zulks om redenen van rechtszekerheid in het ontwerp zelf te worden vermeld.

3. Volgens de gemachtigden van de Regering ligt het niet in de bedoeling om de in artikel 5, § 2, 8°, opgesomde criteria toe te passen ten aanzien van bijvoorbeeld vrije onderwijsinstellingen en private ziekenhuizen of instellingen voor gehandicaptenzorg. In die gevallen zou toepassing worden gemaakt van artikel 5, § 3. Die bedoeling blijkt

niet uit de tekst van het ontwerp en hoort, minstens in de memorie van toelichting, te worden verduidelijkt.

4. Zoals de Raad van State heeft opgemerkt in zijn advies van 3 mei 1990 over het ontwerp dat het koninklijk besluit van 1 augustus 1990 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen is geworden, kunnen, wat het onderworpen zijn aan de wet betreft, problemen rijzen bij het mogelijk fluctueren van de situatie van een instelling. Dat is zeker het geval voor het bepaalde in artikel 5, § 2, 8°, derde streepje, van het ontwerp, waarin criteria met betrekking tot de financiering, het toezicht en het beheer van de betrokken instellingen worden vermeld.

Men kan dat euvel verhelpen door in artikel 5, § 2, 8°, het tijdstip te bepalen dat determinerend zal zijn voor het al dan niet onderworpen zijn aan de wet en waarop zal worden vastgesteld of aan de betrokken criteria is voldaan. Dat tijdstip zou bijvoorbeeld de dag kunnen zijn van de beslissing om tot een overheidsopdracht over te gaan.

5. Onverminderd de vorengaande opmerkingen wordt voor artikel 5, § 2, 8°, de volgende tekst in overweging gegeven :

"8° de instellingen :

- die opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en

- die rechtspersoonlijkheid hebben, en

- waarvan ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in § 1 en § 2, 1° tot 8°, ofwel het beheer onderworpen is aan het toezicht van die overheden of instellingen, ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen".

6. Indien men een normatieve waarde wil verlenen aan het bepaalde in artikel 5, § 2, tweede lid, formulere men dat lid als volgt :

"Volgens de regels welke de Koning bepaalt, wordt een lijst aangelegd van de instellingen bedoeld in 8°".

Een analoge opmerking kan worden gemaakt bij de in overeenkomstige zin aan te passen artikelen 27, eerste lid, en 49, § 1.

7. In artikel 5, § 3, vervange men het woord "toelagen" door het woord "subsidies".

8. Volgens de memorie van toelichting wil men met artikel 5, § 4, het de Koning mogelijk maken om bestaande wetteksten in overeenstemming te brengen met de in het ontwerp vervatte regeling. De betrokken paragraaf ware dan ook beter in die zin gesteld.

Artikel 6.

1. Het artikel definieert de verschillende overheidsopdrachten, zulks in overeenstemming met de in de memorie van toelichting vermelde E.E.G.-richtlijnen. De in die richtlijnen gehanteerde begrippen hebben echter niet steeds dezelfde draagwijdte als die welke hen tot dusver in het nationale recht is toebedeeld. Zo is de in het ontwerp overgenomen omschrijving van het begrip "overheidsopdracht voor aanneming van werken" ruimer dan die welke traditioneel aan dat begrip toekomt in het nationale recht, in de mate dat erin bijvoorbeeld wordt gedoeld op "het laten uitvoeren" van een werk "met welke middelen ook". Anderzijds is de omschrijving enger waar erin melding wordt gemaakt van "de in bijlage vermelde werkzaamheden".

Een en ander heeft voor gevolg dat bepaalde opdrachten welke tot dusver in het nationale recht beschouwd zijn geworden als een overheidsopdracht voor aanneming van

werken, voortaan een overheidsopdracht voor aanneming van leveringen of van diensten zullen zijn.

Een dergelijk verschil in classificatie van de opdrachten heeft onmiskenbaar gevolgen voor de reglementering van de erkenning van de aannemers welke enkel geldt voor de aanneming van werken. Er zal derhalve moeten worden nagegaan of de wijzigingen die door het ontworpen artikel 47 aan de wet van 20 maart 1991 houdende erkenning van aannemers van werken, worden aangebracht, volstaan om de noodzakelijke coherentie met de wetgeving en de reglementering inzake overheidsopdrachten te waarborgen.

2. Men schrijve na het tweede streepje "overheidsopdracht voor aanneming van leveringen" en men vervange de woorden "aannemer", "in tweede instantie" en "bevatten" door respectievelijk de woorden "leverancier", "bijkomend" en "insluiten".

Artikel 7.

Voor zoveel als nodig kan erop worden gewezen dat artikel 7 uiteraard enkel ten aanzien van de nationale Regering gelding kan hebben.

Artikel 8.

De laatste zin van artikel 8, § 1, eerste lid, ware beter geformuleerd als volgt :

"De mogelijkheid van herziening moet in het bestek of in de overeenkomst voorzien zijn".

Artikel 9.

Naar analogie met het bepaalde in artikel 4 van de wet van 14 juli 1976, schrijve men in fine van artikel 9, eerste lid : "... en die door de aanbestedende overheid zijn goedgekeurd".

In hetzelfde lid schrijve men in de Franse tekst : "... et approuvés par le pouvoir adjudicateur".

Artikel 11.

Het artikel herneemt het bepaalde in artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 en verbiedt aan ambtenaren, openbare gezagdragers en andere personen belast met een openbare dienst, tussenbeide te komen bij het gunnen van en het toezien op het uitvoeren van een overheidsopdracht, zodra zij persoonlijk of via een tussenpersoon, belangen hebben in een inschrijvende onderneming.

Die bepaling dient duidelijk te worden onderscheiden van die van artikel 12 van het ontwerp waarin het bepaalde in artikel 7 van de wet van 14 juli 1976 wordt hernomen en waarin het gaat om het verbod van handelingen, overeenkomsten of afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

Er bestaat in de rechtspraak geen eensgezindheid omtrent de vraag welke de gevolgen zijn van de niet-naleving van het bepaalde in artikel 6 van de wet van 14 juli 1976, wat de regelmatigheid van de gunning van de opdracht betreft.

Volgens sommige arresten maakt die niet-naleving de inschrijving onregelmatig en is zij een grond van vernietiging van de beslissing houdende toewijzing van de opdracht (R.v.St., N.V. SINTRA, nr. 26.545 van 16 mei 1986; N.V. FABRICOM AIR CONDITIONING, nr. 35.909 van 29 november 1990). Volgens andere arresten kan die niet-naleving hoogstens leiden tot een sanctionering van de betrokken ambtenaar, openbare gezagdrager of andere persoon belast met een openbare dienst, en vermag zij de regelmatigheid van de inschrijving niet aan te tasten (R.v.St., N.V. ROEGIERS en NOBELS, nr. 35.443 van 10 juli 1990).

Het ontwerp biedt de gelegenheid om duidelijkheid te scheppen omtrent de gevolgen, voor de geldigheid van de toewijzing van de opdracht, van de niet-naleving van het bepaalde in artikel 6 van de wet van 14 juli 1976, nu artikel 11 van het ontwerp. Die verduidelijking dient te

worden aangebracht zoniet in de tekst van het ontwerp, dan toch minstens in de memorie van toelichting.

Artikel 12.

Men vervange het woord "verstandhouding" door het woord "afspraak".

Artikel 13.

Het artikel stemt in ruime mate overeen met artikel 8 van de wet van 14 juli 1976. In tegenstelling tot laatstgenoemd artikel legt artikel 13 van het ontwerp niet langer verplichtingen op aan de inschrijver, maar wel aan de aannemer.

In paragraaf 3, eerste lid, dient derhalve van de "aannemer" en niet van de "inschrijver" melding te worden gemaakt.

In paragraaf 4, tweede lid, schrijve men : "... krachtens § 1, 3° en 4° ...".

In paragraaf 6 dient de verwijzing naar artikel 299bis van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen vervangen te worden door de verwijzing naar "de artikelen 400 en 404 van het Wetboek van Inkomstenbelastingen - 1992" en de verwijzing naar artikel 299ter, § 2, tweede lid,

door deze naar "artikel 406, tweede lid, van het Wetboek van Inkomstenbelastingen - 1992".

Nog in die paragraaf 6 verwijze men naar de wet van "27 juni 1969" in plaats van naar de wet van "17 juni 1969" en schrijve men : "... inzake de fiscale wetgeving en de sociale zekerheid".

Artikel 14.

Omdat het karakter van de aanbesteding, respectievelijk de offerteaanvraag in artikel 15 nader wordt omschreven, kan het volstaan artikel 14 te redigeren als volgt :

"Art. 14. De opdrachten worden gegund bij aanbesteding of bij offerteaanvraag. Zij kunnen bij onderhandelingsprocedure worden gegund in de gevallen opgesomd in artikel 18.

De Koning kan de voorwaarden bepalen waaraan de keuze van de wijze van gunnen is onderworpen".

Artikel 15.

1. Het verdient aanbeveling om het eerste lid in twee zinnen op te splitsen als volgt :

"... met inachtneming van de regels van bekendmaking die de Koning bepaalt. Wanneer de aanbesteding openbaar of de

offerteaanvraag algemeen is, worden de offertes geopend in het openbaar".

2. In het tweede lid wordt, in navolging van onder meer de richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992, het begrip "gegadigden" ingevoerd.

Aangezien niet elke geraadpleegde gegadigde noodzakelijkerwijze een inschrijving zal indienen, dient in het tweede lid te worden geschreven :

"... en wanneer de aannemers, leveranciers of dienstenverleners geraadpleegd worden die de bevoegde overheid geselecteerd heeft. Alleen zij die geraadpleegd zijn mogen een offerte indienen. Alleen de inschrijvers mogen aanwezig zijn bij de opening van de offertes".

Artikel 16.

1. Artikel 16, § 2, regelt de mogelijkheid tot afwijking van de regel van gunning aan de laagste regelmatige inschrijver bij aanbesteding en wijst de overheid aan welke de desbetreffende beslissing kan nemen. Volgens de memorie van toelichting moet deze mogelijkheid "vanuit een zeer beperkend standpunt" worden bekeken.

1.1. De punten 1° en 2° van het eerste lid van artikel 16, § 2, stemmen overeen met het bepaalde in artikel 12, § 2, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 14 juli 1976.

Omtrent de bevoegdheid van de overheid die over de afwijking kan beslissen vermeldde de memorie van toelichting bij het voornoemde artikel 12, § 2, eerste lid, 1° en 2°, wat volgt :

"- aan de Eerste Minister : voor de opdrachten van de Staat en van de instellingen die onder het hiërarchisch gezag van een Minister staan, d.w.z. instellingen van categorie A bedoeld in artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 betreffende ..., staatsbedrijven, enz.

- aan de bevoegde Minister : voor de opdrachten van de andere publiekrechtelijke personen onderworpen aan het toezicht van deze Minister, d.w.z. de instellingen van de categorieën B en C bedoeld in artikel 1 van de wet van 16 maart 1954, de gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen, de intercommunale commissies van openbare onderstand, enz." (Gedr. St., Senaat, 1975-1976, nr. 723/1, blz. 21).

1.2. Het ontworpen artikel 16, § 2, eerste lid, 3°, is anders gesteld dan artikel 12, § 2, eerste lid, 3°, van de wet van 14 juli 1976.

Luidens laatstgenoemde bepaling kan de provinciegouverneur afwijken voor de opdrachten in naam van de provincies, gemeenten, federaties van gemeenten, verenigingen van gemeenten en andere instellingen die van de provincies en van de gemeenten afhangen en wordt in de gevallen bedoeld in "artikel 54, § 2, derde lid, van de wet van 10 maart 1925 tot regeling van de openbare onderstand" de beslissing genomen door de minister die de openbare onderstand in zijn bevoegdheid heeft.

Artikel 16, § 2, eerste lid, 3°, van het ontwerp, verwijst nu in algemene bewoordingen naar "wat vastgelegd werd in de bepalingen van de wet, het decreet, de ordonnantie, het reglement of het statuut".

Met die nieuwe redactie van dat 3° wordt onduidelijk of aan het bepaalde in het ontworpen artikel 16, § 2, eerste lid, 1° en 2°, nog een zelfde betekenis mag worden gehecht als aan artikel 12, § 2, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 14 juli 1976, en of de in artikel 12, § 2, eerste lid, 3°, van die wet vermelde overheden al dan niet onder de toepassing van het nieuwe 3° vallen.

1.3. Daarenboven is er de principiële vraag of thans van een andere visie wordt uitgegaan dan die welke aan de wet van 14 juli 1976 ten grondslag lag en destijds in Kamerverslag als volgt werd verwoord :

> "De Staatssecretaris is van oordeel dat zulke belangrijke beslissingen niet overgelaten worden aan de overheid die bevoegd is voor het sluiten van de overeenkomst, ook niet met een goedkeuring; zij moeten worden toevertrouwd aan een andere overheid, zodat de regelmatigheid beter gewaarborgd wordt" (Gedr. St., Kamer, 1975-76, nr. 903/4, blz. 14).

Door de gemachtigden van de Regering is gezegd dat "de provincies, gemeenten, verenigingen van gemeenten en andere instellingen die van de provincies en van de gemeenten afhangen" vallen onder het 2° van het ontworpen artikel 16, § 2, eerste lid, aangezien de term "toezicht" zeer ruim dient begrepen te worden. Volgens hen is elke vorm van toezicht bedoeld onder het 2°. Indien dat zo is, zou

zulks best in de memorie van toelichting worden gepreciseerd. Daarbij kan worden toegelicht of subsidiëring gelijk staat met toezicht en zo ja, wat bij samenloop van subsidiëring en toezicht de voorrang heeft indien voor elk van beide een andere minister bevoegd is.

2. Artikel 16, § 2, van het ontwerp zal moeten worden aangepast indien de wet toepasselijk wordt gemaakt op de parlementaire assemblées, Rekenhof inbegrepen, in welk verband mag worden verwezen naar de bij artikel 5 van het ontwerp geformuleerde opmerkingen.

3. Men zal bij artikel 16, § 2, van het ontwerp ervoor oog hebben dat in dat artikel uiteraard geen regeling van afwijking is opgenomen, wat de Gemeenschappen, de Gewesten en de onder deze ressorterende instellingen betreft. De algemene vermeldingen in 3° zullen op dat punt door de Gemeenschappen en de Gewesten moeten worden ingevuld.

4. Wanneer de wet, het decreet, de ordonnantie, het reglement of het statuut geen overheid aanwijzen die over de bedoelde afwijking kan beslissen, zou volgens de gemachtigde ambtenaar over de afwijking mogen worden beslist door de overheid die voor het sluiten van de overeenkomst bevoegd is. Dat staat niet in het ontwerp en strookt niet met de algemene conceptie van strenge beperking van de afwijkingsmogelijkheid.

5. Indien het in de bedoeling zou liggen om voor de overheidsbedrijven in een aparte regeling te voorzien waarbij in plaats van de minister bijvoorbeeld de raad van bestuur over de afwijking beslist, dient zulks uitdrukkelijk in het ontwerp te worden opgenomen.

Ter informatie kan worden opgemerkt dat, wat het overheidsbedrijf Belgacom betreft, in artikel 4, § 3, van het koninklijk besluit van 19 augustus 1992 tot goedkeuring van het eerste beheerscontract van de Regie van Telegrafie en Telefonie en betreffende de vaststelling van de maatregelen tot rangschikking van bedoelde Regie bij de autonome overheidsbedrijven, reeds in specifieke regelen is voorzien.

Artikel 17.

Er is een gebrek aan overeenstemming tussen de tekst van het ontwerp en die van de memorie van toelichting. Volgens artikel 17 dienen de gunningscriteria vermeld te worden in het bestek. Volgens de memorie van toelichting moeten die criteria in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vastgelegd. Eén van beide teksten zal moeten worden aangepast.

Artikel 18.

In artikel 18, § 2, 1°, d), stemmen de woorden "en die, wat de vorm in het kader van de eerste procedure betreft, een hiermee overeenstemmende offerte indienden" - welk zinsdeel overigens onleesbaar is - niet overeen met

die van de overeenkomstige bepalingen van de betrokken E.E.G.-richtlijnen.

Zo worden in artikel 5.2, a), van de richtlijn 89/440/EEG van 18 juli 1989 de bewoordingen "... en die gedurende de voorafgaande openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedures offertes hebben gedaan die in overeenstemming zijn met de formele eisen van de procedure voor het plaatsen van opdrachten" gehanteerd.

In artikel 11.2, a), van de richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992 wordt geschreven "... die aan de formele eisen van aanbestedingsprocedure voldeden".

Ook in het artikel 18, § 3, 1°, van het ontwerp is er een zelfde gebrek aan overeenstemming met de E.E.G.-richtlijnen.

Artikel 20.

Men vervange in het tweede lid het woord "toewijzing" door het woord "gunning".

Artikel 21.

Volgens de memorie van toelichting regelen de artikelen 21 en 22 van het ontwerp "de materie van de wedstrijden van diensten, zoals ze beschreven zijn in de nieuwe richtlijn van de Raad 92/50/EEG van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het

plaatsen van overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten".

Er valt op te merken dat de voornoemde richtlijn niet de uitdrukking "wedstrijd van diensten" hanteert, wel "prijsvraag voor ontwerpen". Het verdient aanbeveling om de laatstgenoemde term in het ontwerp over te nemen en om de artikelen 21 en 22 van het ontwerp op een dienovereenkomstige wijze aan te passen.

Artikel 22.

Het spreekt vanzelf dat de Koning bij het vaststellen van de bedoelde uitvoeringsbesluiten rekening zal moeten houden met de richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992.

Artikel 23.

Het ware meer in overeenstemming met de in de E.E.G-richtlijnen gebruikte terminologie, om de term "normen" te hanteren in plaats van de term "maatstaven".

Artikel 24.

In artikel 69, zesde streepje, van het ontwerp worden de artikelen 96 tot 99 van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 17 juli 1991, opgeheven. De bepalingen van artikel 24 van het ontwerp komen daarvan in de plaats. In de memorie van

toelichting wordt breed uitgeweid over de redenen van de herziening en de verruiming van het toepassingsgebied.

In paragraaf 1 leze men "... uit hoofde van de uitvoering ..." en vervange men "afstand" door "overdracht".

Men vervange in paragraaf 3 het woord "geldschieters" door het woord "kredietverleners".

Artikel 25.

Men schrijve in het tweede lid "... waarvoor de concessiehouder zich verbindt hetzij ze uit te voeren, hetzij gezamenlijk ...".

Artikel 26.

Men schrijve in fine van paragraaf 1 "... waarvoor hij zich verbonden heeft ze uit te voeren".

In paragraaf 2, eerste lid, schrijve men :

"Indien de concessiehouder geen aanbestedende overheid is in de zin van § 1 dient hij de door de Koning ... waarvoor hij zich verbonden heeft ze uit te voeren. Worden ... (voorts zoals in het ontwerp)".

In paragraaf 2, tweede lid, wordt in de Nederlandse tekst van zowel een "overheersende" als een "overwegende" invloed gesproken, alhoewel hetzelfde begrip wordt beoogd.

De terminologie dient derhalve naar het voorbeeld van de Franse tekst eenvormig te worden gemaakt.

Bovendien zal moeten worden nagegaan of de in paragraaf 2, tweede lid, tweede streepje, bedoelde meerderheid niet op het stemrecht als zodanig betrokken moet worden in plaats van op de uitgebrachte stemmen, zoals het ontwerp laat uitschijnen.

Artikel 27.

De redactie van de laatste zin van het ontworpen artikel 27, eerste lid, zal worden aangepast zoals voorgesteld onder artikel 5 (punt 6).

Voorts leze men in het tweede lid : "... van hun taken van openbare dienst ...".

Artikel 28.

In uitvoering van artikel 1.4. van de richtlijn 90/531/EEG van 17 september 1990, omschrijft het ontworpen artikel 28 het begrip "raamovereenkomst". Onverminderd de algemene opmerking 2 welke dienomtrent boven in dit advies is gemaakt, zou men kunnen overwegen - teneinde in feite iedere terminologische verwarring met de overeenkomst bedoeld in artikel 18, § 3, 2°, van het ontwerp te vermijden - het nieuwe begrip een "raamakkoord" te noemen. Mocht op die suggestie worden ingegaan, zouden de

artikelen 40, § 2, 1°, g), 50 en 61, § 2, 1°, e), in een dienovereenkomstige zin moeten worden aangepast.

Men vervange in de definitie van de "raamovereenkomst" het woord "afspraak" door het woord "overeenkomst".

Voorts schrijve men : "overheidsbedrijf : elke onderneming waarover ...". In dezelfde begripsomschrijving vervange men het woord "bedrijfskapitaal" door de woorden "maatschappelijk kapitaal" of "geplaatst kapitaal" al naar de bedoeling van de Regering.

Artikel 39.

Het artikel betreft de kennisgeving van uitsluitingen aan de overheid die de Koning aanwijst. De memorie van toelichting heeft het enkel over een kennisgeving aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen en stelt dat de modaliteiten ervan bij koninklijk besluit zullen worden geregeld. De tekst van artikel 39 heeft een ruimere draagwijdte dan de commentaar in de memorie van toelichting. Het ene of het andere zal moeten worden herzien.

Onder dat voorbehoud ware artikel 39 beter geformuleerd als volgt :

"De Koning kan de aanbestedende overheid verplichten om de door Hem aangewezen overheid in kennis te stellen van de werkzaamheden, produkten of diensten waarvoor volgens haar een uitsluiting krachtens deze titel geldt".

Artikel 40.

In paragraaf 1 vervange men het zinsdeel "al naar gelang wat bepaald werd in de artikelen 15 tot 17" door "overeenkomstig de artikelen 15 tot 17".

In paragraaf 2, 1°, c), vervange men het woord "open" door het woord "openbare".

Artikel 41.

Rekening houdend met het bepaalde in artikel 29.3. van de richtlijn 90/531/EEG van 17 september 1990, schrijve men in fine van artikel 41, § 1, derde lid "... indien ze het bedrag van de offerte waarop het eerste lid van toepassing is, niet met meer dan 3 % overschrijdt".

In paragraaf 2, eerste lid, schrijve men "... overeenkomstig de verordening 68/802/EEG van 27 juni 1968 betreffende de gemeenschappelijke definitie van het begrip "oorsprong van goederen"".

Artikel 63, § 2, eerste lid, van het ontwerp dient in een overeenkomstige zin te worden aangepast.

Artikel 42.

Er bestaat een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst, wat de artikelen betreft

die toepasselijk worden gemaakt op de overheidsopdrachten bedoeld in titel IV.

Uit de memorie van toelichting valt af te leiden dat de Nederlandse tekst als volgt moet worden aangepast : "De artikelen 7 tot 13, 19, 20, 23 en 24 zijn eveneens toepasselijk ...".

Uit het feit dat de artikelen 25 en 26 van het ontwerp niet toepasselijk worden gemaakt op de overheidsopdrachten bedoeld in titel IV, zou men kunnen afleiden dat, wat de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie betreft, geen concessies voor openbare werken mogelijk zijn. Vraag is of zulks de bedoeling is.

Artikel 43.

Het artikel onttrekt de Openbare Elektriciteitsmaatschappij aan de toepassing van boek II, ermee rekening houdend dat artikel 65, tweede lid, de bepalingen van boek III van toepassing maakt op de betrokken maatschappij wat bepaalde opdrachten voor aanneming van werken en leveringen betreft.

Volgens de gemachtigden van de Regering zou de Openbare Elektriciteitsmaatschappij het enige overheidsbedrijf in zijn soort zijn.

Artikel 44.

Een delegatie vergelijkbaar met die welke in artikel 44 is opgenomen, kan men terugvinden onder meer in artikel 110 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet. Qua redactie, na te leven vormen en periode waarvoor de delegatie is toegekend, zijn er wel grote verschillen.

In het eerste lid van artikel 44 moet worden gepreciseerd dat de bevoegdheid welke aan de Koning wordt verleend, de macht inhoudt om de wet op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen.

Artikel 45.

Het artikel hoort thuis, gezien zijn algemene draagwijdte, in boek IV dat de slotbepalingen bevat. Het ware daarenboven beter als volgt geredigeerd :

"De koninklijke besluiten welke in uitvoering of met toepassing van deze wet worden vastgesteld, worden in Ministerraad overlegd".

Artikel 46.

In het eerste lid schrijve men voor de duidelijkheid : "... met de bepalingen van deze wet, zijn niet langer van toepassing op de overheidsopdrachten en concessies voor

openbare werken die na de inwerkingtreding van deze wet worden aangekondigd".

De Nederlandse tekst van het tweede lid is onleesbaar en verschilt totaal van de Franse tekst. Men lijkt te moeten lezen :

"De Koning kan de organieke bepalingen en de statuten van de in het eerste lid bedoelde aanbestedende overheden, althans van die welke onder het gezag of het toezicht van een minister staan, met de bepalingen van deze wet in overeenstemming brengen".

Artikel 47.

Er mag worden verwezen naar de opmerkingen die bij de artikelen 6 en 16, § 2, (punt 5) werden gemaakt met betrekking tot het aanpassen van de reglementering inzake de erkenning van aannemers van werken, respectievelijk het al dan niet van toepassing zijn op de autonome overheidsbedrijven van de mogelijkheid van afwijking en van de aanwijzing van het daartoe bevoegde orgaan, wat de erkenningsvoorwaarden betreft. In dat verband kan worden gerefereerd aan artikel 7 van het onder artikel 16 (punt 5) vermelde koninklijk besluit van 19 augustus 1992.

Voor het overige verdient het aanbeveling om redenen van duidelijkheid in de nieuwe bepaling onder artikel 47, 2°, te schrijven : "Deze wet is van toepassing op de overheidsopdrachten ... door de andere rechtspersonen waarop de titels II en IV van ...".

Artikel 48.

In de inleidende zin schrijve men : "... wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven ...".

Er is een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de nieuwe paragraaf 1.

Onder dat voorbehoud schrijve men in paragraaf 1 : "... voor de opdrachten die betrekking hebben op het uitvoeren van hun taken van openbare dienst ..." en "... van boek (III) van de voornoemde wet ...".

Mocht ingegaan worden op het tekstvoorstel dat boven in dit advies omtrent het opschrift van de wet in ontwerp is gemaakt, zal de tekst van paragraaf 1 moeten worden aangepast.

BOEK III.

Hoofdstukken I en II.

De artikelen 49 tot 63 van het ontwerp regelen de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen gegund door privé-ondernemingen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie. Deze artikelen stemmen redactioneel in ruime mate overeen met de artikelen 27 tot 41 van het ontwerp.

Het verdient aanbeveling om, waar mogelijk, de beide reeksen van bepalingen op een eenvormige wijze te formuleren. De Nederlandse tekst van het ontwerp is op dat punt sterk voor verbetering vatbaar. Ter illustratie kan worden gewezen op het verschil in terminologie van respectievelijk de artikelen 28 en 50, tweede streepje, en die van de artikelen 41, § 1, en 63, § 1.

De opmerkingen die bij de artikelen 27 tot 41 van het ontwerp werden gemaakt, zijn uiteraard op de artikelen 49 tot 63 van overeenkomstige toepassing, onverminderd de opmerkingen welke bijkomend hierna worden gemaakt.

Artikel 49.

Men schrijve in paragraaf 1 : "De bepalingen van deze titel zijn van toepassing op ...".

Artikel 59.

Onder 5° schrijve men : "... E.E.G.-Verdrag, wordt gesloten tussen ...".

Artikel 61.

Artikel 61, § 2, lijkt analoog te zijn met het bepaalde in de artikelen 18, § 2, en 40, § 2. Toch is het in de inleidende zin anders geredigeerd.

Voor zover de bedoeling van de Regering juist wordt weergegeven, wordt de volgende tekst voorgesteld :

"§ 2. De opdrachten mogen bij onderhandelingsprocedure gegund worden, zonder naleving van de bekendmakingsvoorschriften :".

Artikel 62.

Er bestaat een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van artikel 62, tweede streepje, daar enkel in de laatstgenoemde tekst wordt voorgeschreven dat de variabele criteria in de aankondiging van de opdracht of in het bestek moeten worden vermeld.

Artikel 64.

Het eerste lid ware beter als volgt gesteld : "De aanbestedende diensten nemen de technische specificaties op in de algemene documenten of in de bestekken eigen aan elke opdracht".

In het derde lid van artikel 64 vervange men het woord "maatstaven" door het woord "normen".

In het laatste lid vervange men de woorden "andere modaliteiten" door "overige regels".

Artikel 65.

In het eerste lid schrijve men : "... de uitvoering van hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie ...".

In het tweede lid schrijve men : "..., voor de opdrachten van werken of leveringen waarvan de geraamde bedragen gelijk zijn aan of hoger dan de in het eerste lid bedoelde bedragen en betrekking hebben op ...".

Artikel 66.

Het artikel beoogt het uitvoeren van de richtlijn 90/531/EEG van 17 september 1990. Die uitvoering is blijkbaar niet onderworpen aan de procedure welke in de artikelen 44 en 67 van het ontwerp wordt bepaald en waarbij in onder meer een verslag aan de Wetgevende Kamers wordt voorzien. Dat verschil is aan de Raad van State niet uitgelegd.

Voor een deel kan artikel 66 dupleren met artikel 67.

Onder voorbehoud van de voorgaande opmerkingen kan het volstaan het artikel als volgt te formuleren :

"De Koning neemt, bij een in Ministerraad overlegd besluit, alle vereiste maatregelen ter uitvoering van de richtlijn 90/531/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 17 september 1990 betreffende de procedures

voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie".

Artikel 67.

De bepaling van artikel 67 heeft dezelfde draagwijdte als die van artikel 44, met dien verstande dat het in het laatstgenoemde artikel gaat om de overheidsopdrachten en concessies van openbare werken bedoeld in boek II. Het mag volstaan te verwijzen naar de opmerkingen die met betrekking tot artikel 44 van het ontwerp werden geformuleerd.

Er kan worden overwogen om beide bepalingen in één gemeenschappelijke slotbepaling samen te voegen.

Artikel 68.

In de wijzigende bepaling dient het woord "zullen" te worden geschrapt.

Artikel 69.

Men redigere het artikel als volgt :

"Opgeheven worden :

1° de wet van 20 juli 1973 betreffende de maatregelen ter uitvoering van de internationale verdragen en besluiten

inzake overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten;

2° de wet van 14 juli 1976 ..., gewijzigd bij de wetten van 4 augustus 1978, 2 juli 1981, 12 april 1983 en 26 mei en 6 juli 1989;

3° 4° 5° (zoals in het ontwerp);

6° de artikelen 96 tot 99 van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991".

Artikel 70.

Dit artikel neemt de aankondiging van de opdracht als uitgangspunt voor het van toepassing zijn van de nieuwe wet. Een dergelijke regeling is niet sluitend voor de gevallen waarin er geen aankondiging moet zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in een onderhandelingsprocedure of ten aanzien van overheden en diensten welke niet onder de toepassing van de wet van 14 juli 1976 vallen, doch wel onder die van de ontworpen regeling. Het artikel is derhalve op dat punt aan een aanvulling toe.

De volgende tekst wordt in overweging gegeven :

"Art. 70. Deze wet is van toepassing op de overheidsopdrachten die met ingang van 1 januari 1993 worden aangekondigd of, bij ontstentenis van aankondiging, waarover met ingang van die datum de beslissing wordt genomen om tot een opdracht over te gaan.

Voor de overheidsopdrachten van diensten bedoeld in titel II van boek II is de in het eerste lid bedoelde datum die van 1 juli 1993.

De opdrachten die aangekondigd zijn of waarover beslist is voor de in het eerste en het tweede lid vermelde datum, blijven onderworpen aan de wets- en reglementsbepalingen zoals ze ten tijde van de aankondiging of de beslissing gelding hadden".

Bijlage.

De bijlage moet dezelfde ondertekeningen dragen als die welke onderaan het ontwerp van wet voorkomen. Tevens dient de ondertekening van de bijlage te worden voorafgegaan door de formule :

"Gezien om te worden gevoegd bij de wet van ...".

I. OBSERVATIONS GENERALES.

1. En raison, notamment, de la transposition obligatoire dans le droit national des directives C.E.E. qui se sont succédées en matière de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, la législation et la réglementation y relatives se sont développées en un ensemble de règles disparate et d'une lecture malaisée. Le présent projet a le mérite - à l'occasion notamment de la mise en oeuvre des directives 90/531/CEE du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (1) - de réorganiser et de reformuler dans son ensemble la législation relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, tout en observant et en adaptant la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et les lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991.

---

(1) La transposition de la directive 92/13/CEE du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, ne fait pas l'objet du présent projet.

2. Avec le temps, le droit des adjudications a acquis sa terminologie propre. Des termes déterminés ont acquis une signification particulière. Dans une matière telle que celle des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui continue à donner lieu à un contentieux considérable, une terminologie stable constitue un adjuvant dans la poursuite de la sécurité juridique.

Tous ne semblent pas accorder la même importance à la stabilité de la terminologie. C'est ainsi, par exemple, que dans le texte néerlandais des articles 2, § 1er, et 19 du projet, il est fait usage, comme dans la loi du 14 juillet 1976, du terme "loten" (pour "lots") en ce qui concerne la division de marchés publics. Le commentaire y relatif dans le texte néerlandais de l'exposé des motifs fait invariablement état de la division du marché en "percelen". Il a été communiqué au Conseil d'Etat que l'intention est effectivement de remplacer le terme "loten", par le terme "percelen" en ce qui concerne les marchés de travaux, et par le terme "partijen" en ce qui concerne les marchés de fournitures.

En sa qualité de juridiction consultative, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se consacrer principalement au domaine de la seule langue. Il peut cependant attirer l'attention sur l'inconvénient qu'implique pour la sécurité juridique une fluctuation trop rapide de la terminologie.

L'adaptation de la terminologie à celle des directives de la C.E.E. constitue un problème d'un ordre différent. Il va de soi que, dans le cadre des options

laissées par les directives, la plus grande uniformité possible dans la formulation des règles et dans le choix des termes contribue à l'objectif poursuivi par la réalisation d'un marché unique. La réalisation d'une telle uniformité peut se faire, dans un cas extrême, au détriment de la terminologie nationale. Citons à titre d'exemple le terme "contrat-cadre" (raamovereenkomst). En droit belge, il désigne jusqu'à présent la convention de gré à gré qui peut être conclue, dans des cas exceptionnels, quand il s'agit de travaux dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix (article 17, § 2, 11°, de la loi du 14 juillet 1976; article 18, § 3, 2°, du projet). Selon l'article 1.4. de la directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990, l'accord-cadre est "un accord ... qui a pour objet de fixer les termes, notamment en matière de prix et, le cas échéant, de quantités envisagées, de marchés à passer au cours d'une période donnée". Les auteurs du projet se sont inspirés de cette définition de la directive dans les articles 28 et 50 du projet ("la convention ... ayant pour objet de fixer les conditions, notamment en matière de prix, ... de marchés à passer au cours d'une période donnée").

Dans le commentaire de l'article 28 du projet, l'exposé des motifs mentionne ce qui suit :

> "Cet article reprend également un concept nouveau, celui de l'accord-cadre. Il ne doit pas être confondu avec le contrat-cadre, qui est un marché de travaux se présentant dans des cas exceptionnels sans qu'il puisse y avoir fixation préalable et globale des prix et se fonde sur l'article 18, § 3, 2° du présent projet".

Il apparaît de ce commentaire que les auteurs du projet ont parfaitement conscience d'une modification dans la dénomination de certaines conventions.

Le choix du terme "offre" est plus délicat, dès lors que ce terme désignerait désormais tant la soumission en cas d'adjudication que l'offre en cas d'appel d'offres.

Quoi qu'il en soit, si le présent projet tend à une modification de la terminologie qui était usuelle jusqu'à présent - que ce soit ou non en conformité avec une directive de la C.E.E. -, il appartiendra à l'autorité de veiller à ce que le justiciable soit informé d'une manière appropriée.

3. Mainte disposition du projet est empruntée à la loi du 14 juillet 1976. S'il s'agit d'une reproduction littérale dans le texte français, le texte néerlandais se présente cependant comme une nouvelle traduction qui n'est pas toujours de la meilleure qualité. Inutile de dire que pareil procédé est regrettable. Il conviendrait, dès lors, de revoir sérieusement le texte néerlandais, en ce qui concerne tant les dispositions maintenues de la loi du 14 juillet 1976 que les prescriptions empruntées à une directive de la C.E.E. Il y aura lieu de veiller également à formuler d'une manière identique des dispositions similaires. Principalement dans son texte néerlandais, le projet laisse beaucoup à désirer sur ce point.

II. OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Intitulé.

L'intitulé de la loi du 14 juillet 1976 est le suivant :

"Loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services".

Le projet est intitulé comme suit :

"Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services".

L'intitulé du projet rappelle de trop près celui de la loi du 14 juillet 1976 pour permettre, par la suite, de distinguer clairement l'une et l'autre loi.

Sur l'exemple des directives de la C.E.E., l'intitulé suivant pourrait être envisagé :

"Loi relative à la procédure de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services".

LIVRE PREMIER.

Article 1er.

Le "livre premier" du projet consiste en un seul article qui ne contient que la définition de la teneur des

livres II et III du projet et n’a, dès lors, aucune protée normative.

La suppression de l’article 1er en projet nécessitera cependant une nouvelle numérotation des livres et des articles ainsi qu’une adaptation des références internes.

Afin d’éviter la confusion, la numérotation du projet est maintenue dans la suite du présent avis.

LIVRE II.

TITRE PREMIER.

Dans le texte néerlandais, il y aurait lieu de mentionner l’intitulé du titre Ier et d’écrire, dès lors :

"BOEK (...). - De overheidsopdrachten.

TITEL I. - Algemene beginselen".

Dans le texte français, il peut suffire d’écrire dans l’intitulé du titre premier : "Principes généraux".

Article 2.

1. Aux termes de l’article 2, § 1er, alinéa 3, le Roi détermine des règles favorisant la division des marchés en lots "afin d’élargir la concurrence en développant l’accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics".

L’exposé des motifs ne donne aucune confirmation du fait que l’élargissement voulu de la concurrence doit participer du souci de permettre un meilleur accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics.

Dans le cas où l’article 2, § 1er, alinéa 3, serait effectivement inspiré par le souci d’offrir aux petites et moyennes entreprises un soutien supplémentaire dans le domaine des marchés publics, le projet empièterait sur le domaine de la politique économique, qui est une matière réservée aux Régions.

Aux termes de l’article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l’autorité nationale est compétente, en vue de garantir les principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d’industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l’union économique et de l’unité monétaire, pour fixer les règles générales en matière de marchés publics. Toutefois, cette compétence demeure une exception à la compétence des Régions en matière économique et doit dès lors être interprétée de manière restrictive (Doc. parl., Chambre, sess. extr., 1988, n° 516/1, p. 9). Les travaux préparatoires de la disposition concernée de la loi spéciale font d’ailleurs ressortir que notamment la politique en matière de petites et moyennes entreprises est une compétence régionale (Doc. parl., Chambre, sess. extr., n° 516/6, p. 139).

Au surplus, telle qu’elle est formulée dans le projet, la disposition pourrait être interprétée comme une

règle préférentielle en faveur des petites et moyennes entreprises, qui pourrait être contraire au principe de l'égalité.

Il serait indiqué, dès lors, de limiter la première phrase de l'article 2, § 1er, alinéa 3, à la rédaction suivante :

"Le Roi peut fixer des règles concernant la division en lots de marchés publics".

C'est ultérieurement que les arrêtés royaux édictés en exécution de cette disposition pourront être contrôlés quant à leur compatibilité avec la Constitution et avec le droit de la C.E.E.

2. A l'article 2, § 2, il conviendrait d'écrire : "Sous réserve des dispositions de l'article 65, ... à l'exécution de leurs missions de service public ...".

Article 3.

Dans le texte néerlandais du livre II, il conviendrait d'écrire chaque fois "aanbestedende overheden" ("pouvoirs adjudicateurs") au lieu de "aanbestedende diensten". Il y aurait lieu, dès lors, dans le texte néerlandais des articles 3, 9, 18, § 2, 24, § 4, 25, alinéa 2, 28, quatrième tiret, et 46, alinéa 2, de remplacer chaque fois le terme "aanbestedende dienst" ou "aanbeste-

dende diensten", respectivement par les termes "aanbestedende overheid" ou "aanbestedende overheden".

A l'article 3, alinéa 2, il conviendrait d'écrire : "... applicables en tout ou en partie ...".

Article 4.

Il appartiendra aux auteurs du projet de vérifier si, dans la phrase introductive de l'article 4, § 1er, il n'y aurait pas lieu de remplacer les mots "du présent livre" par les mots "de la présente loi". Il y aurait lieu, en tout état de cause, de remédier à la discordance qui existe sur ce point entre le projet et l'exposé des motifs.

Il convient d'inférer de la rédaction de l'article 4, § 2, que tant que le Roi n'aura pas élaboré une réglementation spécifique pour lesdits marchés publics de fournitures et de services, ces marchés resteront soumis aux règles et conditions applicables à tout marché public.

Il y aurait lieu, en outre, d'écrire à l'article 4, § 2 : "... soumettre à des modes de passation et à des cahiers de charges spécifiques des marchés ... auxquels s'applique l'article 223, § 1er, b, du Traité instituant la Communauté européenne".

Article 5.

1. Aux termes de l'article 5, § 1er, les dispositions du titre II sont applicables à l'Etat, aux Communautés, aux Régions, aux provinces et aux communes.

Le projet ne spécifie pas si ces dispositions sont applicables également aux corps législatifs de l'Etat, des Communautés et des Régions, ainsi qu'à la Cour des comptes. Dans la doctrine, il a été déduit du silence de la loi du 14 juillet 1976 que cette loi n'est pas applicable aux corps visés (R. DEVRIENDT, Zijn de Kamers en het Rekenhof onderworpen aan de nieuwe wet betreffende de overheidsopdrachten ?, Tijdschrift voor aannemingsrecht, 1980, p. 120; M.A. FLAMME, Commentaire pratique, 5e édition, pp. 124 et 125).

Aux termes de l'article 1er, b), de la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, il convient d'entendre par "pouvoirs adjudicateurs" "l'Etat, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public énumérées en annexe I".

La Cour de Justice des Communautés européennes a interprété, quant à elle, la notion d'Etat, telle qu'elle figure dans la disposition précitée, en un sens fonctionnel (arrêt BEENTJES du 20 septembre 1988, affaire 31/87).

Le projet peut offrir l'occasion d'examiner et, si nécessaire, de préciser à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice le champ d'application de la législation en matière de marchés publics.

2. Les personnes morales visées à l'article 5, § 2, 8°, ne sont soumises aux dispositions du titre II que pour autant qu'elles répondent aux critères mentionnés à ce point 8°. Selon l'exposé des motifs, la loi ne serait d'application à ces personnes morales que s'il était satisfait à chaque critère imposé. L'exposé des motifs précise que :

> "Ces critères sont donc cumulatifs. En ce qui concerne le second, il y a lieu d'observer que ce sont les besoins d'intérêt général à satisfaire qui doivent avoir un caractère industriel ou commercial. On peut donc considérer que ne répondent pas aux critères les organismes tels que l'Office national du Ducroire, l'Institut de Réescompte et de Garantie, la Banque nationale et les organismes publics de crédit, la Société nationale et les sociétés régionales d'investissement. De tels organismes échappent à l'application de la loi, tout au moins en ce qui concerne la passation de leurs propres marchés".

Si les auteurs du projet entendent exclure de l'application de la loi les institutions mentionnées dans l'exposé des motifs, il conviendrait, pour des motifs de sécurité juridique, d'en faire mention dans le projet même.

3. Selon les délégués du Gouvernement, le projet ne vise pas à faire application des critères énumérés à l'article 5, § 2, 8°, par exemple à l'égard d'institutions libres d'enseignement, d'hôpitaux privés ou d'établissements de soins pour handicapés. Il serait fait application, dans ces cas, de l'article 5, § 3. Cette intention ne ressort pas du texte du projet; il conviendrait de la préciser, au moins dans l'exposé des motifs.

4. Ainsi que le Conseil d'Etat en a fait l'observation dans son avis du 3 mai 1990 sur le projet qui est devenu l'arrêté royal du 1er août 1990 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux, des problèmes peuvent se poser, en ce qui concerne la sujétion à la loi, en cas de fluctuations possibles dans la situation d'un organisme. Tel est certainement le cas en ce qui concerne la disposition de l'article 5, § 2, 8°, troisième tiret, du projet, mentionnant les critères relatifs au financement, au contrôle et à la gestion des organismes concernés.

Il peut être remédié à ce défaut en fixant, à l'article 5, § 2, 8°, la date qui sera déterminante pour la sujétion éventuelle à la loi, date à laquelle il sera constaté si les critères concernés sont remplis. Cette date pourrait être, par exemple, le jour où il est décidé de procéder à un marché public.

5. Sans préjudice des observations qui précèdent, le texte suivant est suggéré pour l'article 5, § 2, 8° :

"8° aux organismes :

- créés dans le but spécifique de satisfaire à des besoins d'intérêt général qui ne sont pas de nature industrielle ou commerciale, et

- qui jouissent de la personnalité juridique, et

- dont, soit les activités sont financées essentiellement par les autorités ou organismes mentionnés aux § 1er et § 2, 1° à 8°, soit la gestion est soumise au contrôle de ces autorités ou organismes, ou encore, dont les membres de la direction, du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sont désignés pour plus de la moitié par ces autorités ou organismes".

6. S'il s'agit d'attribuer une valeur normative à l'article 5, § 2, alinéa 2, il conviendrait de formuler cet alinéa comme suit :

"Une liste des organismes visés au point 8° est dressée, selon les règles déterminées par le Roi".

Une observation similaire peut être faite à propos des articles 27, alinéa 1er, et 49, § 1er, qui sont à adapter dans le même sens.

7. Dans le texte néerlandais de l'article 5, § 3, il y aurait lieu de remplacer le mot "toelagen" par le mot "subsidies".

8. Selon l'exposé des motifs, l'article 5, § 4, tend à permettre au Roi de mettre des textes législatifs existants en concordance avec les dispositions prévues au projet. Il serait préférable, dès lors, de rédiger le paragraphe concerné en ce sens.

Article 6.

1. L'article 6 définit les différents types de marchés publics, conformément aux directives européennes mentionnées dans l'exposé des motifs. Les notions utilisées dans lesdites directives n'ont cependant pas toujours la même portée que celle qui leur a été donnée jusqu'à présent en droit belge. Ainsi, la définition donnée dans le projet à la notion de "marché public de travaux" est plus large que celle traditionnellement attachée à cette notion en droit belge, dans la mesure où elle vise par exemple le fait de "faire réaliser" un ouvrage "par quelque moyen que ce soit". En revanche, la définition est plus étroite lorsqu'elle parle des "activités visées à l'annexe" de la loi.

Par conséquent, certains marchés qui étaient, jusqu'à ce jour, considérés en droit belge comme des marchés publics de travaux, constitueront désormais des marchés publics de fournitures ou de services.

Une telle différence de classification des marchés n'est évidemment pas sans conséquences pour la réglementation en matière d'agréation des entrepreneurs, laquelle ne s'applique qu'en matière de marchés publics de travaux. Il faudra dès lors vérifier si les modifications apportées par l'article 47 en projet à la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux suffisent pour garantir la cohérence nécessaire par rapport à la législation et à la réglementation en matière de marchés publics.

2. Dans le texte néerlandais de cet article, il y a lieu d'écrire après le second tiret "overheidsopdracht voor aanneming van leveringen" et de remplacer les mots "aannemer", "in tweede instantie" et "bevatten" par les mots "leverancier", "bijkomend" et "insluiten".

Article 7.

Il est à remarquer, si besoin est, que l'article 7 ne peut évidemment s'appliquer qu'au Gouvernement national.

Article 8.

Il vaudrait mieux formuler la dernière phrase de l'article 8, § 1er, alinéa 1er, comme suit :

"La possibilité de procéder à une telle révision doit être prévue dans le cahier spécial des charges ou dans le contrat".

Article 9.

Par analogie avec les dispositions de l'article 4 de la loi du 14 juillet 1976, il y a lieu d'écrire à l'article 9, alinéa 1er, in fine, du texte néerlandais : "... en die door de aanbestedende overheid zijn goedgekeurd".

Au même alinéa du texte français, il y a lieu d'écrire in fine : "... et approuvés par le pouvoir adjudicateur".

Article 11.

Cet article qui reproduit les dispositions de l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976, interdit aux fonctionnaires, officiers publics et aux autres personnes chargées d'un service public d'intervenir dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public, dès qu'ils ont un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires.

Cette disposition doit être clairement distinguée de celle de l'article 12 du projet qui reproduit les dispositions de l'article 7 de la loi du 14 juillet 1976 interdisant les actes, conventions ou ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

La jurisprudence n'est pas unanime quant aux conséquences du non-respect des dispositions de l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976, en ce qui concerne la régularité de la passation du marché.

Selon certains arrêts, ce non-respect entache la soumission d'irrégularité et constitue un motif d'annulation de la décision attribuant le marché (C.E., S.A. SINTRA, n° 26.545 du 16 mai 1986; S.A. FABRICOM AIR CONDITIONING,

n○ 35.909 du 29 novembre 1990). Selon d'autres arrêts, ce non-respect peut entraîner tout au plus une sanction dans le chef de la personne concernée (fonctionnaire, officier public ou autre personne chargée d'un service public), mais il ne peut affecter la régularité de la soumission (C.E., S.A. ROEGIERS et NOBELS, n○ 35.443 du 10 juillet 1990).

La loi en projet offre la possibilité d'apporter des éclaircissements sur les effets du non-respect des dispositions de l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976, aujourd'hui l'article 11 du projet, quant à la validité de l'attribution du marché. Cette précision doit être apportée sinon dans le texte du projet, du moins dans l'exposé des motifs.

Article 12.

Dans le texte néerlandais, il y a lieu de remplacer le mot "verstandhouding" par "afspraak".

Article 13.

Le texte de cet article correspond dans une large mesure au texte de l'article 8 de la loi du 14 juillet 1976. Contrairement à ce dernier article, l'article 13 du projet n'impose plus d'obligation au soumissionnaire mais à l'adjudicataire.

Il y a donc lieu, au paragraphe 3, alinéa 1er, de faire état de l'"adjudicataire" et non du "soumissionnaire".

Dans le texte néerlandais du paragraphe 4, alinéa 2, il y a lieu d'écrire : "... krachtens § 1, 3° en 4° ...".

Au paragraphe 6, il y a lieu de remplacer la référence à l'article 299bis du Code des impôts sur les revenus par la référence aux "articles 400 et 404 du Code des impôts sur les revenus - 1992" et la référence à l'article 299ter, § 2, alinéa 2, par celle à "l'article 406, alinéa 2, du Code des impôts sur les revenus - 1992".

Dans le texte néerlandais du paragraphe 6 toujours, il y a lieu de faire référence à la loi du 27 juin 1969 au lieu de la loi du 17 juin 1969 et d'écrire "... inzake de fiscale wetgeving en de sociale zekerheid".

Article 14.

Dès lors que le caractère de l'adjudication et de l'appel d'offres est défini à l'article 15, il peut suffire de rédiger l'article 14 comme suit :

"Art. 14. Les marchés publics sont passés par adjudication ou par appel d'offres. Ils peuvent être passés par procédure négociée dans les cas énumérés à l'article 18.

Le Roi peut déterminer les conditions auxquelles le choix du mode de passation est subordonné".

Article 15.

1. Il est recommandé de scinder le premier alinéa en deux phrases comme suit :

"... dans le respect des règles de publicité déterminées par le Roi. Lorsque l'adjudication est publique ou l'appel d'offres général, les offres sont ouvertes en public".

2. L'alinéa 2, se conformant notamment à la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, introduit la notion de "candidats".

Dès lors que tous les candidats consultés n'introduiront pas nécessairement une soumission, il y a lieu d'écrire à l'alinéa 2 :

"... se font dans le respect des règles ... et en consultant les entrepreneurs, sous-traitants ou prestataires de services sélectionnés par l'autorité compétente. Seuls ceux qui ont été consultés sont autorisés à remettre une offre. Seuls les soumissionnaires sont admis à assister à l'ouverture des offres".

Article 16.

1. L'article 16, § 2, règle la possibilité de déroger à la règle d'attribution au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse et désigne l'autorité qui peut prendre cette décision. Selon l'exposé des motifs, cette faculté de dérogation doit être considérée "de façon très restrictive".

1.1. Les points 1° et 2° de l'alinéa 1er de l'article 16, § 2, correspondent aux dispositions de l'article 12, § 2, alinéa 1er, 1° et 2°, de la loi du 14 juillet 1976.

En ce qui concerne la compétence de l'autorité habilitée à se prononcer sur la dérogation, l'exposé des motifs indiquait à propos de l'article 12, § 2, alinéa 1er, 1° et 2°, précité :

"- au Premier Ministre : pour les marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de l'autorité hiérarchique d'un Ministre, c'est-à-dire des organismes de catégorie A visée à l'article 1er de la loi du 16 mars 1954 sur le contrôle des organismes d'intérêt public, des entreprises d'Etat, etc.;

- au Ministre compétent : pour les marchés des autres personnes de droit public soumises au pouvoir de contrôle de ce Ministre, c'est-à-dire des organismes des catégories B et C visées à l'article 1er de la loi du 16 mars 1954, des sociétés de développement régional, des commissions intercommunales d'assistance publique, etc." (Doc. Sénat, 1975-1976, n° 723/1, p. 21).

1.2. La formulation de l'article 16, § 2, alinéa 1er, 3°, en projet, diffère de celle de l'article 12, § 2, alinéa 1er, 3°, de la loi du 14 juillet 1976.

Aux termes de cette dernière disposition, le gouverneur de la province peut décider d'une dérogation pour les marchés au nom des provinces, des communes, des fédérations de communes, des associations de communes et autres organismes dépendant de la province et des communes, et, dans les cas "visés à l'article 54, § 2, alinéa 2, de la loi du 10 mars 1925 organique de l'assistance publique", la décision est prise par le ministre qui a l'assistance publique dans ses attributions.

L'article 16, § 2, alinéa 1er, 3°, du projet fait à présent référence, en termes généraux, à "ce qui est stipulé par les dispositions de la loi, du décret, de l'ordonnance, du règlement ou des statuts".

La nouvelle rédaction du 3° ne permet pas d'établir avec certitude s'il faut attribuer aux dispositions de l'article 16, § 2, alinéa 1er, 1° et 2°, en projet, la même signification qu'à l'article 12, § 2, alinéa 1er, 1° et 2°, de la loi du 14 juillet 1976, et si les autorités mentionnées à l'article 12, § 2, alinéa 1er, 3° de cette loi tombent ou non sous le coup du nouveau 3°.

1.3. Par ailleurs se pose la question de principe de savoir si l'on se fonde aujourd'hui sur une vision autre que celle qui est à la base de la loi du 14 juillet 1976 et qui

a été formulée comme suit dans le rapport de la Chambre à l'époque :

> "Le Secrétaire d'Etat estime que ces décisions importantes ne doivent pas être laissées à l'autorité compétente pour la passation des marchés même moyennant une approbation, il faut qu'elles soient confiées à une autre autorité; la garantie de régularité est ainsi plus forte" (Doc. Chambre, 1975-76, n○ 903/4, p. 14).

Les délégués du Gouvernement affirment que les provinces, les communes, les associations de communes et autres organismes dépendant des provinces et des communes tombent sous le coup du 2○ de l'article 16, § 2, alinéa 1er, en projet, en ce que le terme "pouvoir de contrôle" doit être pris au sens large. Selon eux, toutes les formes de contrôle sont visées au 2○. Si tel est le cas, il vaudrait mieux le préciser dans l'exposé des motifs. Il pourra en outre être précisé si subventionner veut dire contrôler, et, si tel est le cas, quelle est la priorité en cas de concours entre subvention et contrôle, lorsque l'une et l'autre relèvent d'un ministre différent.

2. L'article 16, § 2, du projet devra être adapté au cas où la loi est rendue applicable aux assemblées parlementaires, en ce compris la Cour des comptes; à ce sujet, il peut être renvoyé aux observations formulées à l'article 5 du projet.

3. Il importe de ne pas perdre de vue que l'article 16, § 2, du projet ne prévoit évidement pas de régime dérogatoire pour les Communautés, les Régions et les organismes relevant de celles-ci. Les énonciations générales au 3° devront être complétées sur ce point par les Communautés et les Régions.

4. Lorsque la loi, le décret, l'ordonnance, le règlement ou le statut ne désignent pas l'autorité compétente pour statuer sur la dérogation visée, la décision pourrait revenir, selon le fonctionnaire délégué, à l'autorité compétente pour conclure le contrat. Ceci ne figure pas dans le projet et n'est pas conforme à la conception générale du caractère strictement restrictif de la possibilité de dérogation.

5. Si l'intention est de prévoir, pour les entreprises publiques, un régime distinct dans lequel le conseil d'administration, par exemple, et non le ministre, statuerait sur la dérogation, il faudrait l'énoncer expressément dans le projet.

Il y a lieu de relever pour information qu'en ce qui concerne l'entreprise publique Belgacom, l'article 4, § 3, de l'arrêté royal du 19 août 1992 portant approbation du premier contrat de gestion de la Régie des télégraphes et des téléphones et fixant des mesures en vue du classement de cette Régie parmi les entreprises publiques autonomes, prévoit déjà des règles spécifiques.

Article 17.

Il y a un manque de concordance entre le texte du projet et le texte néerlandais de l'exposé des motifs. Selon l'article 17, les critères d'attribution doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges. Selon l'exposé des motifs, ces critères doivent être prévus dans l'annonce du marché ou dans le cahier spécial des charges. Il y a lieu d'adapter l'un de ces deux textes.

Article 18.

A l'article 18, § 2, 1°, d), les mots "et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles dans le cadre de la première procédure" - membre de phrase qui laisse du reste, à désirer sur le plan de la lisibilité - ne concordent pas avec les dispositions correspondantes des directives C.E.E. concernées.

L'article 5.2, a) de la directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989 utilise la formulation suivante : "... et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marché".

L'article 11.2, a) de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 dispose : "... conformes aux exigences formelles de la procédure de passation des marchés".

L’article 18, § 3, 1° du projet présente le même manque de concordance avec les directives européennes.

Article 20.

Il y a lieu de remplacer, à l’alinéa 2 du texte néerlandais, le mot "toewijzing" par "gunning".

Article 21.

Selon l’exposé des motifs, les articles 21 et 22 du projet traitent "de la matière des concours de services, qui a été consacrée dans la nouvelle directive du Conseil 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services".

Il y a lieu de souligner que la directive précitée n’utilise pas l’expression "concours de services" mais "concours". Il est recommandé de reproduire ce dernier terme dans le projet et d’apporter les adaptations nécessaires aux articles 21 et 22 du projet.

Article 22.

Il va de soi que le Roi devra tenir compte de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 lorsqu’Il prendra les arrêtés d’exécution visés.

Article 23.

Il serait plus en accord avec la terminologie utilisée dans les directives C.E.E. d'utiliser le terme néerlandais "normen" au lieu de "maatstaven".

Article 24.

L'article 69, sixième tiret, du projet abroge les articles 96 à 99 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées par l'arrêté royal du 17 juillet 1991. Les dispositions de l'article 24 du projet remplacent ces dispositions abrogées. L'exposé des motifs s'étend longuement sur les motifs de cette révision et sur l'élargissement du champ d'application.

Dans le texte néerlandais, il y a lieu de lire au paragraphe 1er "... uit hoofde van de uitvoering ..." et de remplacer le mot "afstand" par "overdracht".

Il y a lieu de remplacer, au paragraphe 3, le terme "bailleurs de fonds" par "prêteurs".

Article 25.

A l'alinéa 2, on écrira, dans le texte néerlandais, "... waarvoor de concessiehouder zich verbindt hetzij ze uit te voeren, hetzij gezamenlijk ...".

Article 26.

A la fin du paragraphe 1er, il conviendrait d'écrire, dans le texte néerlandais "... waarvoor hij zich verbonden heeft ze uit te voeren".

Au paragraphe 2, alinéa 1er, on écrira :

"Si le concessionnaire n'est pas un pouvoir adjudicateur au sens du § 1er, il est tenu de respecter ... pour la passation à des tiers des travaux ou de l'ouvrage qu'il s'est engagé à exécuter. Ne sont pas considérées comme des tiers, les entreprises ... (la suite comme dans le projet)".

Au paragraphe 2, alinéa 2, le texte néerlandais fait état à la fois d'"overheersende invloed" et d'"overwegende invloed", bien qu'il s'agisse de la même notion (l'"influence dominante"). Il conviendrait dès los, sur le modèle du texte français, d'uniformiser la terminologie dans la version néerlandaise.

De plus, il y aura lieu de vérifier si la majorité visée au paragraphe 2, alinéa 2, deuxième tiret, ne devrait pas porter sur le droit de vote proprement dit, plutôt que sur les suffrages exprimés, comme le suggère le projet.

Article 27.

La rédaction de la dernière phrase de l'article 27, alinéa 1er, en projet sera adaptée ainsi qu'il est proposé sous l'article 5 (point 6).

Par ailleurs, à l'alinéa 2, on écrira, dans le texte néerlandais : "... van hun taken van openbare dienst ...".

Article 28.

En exécution de l'article 1.4, de la directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990, l'article 28 en projet définit la notion d'"accord-cadre". Sans préjudice de l'observation générale n○ 2 formulée plus haut dans le présent avis à ce propos, il serait envisageable - afin de prévenir, en fait, toute confusion terminologique avec le contrat visé à l'article 18, § 3, 2○, du projet -, de dénommer, dans le texte néerlandais, la nouvelle notion "raamakkoord". Si cette suggestion est retenue, il y aura lieu d'adapter dans ce sens les articles 40, § 2, 1○, g), 50 et 61, § 2, 1○, e).

Il conviendrait de remplacer, dans la version néerlandaise de la définition de l'"accord-cadre", le mot "afspraak" par le mot "overeenkomst".

Par ailleurs, on écrira, dans le texte néerlandais, "overheidsbedrijf : elke onderneming waarover ...". Dans la

même définition, il convient de remplacer les mots "capital de l'entreprise" par les mots "capital social" ou "capital souscrit", selon l'intention du Gouvernement.

Article 39.

L'article porte sur la notification d'exclusions à l'autorité désignée par le Roi. L'exposé des motifs fait uniquement état d'une notification à la Commission des Communautés européennes et précise que ses modalités feront l'objet d'un arrêté royal. Le texte de l'article 39 a une portée plus étendue que le commentaire donné dans l'exposé des motifs. Il y aura lieu de revoir l'un ou l'autre.

Sous cette réserve, l'article 39 serait mieux formulé ainsi qu'il suit :

"Le Roi peut imposer au pouvoir adjudicateur l'obligation de communiquer à l'autorité qu'Il désigne les activités, les produits ou les services auxquels s'applique, selon lui, une exclusion en vertu du présent titre".

Article 40.

Au paragraphe 1er, il convient de remplacer le membre de phrase "selon ce qui est disposé aux articles 15 à 17" par "conformément aux articles 15 à 17".

Au paragraphe 2, 1°, c), il y a lieu de remplacer le mot "ouvertes" par le mot "publiques".

Article 41.

Compte tenu de l'article 29.3. de la directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990, on écrira, à la fin du texte néerlandais de l'article 41, § 1er, alinéa 3, "... indien ze het bedrag van de offerte waarop het eerste lid van toepassing is, niet met meer dan 3 % overschrijdt".

Au paragraphe 2, alinéa 1er, il convient d'écrire "... conformément au règlement 68/802/CEE du 27 juin 1968 relatif à la définition commune de la notion d'origine des marchandises".

Il convient d'adapter dans le même sens l'article 63, § 2, alinéa 1er, du projet.

Article 42.

Il existe une discordance entre les textes français et néerlandais en ce qui concerne les articles qui sont rendus applicables aux marchés publics visés au titre IV.

Il peut s'inférer de l'exposé des motifs qu'il y a lieu d'adapter le texte néerlandais comme suit : "De artikelen 7 tot 13, 19, 20, 23 en 24 zijn eveneens toepasselijk ...".

Le fait que les articles 25 et 26 du projet ne soient pas rendus applicables aux marchés publics visés au titre IV pourrait donner à penser que les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ne sont pas susceptibles de faire l'objet de concessions de travaux publics. La question se pose de savoir si telle est l'intention.

Article 43.

L'article soustrait la Société publique de production d'électricité à l'application du livre II, compte tenu du fait que l'article 65, alinéa 2, rend les dispositions du livre III applicables à la société en question en ce qui concerne certains marchés de travaux et de fournitures.

Selon les délégués du Gouvernement, la Société publique de production d'électricité serait la seule entreprise publique en son genre.

Article 44.

Une délégation comparable à celle figurant à l'article 44, se trouve notamment à l'article 110 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation. Toutefois de grandes différences s'observent en ce qui concerne la rédaction, les formalités à respecter et la période pour laquelle la délégation est accordée.

A l'alinéa 1er de l'article 44, il y a lieu de préciser que la compétence déléguée au Roi implique le

pouvoir d’abroger, de compléter, de modifier ou de remplacer la loi.

Article 45.

Eu égard à sa portée générale, l’article serait davantage à sa place dans le livre IV, qui contient les dispositions finales. De plus, il serait mieux rédigé de la manière suivante :

"Les arrêtés royaux pris en exécution ou en application de la présente loi sont délibérés en Conseil des Ministres".

Article 46.

Par souci de clarté, on écrira, à l’alinéa 1er : "... avec les dispositions de la présente loi, ne sont plus applicables aux marchés publics et aux concessions de travaux publics annoncés après l’entrée en vigueur de la présente loi".

Le texte néerlandais de l’alinéa 2 manque de lisibilité et diffère totalement du texte français. Il semblerait qu’il faille lire :

"Le Roi peut mettre en concordance avec les dispositions de la présente loi les dispositions organiques et statutaires relatives aux pouvoirs adjudicateurs visés à l’alinéa 1er, en ce qui concerne du moins ceux qui relèvent de l’autorité ou du contrôle d’un ministre".

Article 47.

Il convient de se référer aux observations formulées à propos des articles 6 et 16, § 2, (point 5) portant respectivement sur l'adaptation de la réglementation en matière d'agréation des entrepreneurs de travaux et sur l'applicabilité ou l'inapplicabilité aux entreprises publiques autonomes de la possibilité de dérogation et de la désignation de l'organe compétent à cet effet, en ce qui concerne les conditions d'agréation. A cet égard, on se reportera à l'article 7 de l'arrêté royal du 19 août 1992 mentionné sous l'article 16 (point 5).

Pour le surplus, il est recommandé, par souci de clarté, d'écrire, dans la nouvelle disposition de l'article 47, 2° : "La présente loi est applicable aux marchés de travaux ... par les autres personnes morales auxquelles s'appliquent les titres II et IV du ...".

Article 48.

Dans la phrase liminaire, il y a lieu d'écrire, dans le texte néerlandais : "... wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven ...".

Les textes français et néerlandais du nouveau paragraphe 1er sont discordants.

Sous cette réserve, on écrira, au paragraphe 1er du texte néerlandais : "... voor de opdrachten die betrekking hebben op het uitvoeren van hun taken van openbare

dienst ..." et "... van boek (III) van de voornoemde wet ...".

Si la proposition de texte qui a été faite plus haut dans le présent avis quant à l'intitulé de la loi en projet est retenue, il conviendra d'adapter le texte du paragraphe 1er.

LIVRE III.

Chapitres Ier et II.

Les articles 49 à 63 du projet régissent les marchés de travaux et de fournitures conclus par des entreprises privées dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Sur le plan rédactionnel, ces articles correspondent dans une large mesure aux articles 27 à 41 du projet.

Il est recommandé de formuler de manière uniforme, dans la mesure du possible, les deux séries de dispositions. Le texte néerlandais du projet pourrait être sensiblement amélioré à cet égard. A titre d'illustration, il convient de signaler la différence de terminologie existant respectivement entre les articles 28 et 50, deuxième tiret, et entre les articles 41, § 1er, et 63, § 1er.

Il va de soi que les observations formulées à propos des articles 27 à 41 du projet s'appliquent également aux articles 49 à 63, sans préjudice des observations complémentaires formulées ci-après.

Article 49.

Au paragraphe 1er, on écrira, dans le texte néerlandais : "De bepalingen van deze titel zijn van toepassing op ...".

Article 59.

Dans la version néerlandaise du 5°, il convient d'écrire : "... E.E.G.-Verdrag, wordt gesloten tussen ...".

Article 61.

L'article 61, § 2, semble être analogue aux articles 18, § 2, et 40, § 2. La phrase introductive en est cependant rédigée différemment.

Pour autant qu'il rende compte exactement de la volonté du Gouvernement, le texte suivant est proposé :

"§ 2. Les marchés peuvent être passés par procédure négociée sans respecter de règle de publicité :".

Article 62.

Les textes français et néerlandais de l'article 62, deuxième tiret, présentent une discordance, dans la mesure où seul le premier dispose que les critères variables

doivent être mentionnés dans l’avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.

Article 64.

Le texte néerlandais de l’alinéa 1er serait mieux rédigé comme suit : "De aanbestedende diensten nemen de technische specificaties op in de algemene documenten of in de bestekken eigen aan elke opdracht".

Dans l’alinéa 3 de l’article 64, il convient de remplacer, dans le texte néerlandais, le mot "maatstaven" par le mot "normen".

Dans le dernier alinéa, il y a lieu, dans le texte néerlandais, de remplacer les mots "andere modaliteiten" par "overige regels".

Article 65.

A l’alinéa 1er, on écrira dans le texte néerlandais : "... de uitvoering van hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie ...".

A l’alinéa 2, il y aurait lieu d’écrire : "..., pour les marchés de travaux ou de fournitures dont les montants estimés sont égaux ou supérieurs aux montants visés à l’alinéa 1er, et se rapportant ...".

Article 66.

L’article vise à mettre en oeuvre la directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990. Cette mise en oeuvre n’est manifestement pas soumise à la procédure prévue aux articles 44 et 67 du projet, prévoyant notamment un rapport adressé aux Chambres législatives. Cette différence n’a pas été expliquée au Conseil d’Etat.

L’article 66 peut, en partie, faire double emploi avec l’article 67.

Sous réserve des observations qui précèdent, il peut suffire de formuler l’article comme suit :

"Le Roi prend, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, toutes les mesures qui s’imposent pour mettre en oeuvre la directive 90/531/CEE du Conseil des Communautés européennes du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des télécommunications".

Article 67.

L’article 67 a la même portée que l’article 44, sous cette réserve que ce dernier se rapporte aux marchés publics et aux concessions de travaux publics visés au livre II. Il peut suffire de se reporter aux observations formulées à propos de l’article 44 du projet.

Il pourrait être envisagé de fusionner les deux dispositions pour former une disposition finale commune.

Article 68.

Dans la disposition modificative, il convient de supprimer le mot "zullen" dans le texte néerlandais.

Article 69.

Il convient de rédiger l'article de la manière suivante :

"Sont abrogés :

1° 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;

2° la loi du 14 juillet 1976 ..., modifiée par les lois des 4 août 1978, 2 juillet 1981, 12 avril 1983 et 26 mai et 6 juillet 1989;

3° 4° 5° (comme dans le projet);

6° les articles 96 à 99 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991".

Article 70.

Cet article détermine l'entrée en vigueur de la nouvelle loi en fonction de l'avis de marché. Cette règle est inadéquate dans les cas où l'avis n'est pas requis. Ce

peut être le cas, par exemple, dans une procédure négociée ou vis-à-vis d'autorités ou d'entités qui ne sont pas soumises à la loi du 14 juillet 1976, mais qui le sont aux règles en projet. Il s'impose dès lors de compléter l'article sur ce point.

Le texte suivant est suggéré :

"Art. 70. La présente loi s'applique aux marchés publics annoncés à partir du 1er janvier 1993 ou pour lesquels, à défaut d'avis, la décision de procéder à un marché public est prise à partir de cette date.

Pour les marchés publics de services au sens du titre II du livre II, la date visée à l'alinéa 1er est le 1er juillet 1993.

Les marchés annoncés ou décidés avant la date mentionnée à l'alinéa 1er et à l'alinéa 2 demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'annonce ou de la décision".

Annexe.

L'annexe doit porter les mêmes signatures que celles qui figurent au bas du projet de loi. La signature de l'annexe doit en outre être précédée de la formule :

"Vu pour être annexée à la loi du ...".

De kamer was samengesteld uit		La chambre était composée de
de Heer Monsieur	: H. COREMANS,	kamervoorzitter, président de chambre,
Mevrouw Madame	: S. VANDERHAEGEN,	
de Heer Monsieur	: M. VAN DAMME,	staatsraden, conseillers d'Etat,
de Heren Messieurs	: G. SCHRANS, E. WYMEERSCH,	assessoren van de afdeling wetgeving, assesseurs de la section de législation,
Mevrouw Madame	: A. TRUYENS,	toegevoegd griffier, greffier assumé.

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, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. M.-C. CEULE, referendaris.

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. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme M.-C. CEULE, référendaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

A. TRUYENS.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

H. COREMANS.