

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 25 juli 1994 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie", heeft op 24 november 1994 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 25 juillet 1994 d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications", a donné le 24 novembre 1994 l'avis suivant :

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP.

1. De regeling die in het voor advies voorgelegde ontwerp-besluit is vervat, heeft betrekking op de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, zoals bedoeld in titel IV van boek I van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Luidens artikel 26, eerste lid, van die wet is titel IV van toepassing op de "aangebestede overheden" bedoeld in artikel 4, § 1 en § 2, 1^o tot 8^o en 10^o, van deze wet alsook op de overheidsbedrijven, wanneer zij één van de werkzaamheden omschreven in titel IV uitoefenen.

2. Het ontwerp streeft een tweevoudig oogmerk na.

2.1. In de eerste plaats strekt het ontwerp ertoe titel IV van boek I van de wet van 24 december 1993 uit te voeren met dien verstande dat, luidens het verslag aan de Koning, het ontwerp het geheel van de uitvoeringsbepalingen bevat die op de overheidsopdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie van toepassing zijn, "met uitzondering van de algemene uitvoeringsvoorschriften enerzijds en de bepalingen in verband met de bevoegdheids-overdrachten en sommige controlemaatregelen betreffende de overheidsopdrachten op federaal niveau anderzijds".

.../...

2.2. In de tweede plaats worden met het ontwerp in de interne rechtsorde sommige bepalingen geïmplementeerd van de richtlijn 93/38/EEG van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie en, - in de artikelen 109 tot 117 van het ontwerp -, van de richtlijn 92/13/EEG van 22 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Overeenkomstig artikel 3 van het ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van titel IV van boek I van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van boek I van deze wet, dat eveneens voor advies aan de Raad van State werd voorgelegd (L. 23.623/1) zullen de bepalingen van titel IV van boek I van de wet van 24 december 1993 in werking treden op 1 januari 1995. Aangezien het ontworpen besluit in die wetsbepalingen rechtsgrond vindt, zal de Regering er moeten op toezien dat de inwerkingtreding van het eerstgenoemde besluit deze van het voorliggend besluit voorafgaat.

.../...

2.1. Menige bepaling van het ontwerp is ontleend aan de voornoemde richtlijnen 92/13/EEG en 93/38/EEG. In de Franse tekst gaat het daarbij veelal om een letterlijk overnemen, in de Nederlandse tekst daarentegen heeft het de schijn van een nieuwe vertaling, niet altijd van een betere kwaliteit (zie onder meer artikel 18 van het ontwerp). Onnodig te zeggen dat een dergelijk procédé verwarring sticht en tot betwistingen aanleiding kan geven. De Nederlandse tekst van het ontwerp is derhalve aan een ernstige herziening toe wat de uit de betrokken E.G.-richtlijnen overgenomen bepalingen betreft, met dien verstande dat, indien er redenen zijn om af te wijken van de in de richtlijn gebruikte terminologie - bijvoorbeeld omdat het nationale taalgebruik zo ingeburgerd is of omdat bepaalde rechtsfiguren in ons land niet gekend zijn onder de in de richtlijn gehanteerde term -, de terminologie in de besluiten ter omzetting van de richtlijnen uniform dient te zijn.

Bij de artikelsgewijze bespreking zullen uitsluitend als voorbeeld, een aantal tekstaanpassingen worden voorgesteld voor artikelen of onderdelen ervan waarvan de Nederlandse tekst afwijkt van de overeenkomstige bepalingen van de om te zetten richtlijnen.

2.2. Verschillende bepalingen van het ontwerp zijn analoog aan de bepalingen van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie (vgl. het bepaalde in de artikelen 3, § 6, 14, 1^o en 2^o, en 28 van dat koninklijk besluit

.../...

en de artikelen 2, § 1, vierde lid, 17, eerste lid, 1^o en 2^o, en 19 van het ontwerp). Men zal er derhalve zorg voor dragen dat analoge bepalingen op een zelfde manier worden geformuleerd en dat in de mate van het mogelijke, wordt aangesloten bij de redactie en de terminologie van gelijkaardige regelingen.

3.1. In het ontwerp wordt veelvuldig gebruik gemaakt van vage begrippen welke weliswaar veelal uit beide E.G.-richtlijnen werden overgenomen doch in het ontwerp niet nader worden omschreven. Met het oog op de rechtszekerheid lijkt het nochtans aangewezen aan die begrippen in het interne recht een meer concrete invulling te geven, hetzij in de tekst van het ontwerp, hetzij in het bijhorend verslag aan de Koning. Op die wijze kan worden voorkomen dat het bestuur, dan wel de aanbestedende diensten over een te ruime beoordelingsvrijheid beschikken en dat op die manier een bijkomende bron van betwistingen wordt geschapen.

3.2. Ter illustratie kan worden gewezen op vage begrippen zoals :

- "geraamd bedrag" (zie o.m. artikel 2 van het ontwerp) : het aanwenden van dit begrip als criterium om een overheidsopdracht van werken onder toepassing van de ontworpen regeling te doen vallen is van aard tot betwistingen aanleiding te geven, ermee rekening houdend dat de prijs waartegen een opdracht toegewezen wordt, bijna altijd van de raming verschilt. Het is denkbaar dat bij de raming de prijs van een werk onderschat wordt

.../...

en dat het verschil varieert van klein naar groot. De rechter zal dan eventueel dienen te oordelen of de raming op een al dan niet arbitraire wijze is vastgesteld. Bovendien is noch in de geïmplementeerde richtlijnen, noch in het ontworpen besluit een bepaling opgenomen die een onderschatting sanctioneert;

- "voldoende mededinging" (zie o.m. artikel 16, § 2, tweede lid, van het ontwerp) : dit begrip stemt weliswaar overeen met het overeenkomstige begrip in artikel 31, lid 3, van de richtlijn 93/38/EEG, doch aan de precieze draagwijdte ervan kan worden getwijfeld.

4. In een aantal bepalingen van het ontwerp wordt de formele motivering van de daarin bedoelde beslissingen opgelegd (zie bijvoorbeeld de artikelen 7, 33 en 98). De aldaar opgelegde verplichting ontslaat de beslissende aanbestedende overheden evenwel niet van de verplichting om alle andere eenzijdige handelingen met individuele strekking welke inzake overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie worden genomen, eveneens uitdrukkelijk te motiveren. Dit substantieel vormvereiste vloeit immers voort uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen.

In dat verband mag eraan worden herinnerd dat, behalve in de gevallen waarin het ontwerp in een dwingender motiveringsregeling zou voorzien, het om alle misvattingen te vermijden, af te raden is de verplichting tot motiveren in het ontwerp te bevestigen.

.../...

5. Het ontwerp voorziet in een aantal vormvoorschriften waarvan sommige tot de inschrijvers zijn gericht (zie b.v. artikel 8, § 3), andere tot de aanbestedende dienst (zie b.v. de in artikel 3 vervatte verplichting tot periodieke enuntiatieve aankondiging). Bij het stilzwijgen van de betrokken richtlijnen of van het ontwerp (1), zal het zaak zijn van de rechter om erover te oordelen of die vormvoorschriften substantieel zijn of niet.

6. De titels I, II en III van het ontwerp hebben een in ruime mate gelijkaardige structuur en de bepalingen ervan zijn meestal op dezelfde wijze geredigeerd. De hierna volgende bij titel I geformuleerde bijzondere opmerkingen zullen derhalve op overeenkomstige wijze gelden voor de analoge bepalingen van de titels II en III van het ontwerp.

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Aanhef.

1. Het eerste lid moet worden aangevuld met de vermelding van het besluit dat titel IV van boek I van de wet van 24 december 1993 wijzigt.

(1) Eventueel kunnen in het verslag aan de Koning aanwijzingen worden verstrekt omtrent de al dan niet substantiële aard van de in het ontwerp vervatte vormvoorschriften.

2. Gelet op de strekking van de artikelen 109 en volgende van het ontwerp, dient in het tweede lid van de aanhef te worden verwezen naar de richtlijn 92/13/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen 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.

De verwijzing naar de latere richtlijn 93/38/EEG zal dan in chronologische volgorde, in een derde lid van de aanhef moeten worden opgenomen.

Voordrachtformulier.

Het voordrachtformulier zou als volgt moeten worden gesteld : "Op de voordracht van Onze Eerste Minister en van Onze Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie en Economische Zaken en op het advies van Onze in Raad vergaderde Ministers,".

Artikel 2.

1.1. Wat de in artikel 2, § 1, eerste lid, opgenomen definitie van het begrip "werk" betreft, hebben de stellers van het ontwerp blijkbaar de begripsomschrijving overgenomen zoals die in de Franse tekst van artikel 14, lid 10, van de richtlijn 93/38/EEG voorkomt. Men zal vaststellen dat de

.../...

Nederlandse en de Franse tekst van de betrokken richtlijn op dat punt niet met elkaar in overeenstemming zijn en dat de omschrijving welke in de Nederlandse tekst van het ontwerp van het begrip "werk" wordt gegeven door de stellers ervan met de definitie in de Franse tekst in overeenstemming is gebracht.

Ermee rekening houdend dat de Nederlandse en de Franse tekst van de betrokken richtlijn gelijkelijk authentiek zijn, staat het aan de overheid die met de omzetting van de richtlijn in het interne recht is belast, erover te oordelen of uit de algemene opzet en de doelstelling van de richtlijn valt af te leiden aan welke interpretatie - die van de Nederlandse of die van de Franse tekst - de voorkeur moet worden gegeven, met dien verstande dat, ingeval van latere betwisting daaromtrent, het aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap toekomt ter zake zekerheid te creëren.

1.2. In het eerste lid van paragraaf 1 vervange men overigens het woord "produkt" door het woord "resultaat". Op die wijze wordt een grotere overeenstemming bewerkstelligd met de bepalingen van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 (zie de algemene opmerking sub 2.2.).

2. Men redigere het eerste lid van paragraaf 2 als volgt :

"Geen opdracht of werk mag door middel van een splitsing of door het gebruik van bijzondere berekeningsregels worden onttrokken aan de toepassing van de bepalingen van dit besluit".

.../...

Artikel 3.

In dit artikel - en ook verder in het ontwerp - schrijve men telkens "bekendgemaakt" en "bekendmaking" in plaats van "gepubliceerd" en "publicatie".

Artikel 5.

1. Men schrijve in de tweede volzin van het tweede lid van paragraaf 1 van dit artikel "verzending van de aankondiging" in plaats van "verzending".

2. Gelet op de in artikel 5, §§ 2 en volgende, vervatte termijnregeling, zou de rechtszekerheid ermee zijn gebaat indien in het ontwerp een regeling werd uitgewerkt in verband met het bewijs van de datum van de ontvangst van de offerte, bijvoorbeeld door het vereiste in te schrijven dat de offerte bij aangetekende brief met ontvangstbewijs dient te gebeuren. Een gelijkaardige opmerking geldt onder meer voor artikel 7, § 1, tweede lid, van het ontwerp.

3. In paragraaf 4, eerste lid, worden de woorden "candidats selectionnés" in de Nederlandse tekst weergegeven door "gegadigden", in artikel 13, § 2, van het ontwerp door "geselecteerde kandidaten"; de woorden "candidats retenus" (artikel 5, § 4, derde lid) hebben dan weer als equivalent de woorden "gekozen kandidaten". Daarbij komt dat in verschillende bepalingen van het ontwerp met de term

.../...

"candidats" in de Nederlandse tekst nu eens het woord "kandidaten" (zie artikel 5, § 4, eerste lid, artikel 7, § 1, eerste lid, artikel 15, § 3, en artikel 16, § 2 van het ontwerp) dan weer het woord "gegadigden" overeenstemt (zie artikel 6, 3° en artikel 7, § 1, eerste lid, van het ontwerp). Het verdient aanbeveling een dergelijk gebrek aan uniforme terminologie te verhelpen, te meer, omdat het hanteren van verschillende termen in de Nederlandse tekst twijfels doet rijzen omtrent de juiste draagwijdte van sommige bepalingen van het ontwerp. Zo is het niet duidelijk of met de "gegadigden" bedoeld in artikel 5, § 4, eerste lid, de in het derde lid van paragraaf 4 omschreven "gekozen kandidaten" worden beoogd.

Artikel 7.

1. Luidens artikel 7, § 2, 1°, kan de aanbestedende dienst "aan sommige aanvragers geen administratieve, technische of financiële voorwaarden opleggen die niet zouden geëist worden van anderen, noch proeven of bewijzen die reeds beschikbare objectieve bewijzen zouden overlappen". Uiteraard zal, overeenkomstig het bepaalde in artikel 30, lid 5, van de richtlijn 93/38/EEG, een dergelijk verbod niet enkel gelden in geval van het bijwerken van de kwalificatiecriteria en regels, doch tevens bij het nemen van het besluit over de kwalificatie zelf.

2. In paragraaf 2, 4°, is de verwijzing naar paragraaf 3, 1°, foutief. Bedoeld wordt de inleidende zin van

.../...

paragraaf 2. Men vervange de woorden "vermeld in § 3, 1^o van dit artikel" derhalve door de woorden "bedoeld in deze paragraaf".

3. Men redigere paragraaf 3 van dit artikel als volgt :

"§ 3. De in artikel 5, §§ 3 en 4 bepaalde termijnregeling is van overeenkomstige toepassing".

Artikel 8.

1. In paragraaf 1 van dit artikel lijken de woorden "over het algemeen", te kunnen worden geschrapt. Indien het de bedoeling van de stellers van het ontwerp is de mogelijkheid te laten om in een aantal gevallen af te wijken van de in deze bepaling opgelegde termijn van zes dagen, dient zulks met zoveel woorden in het ontwerp tot uitdrukking te worden gebracht.

2. Luidens paragraaf 3, tweede lid, in fine, moet de schriftelijke bevestiging van de in die bepaling bedoelde aanvragen tot deelneming gebeuren "voor de vervaldatum van de termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming". Uit die bepaling blijkt niet of de brief met de bevestiging binnen de gestelde termijn moet worden verzonden dan wel of de bevestigende brief binnen de gestelde termijn door de aanbestedende overheid moet zijn ontvangen. Onverminderd

.../...

de onder punt 2 geformuleerde algemene opmerking verdient het aanbeveling, om alle rechtsonzekerheid te vermijden, om nauwer aan te sluiten bij de redactie van de om te zetten bepaling van artikel 28, lid 5, van de richtlijn 93/38/EEG. Naar luid van deze bepaling moet immers de schriftelijke bevestiging verzonden zijn voor het verstrijken van de vervaltermijn.

Artikel 10.

Men redigere deze bepaling als volgt :

"Art. 10. Onverminderd de bepalingen van artikel 39, § 2, van de wet zijn de overheidsopdrachten voor aanneming van werken van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 1, § 1, waarvan het geraamde bedrag lager is dan het bedrag bepaald in artikel 1, § 2, onderworpen aan de bekendmakingsvoorschriften van deze afdeling".

Artikel 11.

1. Deze bepaling bevat slechts één paragraaf, zodat de aanduiding "§ 1." kan vervallen.

2. In het tweede lid wordt de inhoud van de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen bepaald. Er kan worden vastgesteld dat, in vergelijking met de huidige regeling vervat in artikel 12 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een

.../...

aantal gegevens niet langer in deze aankondiging zullen moeten worden opgenomen. Het betreft onder meer :

- de wijze waarop de opdracht wordt gegund (artikel 12, 2°, van het koninklijk besluit van 22 april 1977);
- de plaats van inzage van de bescheiden die het bestek uitmaken, alsook de daarvoor vastgestelde dagen en uren (zie artikel 12, 4°, van hetzelfde besluit); artikel 11, tweede lid, 4°, van het ontwerp bepaalt enkel de voorwaarden waaronder die bescheiden kunnen worden verkregen;
- de termijn voor uitvoering van de opdracht (artikel 12, 7°, van hetzelfde besluit).

Uit het verslag aan de Koning valt af te leiden dat het de bedoeling is de Europese regels inzake de bekendmaking in een vereenvoudigde vorm te implementeren. Die vereenvoudiging mag er uiteraard niet toe leiden dat gegevens welke voor de belangstellende inschrijver essentieel kunnen zijn, van bekendmaking worden uitgesloten. Zulks zou immers de coherentie van het in het ontwerp opgezette stelsel van gunning van overheidsopdrachten in het gedrang kunnen brengen. Met name lijkt het aangewezen, mede omwille van de doorzichtigheid van de ontworpen regeling, om de uiterste nuttige datum van ontvangst van de offerte in de aankondiging van de opdracht te vermelden.

.../...

Artikel 12.

1. Met betrekking tot het bepaalde in artikel 12, 3°, van het ontwerp rijst de vraag of het toezenden van een ter post aangetekende brief "aan ten minste vijf aannemers" kan worden geacht een voldoende bekendmakingsregel te zijn in de zin van artikel 39, § 1, van de wet van 24 december 1993. Deze laatste bepaling luidt als volgt :

"De overheidsopdrachten worden, naar keuze van de aanbestedende overheid, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding, bij algemene of beperkte offerteaanvraag, al naar gelang van wat bepaald werd in de artikelen 14 tot 16, of bij onderhandelingsprocedure omschreven in artikel 17, § 1, met naleving van de bekendmakingsregels vastgelegd door de Koning".

Artikel 39, § 2, van de wet van 24 december 1993 voorziet in een limitatief aantal gevallen waarin de overheidsopdrachten mogen worden gegund bij onderhandelingsprocedure, zonder naleving van de bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van verschillende aannemers, leveranciers of dienstverleners.

2. Indien men ervan uitgaat dat woorden en begrippen in hun gebruikelijke betekenis moeten worden begrepen, dan kan in alle redelijkheid de regel vervat in artikel 12, 3°, van het ontwerp bezwaarlijk worden beschouwd als een bekendmakingsregel ("règle de publicité") in de zin van artikel 39, § 1, van de wet. Een bekendmaking veronderstelt

.../...

immers dat een onbepaald aantal personen of belangstellenden bereikt worden met een bericht of aankondiging.

3. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 24 december 1993 blijkt bovendien dat het de bedoeling was te breken met het stelsel van de wet van 14 juli 1976 volgens welk de aanbestedende overheid bij beperkte procedures de oproep tot mededinging kon beperken tot die aannemers die zij beslist had te raadplegen, zodat het, bij ontstentenis van een ruimere bekendmaking, andere aannemers niet mogelijk was zich kandidaat te stellen voor deze selectie (1). Het aanschrijven van vijf aannemers zoals bepaald in artikel 12, 3°, heeft tot gevolg dat andere, potentiële kandidaten in het ongewisse blijven omtrent het bestaan van die beperkte procedure. Het is zeer de vraag of aldus op een afdoende wijze wordt aangesloten bij de bedoeling van de wetgever om "zo goed mogelijk tegemoet te komen aan de beheersvoorschriften van de aanbestedende overheden" zij het dat "deze soepelheid (...) als tegenwicht bekendmakingsregels (oproept) die van toepassing zijn zelfs voor onderhandelingsprocedures" (2). De filosofie van de wet van 24 december 1993 is dat alle opdrachten

(1) Zie de uiteenzetting van de Eerste Minister in de Senaatscommissie, Gedr. St., Senaat, 1992-1993, nr. 656/2, blz. 8.

(2) Gedr. St., Senaat, 1992-1993, nr. 656/1, blz 40.

- ook die welke beneden de Europese drempels liggen - aan enige vorm van publiciteit worden onderworpen (1).

4. Uit het voorgaande moet worden geconcludeerd dat het bepaalde in artikel 12, 3°, van het ontwerp dient te worden weggelaten, omdat het strijdig is met artikel 39, § 1, van de wet van 24 december 1993.

Artikel 13.

Aangezien artikel 5, § 4, eerste lid, van het ontwerp voorschrijft dat, wanneer de termijn voor de ontvangst van de offertes "bij gemeenschappelijk akkoord" (men leze : "in onderlinge overeenstemming") wordt vastgesteld, alle kandidaten moeten beschikken over dezelfde termijn voor het indienen van hun offertes, ware het wenselijk om zulks ook met zoveel woorden in artikel 13, § 2, van het ontwerp te vermelden.

Artikel 16.

De regels welke in de artikelen 16 en 17 van het ontwerp zijn vervat met betrekking tot de selectie en gunning, betreffen uiteraard enkel de reglementering voor aanneming van werken. Men mag derhalve ervan uitgaan dat andere reglementeringen zoals die inzake de erkenning van de

(1) Gedr. St., Senaat, 1992-1993, nr. 656/2, blz. 20.

aannemers en de bestrijding van de koppelbazen, onverkort blijven gelden. Teneinde daarover geen twijfel te laten bestaan, kan worden overwogen paragraaf 1 van artikel 16, te laten aanvangen als volgt :

"§ 1. Onverminderd andere wettelijke bepalingen gaat de aanbestedende overheid, in geval van openbare aanbesteding of algemene offerteaanvraag over tot ...".

Paragraaf 2 late men, op overeenkomstige wijze, aanvangen als volgt :

"§ 2. Onverminderd andere wettelijke bepalingen selecteert de aanbestedende overheid in geval van beperkte aanbesteding, beperkte offerteaanvraag of onderhandelingsprocedure, de kandidaten ...".

Artikel 17.

1. Het voorbehoud dat in de inleidende zin van artikel 17, eerste lid, wordt gemaakt met betrekking tot de erkenning van aannemers van werken is te beperkend, gelet op de bij artikel 16 geformuleerde opmerking. Daarom wordt voorgesteld deze volzin te redigeren als volgt :

"Onverminderd andere wettelijke bepalingen kan van deelneming aan een opdracht worden uitgesloten, de aannemer :"

.../...

2. Men zal opmerken dat in artikel 17, eerste lid, 2°, gehandeld wordt over de aannemer of leverancier "wiens faillissement is aangevraagd". Zoals de Raad van State reeds meermaals heeft opgemerkt kan een dergelijke aanvraag door een crediteur op lichtzinnige wijze zijn ingediend. Het lijkt aangewezen bij de omzetting van deze in de betrokken richtlijnen voorkomende regel, nader aan te sluiten bij de bestaande faillissementswetgeving. Er kan worden overwogen om in de lijn van artikel 440 van de faillissementswet, de aangehaalde woorden te vervangen door de woorden "die aangifte heeft gedaan van zijn faillissement".

3. In artikel 17, eerste lid, 6°, is er geen overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst. De woorden "impôts et taxes" worden weergegeven door het woord "belastingen". Beide teksten zullen op elkaar moeten worden afgestemd.

4. De in artikel 17, eerste lid, 7°, bedoelde valse verklaringen moeten zijn afgelegd "bij het verstrekken van inlichtingen, opvorderbaar bij toepassing van dit artikel". Bedoeld worden blijkbaar de inlichtingen welke het moeten mogelijk maken om na te gaan of de aannemer zich in één van de gevallen van uitsluiting bevindt welke worden opgesomd in de punten 1° tot 6° van hetzelfde lid. Het bewijs van deze gegevens moet evenwel op verplichte wijze worden geleverd aan de hand van de in het tweede lid opgesomde stukken.

.../...

5. In het tweede lid van artikel 17, dient na het tweede gedachtenstreepje het woord "land" telkens te worden vervangen door het woord "Lid-Staat".

Artikel 18.

1. Deze bepaling is geïnspireerd op artikel 23 van de richtlijn 93/38/EEG en op artikel 47 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Gelet op de onder punt 2 geformuleerde algemene opmerking verdient het aanbeveling de Nederlandse tekst, naar het voorbeeld van de Franse tekst, nauwer bij die bepalingen te laten aansluiten, te meer omdat de interpretatie van deze tekst sinds jaren vaststaat en gekend is.

2. Zoals in artikel 47 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 moet, overeenkomstig artikel 18, § 1, derde lid, van het ontwerp, het lid of de leden die niet tot een openbaar bestuur behoren blijken geven van een "onbetwistbare bekwaamheid" (in het voornoemde artikel 47 wordt gewag gemaakt van "onbetwistbare bevoegdheid"). Of de aangewezen leden aan dat criterium beantwoorden, is vanzelfsprekend een feitenkwestie waarop de rechter enkel op een marginale wijze toezicht zal uitoefenen. Het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977 vermeldt, als voorbeeld, leden van het hoger onderwijzend personeel en vertegenwoordigers van de verenigingen voor ingenieurs en

.../...

architecten (1). Het kan aanbeveling verdienen om op dezelfde wijze in het verslag aan de Koning bij het voorliggend ontwerp een aantal relevante voorbeelden op te nemen.

3. In de rechtspraak is een probleem gerezen omtrent de interpretatie van artikel 47 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 (2), met name over de vraag of de aanwezigheid van één lid dat niet tot een openbaar bestuur behoort - in welk geval formeel voldaan is aan de verplichtingen opgelegd door het bedoelde artikel 47 - volstaat opdat de samenstelling van de jury regelmatig zou zijn. Mag inzonderheid de meerderheid van de leden van de jury deel uitmaken van de aanbestedende overheid, zonder dat hierdoor het algemeen rechtsbeginsel van de structurele onpartijdigheid mogelijks wordt miskend? Het ontwerp biedt de stellers ervan de gelegenheid om klaarheid te scheppen omtrent dit twistpunt.

4. Zoals hiervoren is vastgesteld, dienen enkel het lid of de leden die niet behoren tot een openbaar bestuur blijk te geven van een "onbetwistbare bekwaamheid" in het betrokken domein; de overige leden moeten, althans volgens

(1) B.S., 26 juli 1977, blz. 9549.

(2) Zie in dat verband D'HOOGE, D., De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken, 1993, 537-539.

de letter van de tekst van het ontwerp, niet voldoen aan dit vereiste. Nochtans mag worden aangenomen dat de meerderheid van de leden van de jury die over de verschillende offertes zullen moeten oordelen op grond van de in het bestek opgesomde criteria (zie artikel 18, § 1, derde lid), ter zake ook deskundig zijn (1). Om die reden kan worden overwogen om, naar het voorbeeld van artikel 59, § 1, derde lid, eerste zin, van het ontwerp, ook in artikel 18 te bepalen dat de leden van de jury - minstens de meerderheid van die leden - blijk moeten geven van een onbetwistbare bekwaamheid in het betrokken domein.

Artikel 19.

Het is niet duidelijk waarom in artikel 19 de redactie van de inleidende zin afwijkt van deze van het analoge artikel 28 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994. Het verdient aanbeveling bij de terminologie van dit laatste artikel aan te sluiten. Hetzelfde geldt overigens voor het 1^o en 2^o van artikel 19 van het ontwerp alwaar de Nederlandse tekst op een aantal punten eveneens afwijkt van de bepalingen van het voornoemde besluit.

(1) Zie Raad van State, nr. 28.240 van 26 juni 1987 inzake Pieters.

Artikel 21.

1. In paragraaf 1, 1^o, schrijve men "het geraamde totaalbedrag" in plaats van "het totaalbedrag".

2. In paragraaf 2 schrijve men in fine "als basis te worden genomen".

3. Teneinde nauwer aan te sluiten bij de terminologie van, eensdeels, artikel 14, lid 7, van de richtlijn 93/38/EEG, anderdeels, artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, vervange men in de inleidende zin van paragraaf 3 de woorden "opdrachten die bestemd zijn om vernieuwd te worden" door het woord "vervolgopdrachten".

Artikel 22.

1. Het tweede en het derde lid van dit artikel hebben inhoudelijk geen verband met het bepaalde in het eerste lid. Het verdient dan ook aanbeveling om van het tweede en het derde lid autonome artikelen, minstens afzonderlijke paragrafen, te maken (vergelijk trouwens met artikel 3, §§ 5, 6 en 7 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994).

.../...

2. Daarenboven zou in het derde lid beter worden aangesloten bij de terminologie van artikel 3, § 7, van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

Artikel 23.

1. In het eerste lid schrappe men in de Nederlandse tekst de letters "eenen-".

2. Om iedere mogelijke verwarring uit te sluiten en conform de terminologie van artikel 6, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 juli 1994, schrijve men in de eerste volzin van het tweede lid van dit artikel "Deze periodieke enuntiatieve aankondiging ..." in plaats van "Deze enuntiatieve aankondiging ...".

3. Uit het derde lid moet worden afgeleid dat de bedoelde aankondiging verplicht moet worden bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. In artikel 6, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 is slechts sprake van een facultatieve bevoegdheid. Het is niet duidelijk waarom in het ontwerp thans voor een verplichte aankondiging wordt geopteerd.

.../...

Artikel 41.

1. Er moet nader worden omschreven wat in paragraaf 1 wordt verstaan onder het begrip "volledige bezoldiging". In artikel 14, lid 2, van de richtlijn 93/38/EEG, bepaling waarvan artikel 41 van het ontwerp de omzetting beoogt, is sprake van "de totale vergoeding van de dienstverrichter".

2. In de inleidende zin van paragraaf 2 schrijve men "financiële diensten" in plaats van "diensten inzake financiering".

Bovendien schrijve men in het tweede streepje "bezoldigingsvormen" in plaats van "bezoldigingswijzen".

3. Paragraaf 3 zet de bepaling van artikel 14, lid 5, van de richtlijn 93/38/EEG om. Er wordt dan ook voorgesteld de redactie van de bepaling van paragraaf 3 nauwer te laten aansluiten bij het voornoemde artikel.

4. Het is niet duidelijk waarom de ontworpen paragraaf 4 van artikel 41 afwijkt van de redactie van het overeenkomstige artikel 21, § 2, van het ontwerp.

5. Met betrekking tot artikel 41, § 5, kan worden verwezen naar de opmerking welke bij artikel 21, § 3, van het ontwerp is gemaakt. Bovendien worden voor de leesbaar-

.../...

heid van het ontwerp de streepjes beter vervangen door de cijfers 1º en 2º.

Artikel 42.

Bij dit artikel kunnen de opmerkingen worden herhaald welke bij artikel 22 van het ontwerp zijn gemaakt.

Artikel 47.

In het tweede lid van paragraaf 1 schrijve men "De aankondiging betreffende ..." in plaats van "Deze aankondiging betreffende ...".

Artikel 49.

1. Het laatste lid van artikel 49 zou beter worden geredigeerd en gestructureerd naar het model van artikel 24, lid 3, van de richtlijn 93/38/EEG.

2. Men schrijve in fine van de eerste zin van het laatste lid van dit artikel "van de wet" in plaats van "van deze wet". Diezelfde opmerking geldt voor de tweede zin van het laatste lid.

Artikel 52.

Onverminderd de bij artikel 12 gemaakte opmerkingen moet worden vastgesteld dat in het 3^o van dit artikel het onweerlegbaar vermoeden wordt ingesteld dat het niet mogelijk is vijf dienstverleners te raadplegen voor de overheidsopdrachten die betrekking hebben op juridische diensten op het vlak van advies en vertegenwoordiging voor de gerechten en andere instellingen die geschillen beslechten. Het is de Raad van State niet duidelijk - en het verslag aan de Koning geeft er evenmin uitsluitel over - waarom het "intuitu personae"-karakter van de juridische dienstverlening zou verhinderen dat inzake overheidsopdrachten die betrekking hebben op juridische diensten - zeker als het om advisering en niet om bijstand in geschillen gaat - het niet mogelijk zou zijn vijf dergelijke dienstverleners aan te schrijven. Het aanschrijven heeft trouwens enkel betrekking op het bekendmaken van een opdracht en niet op de inhoud van de opdracht als zodanig.

Artikel 53.

Na het nummer van het artikel vermelde men het teken "§ 1".

Artikelen 59 tot 61.

De ontworpen bepalingen geven uitvoering aan artikel 20 van de wet van 24 december 1993. Deze bepaling is evenwel niet van toepassing gemaakt op de overheidsop-

.../...

drachten bedoeld in titel IV van de wet (zie artikel 41 van de wet), behoudens op de opdrachten van diensten bedoeld in hoofdstuk III van titel IV, welk hoofdstuk in dezelfde wet zal worden ingevoegd bij het ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van titel IV van boek I van deze wet (zie het ontworpen artikel 41quinquies, § 2). De artikelen 59 tot 61 van het ontwerp vermogen derhalve enkel uitvoering te geven aan artikel 20 van de wet, in de mate dat zij de opdrachten van diensten betreffen bedoeld in hoofdstuk III van titel IV van de wet. De hiernavolgende opmerkingen zullen derhalve met dat voorbehoud moeten worden gelezen.

Artikel 60.

1. Gelet op de draagwijdte van de betrokken paragrafen wordt de tweede paragraaf beter als een tweede lid van de eerste paragraaf geconcipieerd. De overige paragrafen dienen dan uiteraard te worden vernummerd.

2. Men redigere paragraaf 4, dat dan paragraaf 3 wordt, als volgt :

"Wanneer aan de voorwaarden van artikel 60, § 3, niet voldaan is, wordt de prijsvraag voor ontwerpen bekend-gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.".

.../...

Artikel 61.

1. In het eerste lid dient te worden geschreven "artikel 60, § 3" in plaats van "§ 4".

2. Naar analogie met de Franse tekst late men artikel 61, tweede lid, eerste zin, aanvangen als volgt : "Deze aankondiging wordt eveneens bekendgemaakt ...".

Artikel 62.

Men schrappe in fine van het tweede gedachtenstreepje de woorden "van 24 december 1993".

Artikel 63.

Vanuit formeel legistiek oogpunt, en met het oog op latere verwijzingen of wijzigingen kan het aanbeveling verdienen de opeenvolgende definities te nummeren als volgt : 1^o, 2^o, 3^o, enz. en de gedachtenstreepjes te schrappen.

Artikel 64.

1. Het is niet duidelijk waarom het in paragraaf 5 bedoelde verbod zich niet tevens uitstrekt tot de vermeldingen van produkten van een bepaald fabrikaat of een bepaalde herkomst, zoals wel het geval is in de overeen-

.../...

komstige bepaling van artikel 18, lid 5, van de richtlijn 93/38/EEG en in artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

2. In aansluiting op het bepaalde in artikel 18, lid 7 van de richtlijn 93/38/EEG redigere men paragraaf 7 als volgt :

"De aankondiging van de opdracht en de periodieke enuntiatieve aankondiging maken in voorkomend geval melding van de toepassing van § 6".

Artikel 67.

Vermits uit het verslag aan de Koning blijkt dat de in artikel 67 opgesomde voorwaarden op een cumulatieve wijze moeten zijn vermeld (zie ook artikel 3, lid 1, van de richtlijn 93/38/EEG), wordt voor de inleidende zin de volgende redactie in overweging gegeven :

"De bepalingen van de wet zijn niet van toepassing op de in artikel 31 van de wet bedoelde uitbating van geografische gebieden indien aan alle hierna volgende voorwaarden is voldaan :".

Artikel 69.

1. In het opschrift van titel VI schrijve men "prijsbepaling" in plaats van "prijzenbepaling".

.../...

2. In de paragrafen 1 en 4 van artikel 69 is sprake van "de opdracht op grond van werkelijke uitgaven" en niet van de in artikel 5, § 4, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten bedoelde "opdracht op grond van gecontroleerde uitgaven". Voor die terminologische wijziging worden in het verslag aan de Koning geen redenen opgegeven. Tenzij er specifieke redenen voorhanden mochten zijn om de bestaande omschrijving aan te passen, lijkt het verkieslijk deze in dit en in de navolgende artikelen (zie bijvoorbeeld artikel 70, 3º) te behouden (1).

Artikel 73.

1. Men redigere paragraaf 1, 3º, als volgt :

"3º indien de opdrachten voor aanneming van werken tot het toepassingsgebied behoren van de wet van 20 maart 1991 betreffende de erkenning van aannemers van werken,

(1) In de rechtsleer is de notie "opdracht op grond van gecontroleerde prijzen" genoegzaam bekend en precies afgebakend : bij dit soort opdracht bestaat de prijs in de teruggave van de door de aannemer werkelijk gedane uitgaven (lonen, materieel, materialen, grondstoffen, transport, enz.) vermeerderd met een bepaald procent tegenover het forfait (zie FLAMME M.A. e.a., Praktische Kommentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten, 1986, 354). Zoals in de vroegere wetgeving laat ook de wet van 24 december 1993, meer bepaald artikel 7, toe een overheidsopdracht zonder forfaitaire bepaling van de prijzen te gunnen in welbepaalde gevallen.

hetzij de kenletters en kencijfers van de inschrijver in de lijst van de erkende aannemers in België of in de officiële lijst van de erkende aannemers in een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschap, hetzij de vermelding dat hij zich beroept op de toepassing van artikel 3, § 1, 2°, van de voornoemde wet. In dit geval voegt hij de nodige bewijsstukken bij zijn offerte;".

2. Luidens het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten worden de inlichtingen welke in paragraaf 1, 4° en 5°, van artikel 73 van het ontwerp zijn vermeld gevraagd "met het oog op het opmaken van statistieken die door de Commissie van de Europese Gemeenschappen worden geëist". Indien zulks nog steeds de bedoeling is, verdient het aanbeveling die bestemming opnieuw te vermelden in het verslag aan de Koning gelet op de mogelijke relevantie ervan bij het bepalen van de sanctie in geval van niet-naleving van die verplichting.

3. Opdat zijn offerte als regelmatig zou kunnen worden beschouwd moet de inschrijver van vreemde nationaliteit, overeenkomstig artikel 73, § 4, 1°, met de offerte of ten laatste vóór de opening ervan, aan de aanbestedende overheid een attest van de bevoegde overheid meedelen waaruit blijkt dat hij in het land waar hij gevestigd is, voldaan heeft aan de wettelijke verplichtingen inzake sociale zekerheid.

.../...

Deze bepaling stemt overeen met die van artikel 15, § 4, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, doch lijkt thans - zeker wat de opdrachten betreft die onderworpen zijn aan de Europese reglementering - te beperkt.

Zo bepaalt artikel 17, tweede lid, van het ontwerp dat, wat de opdrachten voor aanneming van werken betreft, de aannemer kan aantonen dat hij heeft voldaan aan zijn verplichtingen op het vlak van de bijdrageregeling van de sociale zekerheid door middel van een getuigschrift uitgereikt door de bevoegde overheid van het betrokken land (lees : Lid-Staat). Wordt een dergelijk getuigschrift evenwel niet uitgereikt in de betrokken Lid-Staat, dan kan - steeds overeenkomstig artikel 17 - het getuigschrift worden vervangen door een verklaring onder eed of een plechtige verklaring van de betrokken inschrijver afgelegd voor een gerechtelijke of overheidsinstantie, een notaris of een bevoegde beroepsorganisatie van het land van herkomst of oorsprong. Het voorschrift van dat artikel 17 is overigens een omzetting van artikel 31, lid 2, van de richtlijn 93/38/EEG; in het ontwerp zijn analoge bepalingen opgenomen voor de opdrachten voor aanneming van leveringen en voor de opdrachten voor aanneming van diensten (artikelen 37 en 57 van het ontwerp).

De eenvormigheid en derhalve de duidelijkheid van de regelgeving zouden ermee gebaat zijn indien artikel 73, § 4, 1°, van het ontwerp werd aangevuld met een regeling in de zin van die van artikel 17, tweede lid.

.../...

4. De bepalingen van artikel 73, § 3, tweede en derde lid, houden een uitzondering in op het principe volgens welk de inschrijver moet hebben voldaan aan de eisen hem opgelegd door de sociale zekerheid.

Die regeling geldt evenwel niet voor de inschrijver van vreemde nationaliteit zodat deze zich niet op die uitzonderingsgronden kan beroepen (zie artikel 73, § 4). Er lijken op het eerste gezicht geen redenen voorhanden te zijn - en in het verslag aan de Koning worden er ook geen aangereikt - die dit onderscheid kunnen rechtvaardigen. Met het oog op de gelijke behandeling van de inschrijvers lijkt de bepaling van artikel 73, § 4, dan ook te moeten worden aangevuld met de uitzonderingen bedoeld in paragraaf 3, tweede en derde lid, van hetzelfde artikel, zij het dan beperkt tot de onderdanen van de E.G.-Lidstaten.

5. In vergelijking met het vroegere artikel 15, § 7, van het eerder vermelde koninklijk besluit van 22 april 1977, werd aan artikel 73, § 7, het woord "desgevallend" toegevoegd. Het is niet duidelijk wat de bedoeling is van die toevoeging. Ook het verslag aan de Koning verschaft daaromtrent geen uitsluitel.

Artikel 76.

In het tweede lid dient te worden verwezen naar de artikelen 73 tot 75 in plaats van naar de artikelen 76 tot 78.

.../...

Artikel 78.

1. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat, indien tijdens een gunningsprocedure een rechtspersoon een natuurlijke persoon vervangt, de aanbestedende overheid de vervanging kan aanvaarden, in welk geval de oorspronkelijke inschrijver hoofdelijk verantwoordelijk (lees : aansprakelijk) blijft voor de verbintenissen die hij bij de inschrijving ondertekende. Met betrekking tot deze bepaling die vergeleken met de bestaande reglementering nieuw is, stelt het verslag aan de Koning :

"Het eerste lid regelt de hypothese van de vervanging van een natuurlijke persoon door een rechtspersoon, inschrijver, tussen het ogenblik van het neerleggen van de offerte en dit van de toewijzing van de opdracht. Zo wordt bijvoorbeeld dergelijke inschrijver, natuurlijke persoon, in deze tussenperiode vervangen door een nieuw opgerichte handelsvennootschap."

2. Daargelaten de vraag naar de precieze juridische draagwijdte van de in deze bepaling omschreven figuur van de "vervanging van een natuurlijke persoon door een rechtspersoon", moet deze bepaling om de hiernavolgende redenen uit het ontwerp worden weggelaten.

2.1. De eerste zin van de bepaling is overbodig. De overgang en het tenietgaan van verbintenissen worden

.../...

geregeld door het Burgerlijk Wetboek (1). De toepassing van die regels vereist in beginsel de toestemming van de schuldeiser, in casu, de aanbestedende overheid.

2.2. De tweede zin van de voornoemde bepaling is eveneens overbodig in de mate dat met het opleggen van de hoofdelijke aansprakelijkheid niets meer wordt bedoeld dan wat in de terzake geldende voorschriften van de vennootschapswet (2) en van het Burgerlijk Wetboek is voorzien (3) en met

-
- (1) Gewezen kan worden op rechtsfiguren zoals de afstand van schuld met toepassing van artikel 1134 B.W., de schuldvernieuwing met toepassing van artikel 1271 B.W. en de delegatie van schuldenaar aan schuldeiser met toepassing van artikel 1275 B.W.
- (2) Zie bijv. artikel 13bis van de vennootschapswet. In de mate dat de natuurlijke persoon in naam van een vennootschap in oprichting en vooraleer deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een inschrijving heeft genomen, is, tenzij anders is overeengekomen, de hier bedoelde natuurlijke persoon persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk indien de vennootschap die verbintenis niet heeft opgenomen binnen de twee maanden na haar oprichting of indien de vennootschap niet tot stand is gekomen binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis.
- (3) Luidens artikel 1202 B.W. wordt hoofdelijkheid niet vermoed. Zij moet uitdrukkelijk bedongen zijn of bestaan "van rechtswege krachtens een bepaling van de wet". Met de woorden "krachtens een bepaling van de wet" wordt niet enkel het geval bedoeld waarin de hoofdelijkheid bij de wet zelf is opgelegd, maar ook het geval waarin zij bepaald wordt bij een besluit of reglement genomen overeenkomstig de wet ("en conformité de la loi" : Cass., 7 mei 1942, Pas., 1942, I, 117 en DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, III, p. 316, nr. 321, noot 1).

betrekking tot de handelaars, door de rechtspraak is aanvaard (1). Is het daarentegen de bedoeling van de stellers van het ontwerp op een specifieke en geëigende wijze de hoofdelijke aansprakelijkheid in het beoogde geval te regelen, dan ontbreekt de rechtsgrond daarvoor. Geen bepaling van de wet van 24 december 1993 verleent immers aan de Koning de bevoegdheid om de rechtsopvolging van een natuurlijke persoon door een rechtspersoon, te regelen noch, a fortiori, om een hoofdelijke verbintenis aan beiden op te leggen.

Artikel 80.

Men schrijve in paragraaf 1, eerste lid, "voor iedere post" in plaats van "voor ieder artikel". Hoewel deze laatste term niet foutief is, verdient het aanbeveling om, met het oog op de eenvormigheid van de in het ontwerp gebruikte terminologie, de term "post" te gebruiken.

Artikel 86.

Men schrijve in het eerste lid "definitief" in plaats van "voorgoed".

Artikel 87.

Men schrijve in paragraaf 1, vierde lid, "derde lid" in plaats van "lid 3". In hetzelfde lid moet bovendien

(1) Cass. 3 april 1952, Pas. 1952, I, 498.

worden verwezen naar artikel 86 van het ontwerp in plaats van naar artikel 90, althans indien rekening moet worden gehouden met het bepaalde in artikel 27 van het op te heffen koninklijk besluit van 22 april 1977, dat blijktens het verslag aan de Koning zonder wezenlijke wijziging in het ontwerp wordt overgenomen.

Artikel 90.

Naar analogie met de Franse tekst schrappen men, in de Nederlandse tekst van het eerste lid het woord "belangstellende".

Artikel 92.

1. Blijkens het verslag aan de Koning, is het tweede lid van paragraaf 2 van dit artikel de weergave van artikel 34, lid 5, van de richtlijn 93/38/EEG. Zoals reeds eerder werd opgemerkt, dient, zeker wat de Nederlandse tekst van deze bepaling betreft, de voorkeur te worden gegeven aan de tekst van de richtlijn. Zo dient het Franse woord "l'économie" te worden vertaald door "de zuinigheid", hetgeen de tekst reeds heel wat begrijpelijker zou maken.

2. Aangezien de Franse tekst van paragraaf 3 woorde-lijk werd overgenomen van artikel 25, § 3, van het op te heffen koninklijk besluit van 22 april 1977, dient men voor de Nederlandse tekst op dezelfde wijze te werk te gaan.

.../...

2.1. In het eerste lid van paragraaf 3 is er een discrepantie tussen de Franse tekst en de Nederlandse tekst. In de Franse tekst is er sprake van "toute offre dont le montant s'écarter de quinze p.c. et moins par rapport ...". In de Nederlandse tekst is sprake van "elke offerte waarvan het bedrag met meer dan vijftien pct. afwijkt van ...".

2.2. Naar analogie met de Franse tekst schrijve men in de Nederlandse tekst van paragraaf 3, laatste lid, "zoals voorzien in § 2".

Artikel 98.

De in het zesde lid geregelde "inzage" van de beslissingen komt neer op een regel van passieve openbaarheid. In dat verband mag eraan worden herinnerd dat een dergelijke bepaling uiteraard geen afbreuk kan doen aan de grondwettelijke, wettelijke en decretale regelingen ter zake die vaak in een ruimer recht van kennisneming voorzien (1).

Artikel 101.

1. In tegenstelling tot wat in het verslag aan de Koning is uiteengezet, wijkt artikel 101 af van de bepaling

(1) Zie artikel 32 van de Grondwet dat op 1 januari 1995 in werking treedt; zie ook de wet van 11 april 1994 betreffende openbaarheid van bestuur en, wat de Vlaamse Gemeenschap betreft, het decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse Regering.

van artikel 38 van het koninklijk besluit van 22 april 1977. Luidens deze laatste bepaling heeft de bevoegde overheid de keuze tussen drie mogelijkheden om te verhinderen dat de gunningsprocedure opnieuw moet worden begonnen. In het ontwerp is de eerste keuzemogelijkheid, met name het toestaan van de gevraagde prijsverhoging, omgezet in een verplichting (vgl. artikel 101, tweede lid, van het ontwerp met het artikel 38, tweede lid, eerste streepje, van het voornoemd besluit). Vraag is of de toepassing van de nieuwe regeling niet kan leiden tot een ontkrachting van sommige in de wet van 24 december 1993 vastgelegde regelen, zoals die betreffende de gunning aan de laagste inschrijver.

Mutatis mutandis kan dezelfde vraag worden gesteld bij artikel 102 van het ontwerp.

2. In het tweede lid van artikel 101 verdient het aanbeveling de woorden "indien de gevorderde verhoging verantwoord wordt door omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan" nader toe te lichten in het verslag aan de Koning (vgl. met het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977, B.S., 26 juli 1977, blz. 9547, alwaar dit, zij het summier, is gebeurd).

3. In het laatste lid is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst. Zoals in het laatste lid van artikel 38 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, beoogt de Franse tekst van de ontworpen

.../...

bepaling twee hypothesen, met name deze waarin de gekozen laagste inschrijver zijn inschrijving niet handhaaft en deze waarin de betrokken inschrijver ze wel handhaaft, zij het onder bepaalde voorwaarden. De Nederlandse tekst voorziet niet in die twee hypothesen en dient derhalve op dat punt te worden aangepast.

Artikel 102.

Het tweede lid van dit artikel herneemt slechts één van de hypothesen voorzien in artikel 46, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, met name het geval waarin de inschrijver zijn offerte onder bepaalde voorwaarden handhaaft. De mogelijkheid welke met deze laatste bepaling aan de aanbestedende overheid geboden wordt om, indien de gekozen inschrijver zijn offerte niet handhaaft, zich achtereenvolgens tot de andere inschrijvers te richten volgens de rangschikking van hun offerte, wordt in het ontwerp niet meer opgenomen. Het gevolg hiervan is dat de gunningsprocedure moet worden overgedaan. Gelet op de toelichting in het verslag aan de Koning, rijst de vraag of zulks wel strookt met de bedoeling van de Regering.

Artikel 104.

1. Bij ontstentenis aan enige toelichting in het verslag aan de Koning, is het niet duidelijk welke de precieze draagwijdte is van het woord "gelijktijdig" in de inleidende zin van artikel 104.

.../...

2. Het eerste lid van artikel 104 laat uitschijnen dat de aanbestedende overheid meerdere "gegadigden" dient uit te nodigen. Hierbij wordt evenwel geen rekening gehouden met het bepaalde in de inleidende zin van artikel 39, § 2, van de wet van 24 december 1993, volgens welk slechts meerdere aannemers moeten worden geraadpleegd "indien mogelijk". Het ontwerp moet op dat punt nauwer aansluiten bij de wet.

3. Bovendien rijst de vraag in welke mate de in het ontworpen artikel 104 opgelegde pleegvormen verzoenbaar zijn met de in artikel 39, § 2, van de voornoemde wet bepaalde uitzonderingsgevallen, die één voor één hun oorsprong vinden in bijzondere omstandigheden. Zo kan b.v. worden verwezen naar het in artikel 39, § 2, 1^o, c), van de voornoemde wet bedoelde geval, dat betrekking heeft op overheidsopdrachten waarmede dringende spoed, voortvloeiend uit onvoorziene gebeurtenissen, is gemoeid.

4. Wat betreft het gebruik van het woord "gegadigde" in de inleidende zin van artikel 104, kan worden verwezen naar de opmerking die bij artikel 5 van het ontwerp werd gemaakt.

Titel X.

Deze titel beoogt de implementatie van verschillende bepalingen uit de richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en be-

.../...

stuursrechtelijke 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. De ontworpen bepalingen stemmen overeen met de overeenkomstige bepalingen uit het reeds meermaals genoemde koninklijk besluit van 26 juli 1994. De Raad van State mag er zich dan ook toe bepalen te verwijzen naar de opmerkingen die in het advies L. 23.200/1 van 19 mei 1994 werden gemaakt bij de bepalingen van het ontwerp dat het voornoemde besluit is geworden.

Artikel 112.

Artikel 112 herneemt de bepaling van artikel 6 van de richtlijn 92/13/EEG, zonder echter - zoals in die bepaling van de richtlijn aan de Lid-Staten wordt opgedragen - de aanwijzing van de verificateurs te regelen. Zo wordt niet bepaald door welke overheid de verificateurs zullen worden aangewezen, noch volgens welke procedure en selectiecriteria die aanwijzing zal geschieden. Volgens het verslag aan de Koning wordt op het niveau van de Europese Gemeenschap alsnog onderhandeld over de attestnormen ter beoordeling van de betrokken gunningsprocedures en is het in afwachting van de vaststelling van die normen, niet de bedoeling op Belgisch niveau "de oprichting van een beroepsstelsel betreffende dergelijke functies te overwegen". Zulks neemt niet weg dat de in artikel 112 vervatte regeling niet werkbaar is en de richtlijn 92/13/EEG niet naar behoren is omgezet.

.../...

Artikel 115.

1. Deze bepaling neemt een aantal voorschriften van artikel 10 van de richtlijn 92/13/EEG over welke de procedure regelen ten aanzien van de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Bepalingen van die aard vergen uiteraard geen omzetting in het interne recht en worden derhalve beter uit het ontwerp weggelaten, hoogstens in het verslag aan de Koning vermeld. Indien die bepalingen, ter wille van de leesbaarheid en de toegankelijkheid van de ontworpen regeling toch in het ontwerp worden gehandhaafd, zal uit de bepaling duidelijker moeten blijken dat het gaat om reeds in de richtlijn vervatte procedurevoorschriften. Zulks kan bijvoorbeeld gebeuren met gebruikmaking van de formule "met toepassing van de richtlijn 92/13/EEG van de Raad van ...".

Al naar de optie welke wordt voorgestaan, zullen de betrokken artikelen van het ontwerp moeten worden herwerkt, minstens aangepast in de zoëven aangegeven zin.

Artikel 118.

1. In paragraaf 1 dienen de woorden "van 24 december 1993" te worden geschrapt. In de Nederlandse tekst redigeren men die paragraaf voorts als volgt :

"Indien de Eerste Minister of de Minister van Economische Zaken daarom verzoekt, worden alle nodige statistische en andere gegevens met betrekking tot de overheidsopdrachten en de opdrachten, ongeacht of zij al dan

.../...

niet vallen onder de toepassing van de wet of van dit besluit, aan hen meegedeeld volgens de nadere regels die zij bepalen".

2. Men redigere de inleidende zin van paragraaf 2 als volgt :

"Iedere aanbestedende overheid bewaart gedurende ten minste vier jaar na de datum waarop de opdracht werd gegund, de nodige informatie om op verzoek van de Commissie van de Europese Gemeenschappen haar beslissingen te rechtvaardigen betreffende :".

Artikel 121.

De uitvoeringsbepaling zou als volgt moeten worden gesteld :

"Onze Eerste Minister en Onze Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie en Economische Zaken zijn, ieder wat hem betreft, belast met de uitvoering van dit besluit".

PORTEE ET FONDEMENT LEGAL DU PROJET.

1. La réglementation prévue par le projet d'arrêté soumis pour avis porte sur les marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, visés au titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Selon l'article 26, alinéa 1er, de cette loi, le titre IV est applicable aux "pouvoirs adjudicateurs" visés à l'article 4, § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, de cette loi, ainsi qu'aux entreprises publiques, lorsqu'ils exercent une des activités visées au titre IV.

2. Le projet poursuit un double objectif.

2.1. En premier lieu, le projet a pour objet de pourvoir à l'exécution du titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993, sous cette réserve que, selon le rapport au Roi, le projet contient l'ensemble des règles d'exécution applicables aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, "à l'exception des règles générales d'exécution, d'une part, et des dispositions relatives aux délégations et à certaines mesures de contrôle des marchés publics du niveau fédéral, d'autre part".

.../...

2.2. En second lieu, le projet met en oeuvre, dans l'ordre juridique interne, certaines dispositions de la directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et, par les articles 109 à 117 du projet, 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.

OBSERVATIONS GENERALES.

1. Conformément à l'article 3 du projet d'arrêté royal modifiant le titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et fixant la date d'entrée en vigueur du livre premier de cette loi, qui a également été soumis à l'avis du Conseil d'Etat (L. 23.623/1), les dispositions du titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993 entreront en vigueur le 1er janvier 1995. Le fondement légal de l'arrêté en projet lui étant procuré par ces dispositions législatives, il incombera au Gouvernement de veiller à ce que l'entrée en vigueur de l'arrêté cité en premier lieu précède celle de l'arrêté présentement examiné.

.../...

2.1. Nombre de dispositions du projet sont empruntées aux directives 92/13/CEE et 93/38/CEE précitées. Dans la version française, il s'agit généralement d'une reproduction littérale, mais la version néerlandaise, en revanche, semble constituer une nouvelle traduction dont la qualité n'est pas toujours supérieure (voir notamment l'article 18 du projet). Point n'est besoin de préciser qu'un tel procédé prête à confusion et risque de donner matière à contestation. Par conséquent, le texte néerlandais du projet demande à être sérieusement remanié en ce qui concerne les dispositions empruntées aux directives concernées de la C.E., sous cette réserve que, s'il se justifie de s'écarter de la terminologie employée dans la directive - par exemple parce que l'usage national est ainsi consacré ou que certaines constructions juridiques sont inconnues dans notre pays sous le vocable utilisé par la directive -, la terminologie des arrêtés transposant les directives doit être uniforme.

L'analyse des articles se bornera à suggérer, à titre d'exemple, un nombre de remaniements pour certains articles ou parties de ceux-ci dont le texte néerlandais s'écarte des dispositions correspondantes des directives à transposer.

2.2. Diverses dispositions du projet sont analogues à celles de l'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (cf. les articles 3, § 6, 14, 1^o et 2^o,

.../...

et 28 de cet arrêté royal et les articles 2, § 1er, alinéa 4, 17, alinéa 1er, 1^o et 2^o, et 19, du projet). On veillera dès lors à formuler des dispositions analogues de manière identique et, dans la mesure du possible, à se rapprocher de l'énoncé et de la terminologie de règles similaires.

3.1. Le projet fait fréquemment usage de notions imprécises qui, si elles ont été empruntées pour la plupart aux deux directives de la C.E., ne sont cependant pas définies de manière plus précise dans le projet. Par souci de la sécurité juridique, il semble toutefois recommandé de pourvoir ces notions, en droit interne, d'un contenu plus concret, soit dans le texte du projet, soit dans le rapport au Roi qui accompagne ce dernier. On pourra éviter ainsi que l'administration ou les entités adjudicatrices ne disposent d'une liberté d'appréciation trop étendue et qu'il ne se crée de la sorte une source supplémentaire de contestations.

3.2. Il est permis de signaler, à titre d'exemple, les notions imprécises suivantes :

- "montant estimé" (voir notamment l'article 2 du projet) : l'emploi de cette notion comme critère permettant de soumettre un marché public de travaux à l'application de la réglementation en projet, est de nature à donner matière à contestation, si l'on tient compte de ce que le prix auquel un marché est attribué, diffère presque toujours de l'estimation. Il est concevable que, dans

.../...

- l'estimation, le prix d'un ouvrage soit sous-évalué et que la différence varie du simple au double. Dans cette hypothèse, il incombera au juge d'apprécier éventuellement si l'estimation a été ou n'a pas été établie de manière arbitraire. En outre, ni les directives mises en oeuvre, ni le projet d'arrêté ne comportent une disposition sanctionnant une sous-évaluation;
- "concurrence suffisante" (voir notamment l'article 16, § 2, alinéa 2, du projet) : cette notion correspond, certes, à la notion analogue figurant à l'article 31, paragraphe 3, de la directive 93/38/CEE, mais sa portée exacte est incertaine.

4. Un nombre de dispositions du projet imposent la motivation formelle des décisions auxquelles elles se rapportent (voir, par exemple, les articles 7, 33 et 98). L'obligation qui y est imposée ne dispense toutefois pas les pouvoirs adjudicateurs de l'obligation de motiver également de manière formelle tous les autres actes unilatéraux à portée individuelle qui sont accomplis relativement aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Cette formalité substantielle découle, en effet, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

.../...

A cet égard, il est permis de rappeler que, sauf dans les cas où le projet prévoirait une règle plus contraignante en matière de motivation, il est déconseillé, pour éviter toute erreur, de confirmer, dans le projet, l'obligation de motiver.

5. Le projet prévoit un nombre de formalités, dont les unes sont destinées aux soumissionnaires (voir, par exemple, l'article 8, § 3), les autres à l'entité adjudicatrice (voir, par exemple, l'obligation inscrite à l'article 3 en ce qui concerne l'avis indicatif périodique). En cas de silence des directives concernées ou du projet (1), il appartiendra au juge de décider si ces formalités sont substantielles ou ne le sont pas.

6. Les titres premier, II et III du projet ont, dans une large mesure, une structure analogue et leurs dispositions sont généralement rédigées de manière identique. Par conséquent, les observations particulières formulées ci-après à propos du titre premier s'appliqueront également aux dispositions analogues des titres II et III du projet.

(1) Le rapport au Roi peut éventuellement fournir des précisions relativement au caractère substantiel ou non substantiel des formalités prévues par le projet.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.Préambule.

1. Il convient de compléter le premier alinéa par la mention de l'arrêté modifiant le titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993.

2. Eu égard à la portée des articles 109 et suivants du projet, il y a lieu de faire référence, dans le deuxième alinéa du préambule, à la directive 92/13/CEE du Conseil 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.

La référence à la directive ultérieure 93/38/CEE devra dès lors être inscrite suivant l'ordre chronologique, dans un troisième alinéa du préambule.

Proposant.

Le proposant devrait être rédigé ainsi qu'il suit :

"Sur la proposition de Notre Premier Ministre et de Notre Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et

.../...

des Affaires économiques et de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil,".

Article 2.

1.1. En ce qui concerne la définition de la notion d'"ouvrage" inscrite à l'article 2, § 1er, alinéa 1er, les auteurs du projet ont reproduit, de toute évidence, la définition figurant dans le texte français de l'article 14, paragraphe 10, de la directive 93/38/CEE. Force est de constater que, sur ce point, les versions française et néerlandaise de la directive concernée ne sont pas en harmonie l'une avec l'autre et que la définition que le texte néerlandais du projet donne de la notion de "werk" a été mise en concordance, par ses auteurs, avec la définition du texte français.

Les versions française et néerlandaise de la directive concernée faisant également foi, il incombe à l'autorité chargée de la transposition de la directive en droit interne, d'apprécier s'il faut déduire de l'objet et de la philosophie générale de la directive quelle interprétation - celle du texte français ou celle du texte néerlandais - doit emporter la préférence, sous cette réserve qu'en cas de contestation ultérieure à ce propos, il appartiendra à la Cour de Justice de la Communauté européenne de trancher la question.

1.2. A l'alinéa 1er du paragraphe 1er de la version néerlandaise, on remplacera, du reste, le mot "produkt" par

.../...

le mot "resultaat". Il en résulterait une plus grande concordance avec les dispositions de l'arrêté royal du 26 juillet 1994 (voir l'observation générale sous 2.2.).

2. Il conviendrait de rédiger l'alinéa 1er du paragraphe 2 comme suit :

"Aucun marché ou ouvrage ne peut être soustrait, par une scission ou par l'utilisation d'une modalité particulière de calcul, à l'application des dispositions du présent arrêté".

Article 3.

Dans cet article - et également dans les dispositions suivantes du projet -, on écrira chaque fois, dans la version néerlandaise, "bekendgemaakt" et "bekendmaking" au lieu de "gepubliceerd" et "publicatie".

Article 5.

1. Il y aurait lieu d'écrire, dans la seconde phrase de l'alinéa 2 du paragraphe 1er de cet article "l'envoi de l'avis" au lieu de "l'envoi".

2. Eu égard aux règles relatives au délai que prévoit l'article 5, §§ 2 et suivants, il conviendrait, dans

.../...

l'intérêt de la sécurité juridique, d'élaborer, dans le projet, un système permettant d'établir la date de réception de l'offre, par exemple en imposant que l'offre soit envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception. Une observation similaire vaut notamment en ce qui concerne l'article 7, § 1er, alinéa 2, du projet.

3. Au paragraphe 4, alinéa 1er, l'expression "candidats sélectionnés" est rendue, dans la version néerlandaise, par le mot "gegadigden", à l'article 13, § 2, du projet, par l'expression "geselecteerde kandidaten"; les mots "candidats retenus" (article 5, § 4, alinéa 3), à leur tour, ont comme équivalent les mots "gekozen kandidaten". Au surplus, dans diverses dispositions du projet, le terme "candidats" correspond, dans le texte néerlandais, tantôt au mot "kandidaten" (voir l'article 5, § 4, alinéa 1er, l'article 7, § 1er, alinéa 1er, l'article 15, § 3, et l'article 16, § 2, du projet), tantôt au mot "gegadigden" (voir l'article 6, 3° et l'article 7, § 1er, alinéa 1er, du projet). Il est recommandé de remédier à un tel défaut d'uniformité terminologique, d'autant que l'emploi de termes différents dans la version néerlandaise fait planer l'incertitude quant à la portée exacte de certaines dispositions du projet. Ainsi, on n'aperçoit pas clairement si le terme "gegadigden" figurant à l'article 5, § 4, alinéa 1er, recouvre la notion de "gekozen kandidaten" définie à l'alinéa 3 du paragraphe 4.

.../...

Article 7.

1. Selon l'article 7, § 2, 1^o, l'entité adjudicatrice "ne peut imposer à certains demandeurs des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été exigées pour d'autres, ni exiger des essais ou des justifications faisant double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles". Conformément à l'article 30, paragraphe 5, de la directive 93/38/CEE, une pareille interdiction vaudra, de toute évidence, non seulement lorsque les critères et règles de qualification sont mis à jour, mais également lorsque la décision est prise quant à la qualification même.

2. Au paragraphe 2, 4^o, la référence au paragraphe 3, 1^o, est erronée. Il s'agit de la phrase introductive du paragraphe 2. Il conviendrait de remplacer, dès lors, les mots "mentionnés au § 3, 1^o du présent arrêté" par les mots "visés au présent paragraphe".

3. Il y aurait lieu de rédiger le paragraphe 3 de cet article comme suit :

"§ 3. Les règles en matière de délai énoncées à l'article 5, §§ 3 et 4, sont d'application".

Article 8.

1. Au paragraphe 1er de cet article, l'expression "en règle générale" semble pouvoir être supprimée. Si l'inten-

.../...

tion des auteurs du projet est de ménager la possibilité de déroger dans un nombre de cas au délai de six jours imposé par cette disposition, il faut l'indiquer expressément dans le projet.

2. Selon la fin du paragraphe 3, alinéa 2, la confirmation écrite des demandes de participation visées par cette disposition, doit être effectuée "avant l'expiration du délai de réception des demandes de participation". Cette disposition ne fait pas apparaître si la lettre de confirmation doit être envoyée dans le délai fixé ou si cette lettre doit être reçue par le pouvoir adjudicateur dans le délai fixé. Sous réserve de l'observation générale formulée sous le point 2, il est recommandé, pour éviter toute insécurité juridique, de se rapprocher davantage de l'énoncé de la disposition à transposer de l'article 28, paragraphe 5, de la directive 93/38/CEE. Selon cette disposition, en effet, la confirmation écrite doit être envoyée avant l'expiration du délai.

Article 10.

Il conviendrait de rédiger cette disposition comme suit :

"Art. 10. Sans préjudice des dispositions de l'article 39, § 2, de la loi, les marchés publics de travaux des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1er, § 1er, dont le montant estimé est inférieur au montant prévu à l'article 1er, § 2, sont soumis aux règles de publicité de la présente section".

.../...

Article 11.

1. Cette disposition ne comporte qu'un seul paragraphe, en sorte que la mention "§ 1." figurant dans la version néerlandaise, peut être omise.

2. L'alinéa 2 définit la teneur de l'avis de marché publié au Bulletin des Adjudications. Il est à noter que, comparativement aux règles actuelles qui sont inscrites à l'article 12 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, un certain nombre d'éléments ne devront plus figurer dans cet avis. Il s'agit notamment :

- du mode de passation du marché (article 12, 2°, de l'arrêté royal du 22 avril 1977);
- du lieu où les documents constituant le cahier spécial des charges peuvent être examinés, ainsi que les jours et heures réservés à cet examen (voir l'article 12, 4°, du même arrêté); l'article 11, alinéa 2, 4°, du projet définit uniquement les conditions dans lesquelles ces documents peuvent être obtenus;
- du délai d'exécution du marché (article 12, 7°, du même arrêté).

Il se déduit du rapport au Roi que l'intention est de mettre en oeuvre, sous une forme simplifiée, les règles européennes relatives à la publicité. Cette simplification ne peut, à l'évidence, emporter que des éléments pouvant

.../...

être essentiels pour le soumissionnaire intéressé, soient soustraits à la publication. En effet, la cohérence du système de passation de marchés publics établi par le projet risquerait de s'en trouver compromise. Il paraît indiqué en l'occurrence, pour assurer notamment la transparence de la réglementation en projet, de faire mention, dans l'avis de marché, de l'ultime date utile de réception de l'offre.

Article 12.

1. En ce qui concerne la règle énoncée à l'article 12, 3°, du projet, la question se pose de savoir si l'envoi d'un pli recommandé "à cinq entrepreneurs au moins" peut être réputé être une règle de publicité suffisante au sens de l'article 39, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993. Cette dernière disposition porte ce qui suit :

"Les marchés publics sont passés, au choix du pouvoir adjudicateur, par adjudication publique ou restreinte, par appel d'offres général ou restreint, conformément aux articles 14 à 16, ou par une procédure négociée définie à l'article 17, § 1er, et respectant les règles de publicité établies par le Roi".

L'article 39, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 prévoit un nombre limitatif de cas dans lesquels les marchés publics peuvent être passés par procédure négociée sans respecter la règle de publicité lors du lancement de la procédure mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

.../...

2. Si l'on part du principe que les mots et notions doivent s'entendre dans leur acception usuelle, la règle énoncée à l'article 12, 3^o, du projet ne peut, raisonnablement, être regardée comme une règle de publicité au sens de l'article 39, § 1^{er}, de la loi. La publicité suppose, en effet, qu'un nombre indéterminé de personnes ou d'intéressés puissent être atteints par un avis.

3. Il résulte, en outre, des travaux préparatoires de la loi du 24 décembre 1993 que l'intention était de rompre avec le système établi par la loi du 14 juillet 1976 selon lequel le pouvoir adjudicateur pouvait, pour les procédures restreintes, limiter l'appel à la concurrence aux seules entreprises qu'il décidait de consulter, en sorte qu'à défaut de publicité plus large, d'autres entreprises n'étaient pas en mesure de poser leur candidature en vue d'être sélectionnées (1). La consultation de cinq entrepreneurs au sens de l'article 12, 3^o, a pour effet que d'autres candidats potentiels sont tenus dans l'ignorance en ce qui concerne l'existence de cette procédure restreinte. Il n'est pas du tout certain que ce procédé traduise de manière concluante l'intention du législateur de "rencontrer au mieux les impératifs de gestion des pouvoirs adjudicateurs", même si "cette souplesse appelle en contrepartie des règles de publicité applicables même pour des procédures négociées" (2). La philosophie de la loi du 24 décembre 1993

(1) Voir l'exposé du Premier Ministre à la Commission du Sénat, Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n^o 656/2, p. 8.

(2) Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n^o 656/1, p. 40.

est que tous les marchés - y compris ceux se situant en deçà des seuils européens - soient soumis à une certaine forme de publicité (1).

4. La conclusion qui s'impose est que la règle énoncée à l'article 12, 3°, du projet doit être omise pour être contraire à l'article 39, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993.

Article 13.

Dès lors que l'article 5, § 4, alinéa 1er, du projet prescrit que le délai de réception des offres étant fixé d'un commun accord, tous les candidats doivent disposer d'un délai identique pour présenter leur offre, il serait indiqué d'en faire également mention de manière expresse à l'article 13, § 2, du projet.

Article 16.

Les règles de sélection et de passation énoncées aux articles 16 et 17 du projet ne concernent, à l'évidence, que la réglementation relative aux marchés de travaux. Il est permis, dès lors, de considérer que d'autres réglementations, comme celles qui concernent l'agrégation des entrepreneurs et la lutte contre les pourvoyeurs de main-d'oeuvre, demeurent intégralement d'application. Afin de ne laisser

(1) Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n° 656/2, p. 20.

subsister aucun doute à ce sujet, il peut être envisagé de rédiger le début du paragraphe 1er de l'article 16 de la manière suivante :

"§ 1er. Sans préjudice d'autres dispositions législatives, le pouvoir adjudicateur procède, en cas d'adjudication publique ou d'appel d'offres général, à la sélection ...".

Il conviendrait, de manière analogue, de rédiger le début du paragraphe 2 comme suit :

"§ 2. Sans préjudice d'autres dispositions législatives, le pouvoir adjudicateur sélectionne, en cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint ou de procédure négociée, les candidats ...".

Article 17.

1. Eu égard à l'observation relative à l'article 16, la réserve formulée, dans la phrase introductive de l'article 17, alinéa 1er, en ce qui concerne l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, est trop restrictive. C'est la raison pour laquelle il est suggéré de rédiger cette phrase comme suit :

"Sans préjudice d'autres dispositions législatives, peut être exclu de la participation à un marché, l'entrepreneur :".

.../...

2. Il est à noter que l'article 17, alinéa 1er, 2°, évoque le cas de l'entrepreneur ou du fournisseur "qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite". Ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà relevé à plusieurs reprises, une telle procédure peut avoir été entamée inconsidérément par un créancier. Il paraît indiqué de se rapprocher davantage, dans la transposition de cette règle prévue par les directives concernées, de la législation existant en matière de faillite. Il pourrait être envisagé, dans le droit fil de l'article 440 de la loi sur les faillites, de remplacer les mots précités par les mots "qui a fait l'aveu de sa faillite".

3. A l'article 17, alinéa 1er, 6°, il y a discordance entre les textes français et néerlandais. Les mots "impôts et taxes" sont rendus par le mot "belastingen". Il y aura lieu d'harmoniser les deux textes.

4. Les fausses déclarations visées à l'article 17, alinéa 1er, 7°, doivent avoir été faites "en fournissant des renseignements exigibles en application du présent article". Il s'agit apparemment des renseignements devant permettre de vérifier si l'entrepreneur se trouve dans l'un des cas d'exclusion énoncés aux 1° à 6° du même alinéa. Toutefois, la preuve relative à ces éléments doit être apportée obligatoirement par la production des pièces énumérées à l'alinéa 2.

.../...

5. A l'alinéa 2 de l'article 17, il faut chaque fois remplacer, au second tiret, le mot "pays" par l'expression "Etat membre".

Article 18.

1. Cette disposition s'inspire de l'article 23 de la directive 93/38/CEE et de l'article 47 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Compte tenu de l'observation générale formulée sous le point 2, il est recommandé, en prenant exemple sur le texte français, de rapprocher le texte néerlandais davantage de ces dispositions, d'autant que l'interprétation de ce texte est établie et connue depuis de longues années.

2. A l'instar de l'article 47 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, le ou les membres choisis parmi les personnes étrangères à toute administration publique doivent, conformément à l'article 18, § 1er, alinéa 3, du projet, présenter une "compétence incontestable" (en néerlandais : "onbetwistbare bekwaamheid"; le texte néerlandais de l'article 47 précité fait état de "onbetwistbare bevoegdheid"). La question de savoir si les membres désignés répondent à ce critère est, à l'évidence, une question de fait sur laquelle le juge n'exercera qu'un contrôle marginal. Le rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 22 avril 1977 mentionne, à titre d'exemple, des membres du haut personnel enseignant et des représentants des associations d'ingénieurs et

.../...

d'architectes (1). Il est recommandé de faire figurer, de la même manière, un nombre d'exemples pertinents dans le rapport au Roi accompagnant le projet à l'examen.

3. Un problème s'est posé dans la jurisprudence quant à l'interprétation de l'article 47 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 (2), notamment quant à la question de savoir si la présence d'un membre étranger à toute administration publique - auquel cas il est formellement satisfait aux obligations imposées par l'article 47 susvisé - suffit pour que la composition du jury soit régulière. La majorité des membres du jury peut-elle, notamment, appartenir au pouvoir adjudicateur, sans que le principe général de droit concernant l'impartialité structurelle soit éventuellement méconnu pour autant ? Le projet offre à ses auteurs la possibilité de clarifier ce point litigieux.

4. Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, seuls le ou les membres étrangers à toute administration publique doivent présenter une "compétence incontestable" dans le domaine considéré; les autres membres ne doivent pas, du moins selon

(1) M.B., 26 juillet 1977, p. 9549.

(2) Voir à ce propos D'HOOGE, D., "De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken", 1993, 537-539.

la lettre du texte du projet, satisfaire à cette condition. Cependant, il peut être admis que la majorité des membres du jury appelés à apprécier les différentes offres sur la base des critères énoncés dans le cahier spécial des charges (voir l'article 18, § 1er, alinéa 3), doit également être experte en la matière (1). Pour ce motif, il peut être envisagé, suivant l'exemple de l'article 59, § 1er, alinéa 3, première phrase, du projet, de prévoir, également à l'article 18, que les membres du jury - du moins la majorité d'entre eux - doivent présenter une compétence incontestable dans le domaine concerné.

Article 19.

Le motif pour lequel la rédaction de la phrase introductive de l'article 19, est différente de celle de la phrase correspondante de l'article 28 de l'arrêté royal du 26 juillet 1994, n'apparaît pas clairement. Il est recommandé de s'aligner sur la terminologie de ce dernier article. Il en va de même, du reste, pour les 1^o et 2^o de l'article 19 du projet, dans lesquels le texte néerlandais s'écarte également, sur un nombre de points, des dispositions de l'arrêté précité.

(1) Voir Conseil d'Etat, n^o 28.240 du 26 juin 1987 dans l'affaire Pieters.

Article 21.

1. Au paragraphe 1er, 1°, il y a lieu de remplacer par les mots "le montant total estimé", les mots "le montant total".

2. Au paragraphe 2, il y a lieu d'écrire in fine "doit être pris comme base".

3. Afin de se rapprocher davantage de la terminologie de l'article 14, paragraphe 7, de la directive 93/38/CEE, d'une part, et de l'article 3 de l'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, d'autre part, il convient de remplacer dans le texte néerlandais de la phrase introductive du paragraphe 3 les mots "opdrachten die bestemd zijn om vernieuwd te worden" par le mot "vervolgopdrachten".

Article 22.

1. Les alinéas 2 et 3 de cet article n'ayant aucun rapport avec l'alinéa 1er sur le plan du contenu, il est recommandé de transformer les alinéas 2 et 3 en articles autonomes ou à tout le moins en paragraphes autonomes (cf. l'article 3, §§ 5, 6 et 7 de l'arrêté royal du 26 juillet 1994).

.../...

2. Il est recommandé, de surcroît, de mettre l'alinéa 3 mieux en harmonie avec la terminologie de l'article 3, § 7, de l'arrêté royal du 26 juillet 1994.

Article 23.

1. Dans le texte français de l'alinéa 1er, il y a lieu de supprimer les lettres "et un".

2. En vue d'exclure toute confusion et conformément à l'article 6, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 juillet 1994, il y a lieu d'écrire dans le texte néerlandais de la première phrase de l'alinéa 2 de cet article "Deze periodieke enuntiatieve aankondiging ..." au lieu de "Deze enuntiatieve aankondiging ...".

3. Il y a lieu d'inférer de l'alinéa 3 que ledit avis doit obligatoirement être publié dans le Bulletin des Adjudications. Or l'article 6, § 1er, alinéa 3, de l'arrêté royal du 26 juillet 1994 fait seulement état d'une faculté. L'on n'aperçoit pas pour quel motif le présent projet opte, à présent, pour un avis obligatoire.

Article 41.

1. Il convient de préciser davantage ce qu'il y a lieu d'entendre au paragraphe 1er par la notion néerlandaise de "volledige bezoldiging". L'article 14, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE, que l'article 41 de l'arrêté en projet tend à transposer, utilise l'expression "de totale vergoeding van de dienstverrichter".

.../...

2. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive du paragraphe 2, il y a lieu d'écrire "financiële diensten" au lieu de "diensten inzake financiering".

Il convient en outre de remplacer, au deuxième tiret, le mot néerlandais "bezoldigingswijzen" par le mot "bezoldigingsvormen".

3. Dès lors que le paragraphe 3 assure la transposition de l'article 14, paragraphe 5, de la directive 93/38/CEE, il serait préférable que la rédaction de ce paragraphe 3 soit plus directement inspirée de l'article précité.

4. L'on n'aperçoit pas pourquoi l'article 41, § 4, en projet, s'écarte de la rédaction de l'article correspondant du projet, à savoir l'article 21, § 2.

5. En ce qui concerne l'article 41, § 5, il peut être fait référence à l'observation formulée à propos de l'article 21, § 3, de l'arrêté en projet. De plus, le projet gagnerait en lisibilité si les tirets étaient remplacés par les chiffres 1° et 2°.

Article 42.

En ce qui concerne cet article, il y a lieu de réitérer les observations relatives à l'article 22 du projet.

.../...

Article 47.

Au paragraphe 1er, alinéa 2, il y a lieu d'écrire "L'avis concernant ..." au lieu de "Cet avis concernant ...".

Article 49.

1. Il serait préférable de rédiger et de structurer le dernier alinéa de l'article 49 en s'inspirant de l'article 24, paragraphe 3, de la directive 93/38/CEE.

2. A la fin de la première phrase du dernier alinéa de cet article, il y a lieu de remplacer les mots "de la même loi" par les mots "de la loi". Cette observation vaut également pour la deuxième phrase du dernier alinéa.

Article 52.

Sans préjudice des observations relatives à l'article 12, force est de constater que le 3° de cet article introduit la présomption irréfragable selon laquelle il est impossible de consulter cinq prestataires de services pour les marchés publics portant sur des services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions et autres organes de règlement des litiges. Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas - et le rapport au Roi n'apporte aucune réponse définitive sur ce point - en quoi le caractère "intuitu personae" du service juridique empêcherait de pouvoir contacter par écrit cinq prestataires en matière de

.../...

marchés publics portant sur des services juridiques - à plus forte raison s'il s'agit de conseil et pas d'assistance dans des litiges. L'écrit porte d'ailleurs uniquement sur la publicité d'un marché et non sur le contenu du marché en tant que tel.

Article 53.

Il convient de faire suivre le numéro d'article du signe "§ 1".

Articles 59 à 61.

Les dispositions en projet pourvoient à l'exécution de l'article 20 de la loi du 24 décembre 1993. Cette disposition n'est toutefois pas rendue applicable aux marchés publics visés au titre IV de la loi (voir article 41 de la loi), sauf en ce qui concerne les marchés de services visés au chapitre III du titre IV, lequel chapitre sera inséré dans la même loi par le projet d'arrêté royal modifiant le titre IV du livre Ier de cette loi (voir l'article 41quinquies, § 2, en projet). Les articles 59 à 61 de l'arrêté en projet ne peuvent donc pourvoir à l'exécution de l'article 20 de la loi que dans la mesure où ils portent sur les marchés de services visés au chapitre III du titre IV de la loi. Les observations suivantes devront dès lors se lire sous cette réserve.

.../...

Article 60.

1. Eu égard à la portée des paragraphes concernés, il serait préférable de concevoir le paragraphe 2 comme un alinéa 2 du paragraphe 1er. Dans ce cas, la numérotation des autres paragraphes devra à l'évidence être adaptée.

2. Il y a lieu de rédiger comme suit le texte néerlandais du paragraphe 4, qui deviendra dans ce cas le paragraphe 3 :

"Wanneer aan de voorwaarden van artikel 60, § 3, niet voldaan is, wordt de prijsvraag voor ontwerpen bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.".

Article 61.

1. A l'alinéa 1er, il convient d'écrire "en vertu de l'article 60, § 3" au lieu de "en vertu du § 4".

2. Par analogie avec le texte français, il y a lieu de rédiger le début du texte néerlandais de l'article 61, alinéa 2, première phrase, comme suit : "Deze aankondiging wordt eveneens bekendgemaakt ...".

Article 62.

A la fin du deuxième tiret, il y a lieu de supprimer les mots "du 24 décembre 1993".

.../...

Article 63.

Il est recommandé, du point de vue de la légistique formelle et en vue de références ou modifications ultérieures, de numéroter les définitions successives comme suit : 1°, 2°, 3°, etc. et de supprimer les tirets.

Article 64.

1. Il n'apparaît pas clairement pour quelle raison le texte néerlandais du paragraphe 5 n'entend pas l'interdiction aux mentions des produits d'une origine ou d'une provenance déterminée, à l'instar de la disposition correspondante de l'article 18, paragraphe 5, de la directive 93/38/CEE et de l'article 17, § 2, de l'arrêté royal du 26 juillet 1994.

2. Sur l'exemple de l'article 18, paragraphe 7, de la directive 93/38/CEE, il y aurait lieu de rédiger le texte néerlandais du paragraphe 7 comme suit :

"De aankondiging van de opdracht en de periodieke enuntiatieve aankondiging maken in voorkomend geval melding van de toepassing van § 6".

Article 67.

Dès lors qu'il ressort du rapport au Roi que les conditions énumérées à l'article 67 doivent être mentionnées de manière cumulative (voir aussi l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/38/CEE), il est suggéré de rédiger la phrase introductive comme suit :

.../...

"Les dispositions de la loi ne sont pas applicables à l'exploitation d'aires géographiques, visée à l'article 31 de la loi, lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :".

Article 69.

1. Dans l'intitulé néerlandais du titre VI, il y a lieu d'écrire "prijsbepaling" au lieu de "prijzenbepaling".

2. Le texte néerlandais de l'article 69, §§ 1er et 4, utilise la notion de "opdracht op grond van werkelijke uitgaven" au lieu de la notion "opdracht op grond van gecontroleerde uitgaven" qui figure à l'article 5, § 4, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Le rapport au Roi n'indique pas les motifs de ce changement de terminologie. Sous réserve de motifs spécifiques justifiant d'adapter la définition existante, il semble préférable de la maintenir en l'état dans le présent article ainsi que dans les articles suivants (voir par exemple l'article 70, 3°) (1).

(1) La notion de "marché à remboursement" (Nl. opdracht op grond van gecontroleerde prijzen") est une notion suffisamment connue et précisément définie dans la doctrine : dans ce genre de marché, le prix est constitué par le remboursement des dépenses réelles qui seront exposées par l'entrepreneur (salaires, outillage, matériaux, matières, transport, etc.) augmentées d'un pourcentage déterminé par rapport au forfait (voir FLAMME M.A. et alii, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 1986, 354). A l'instar de la législation antérieure, la loi du 24 décembre 1993, plus précisément en son article 7, autorise la passation d'un marché public sans fixation forfaitaire des prix dans certains cas précis.

Article 73.

1. Il y a lieu de rédiger le paragraphe 1er, 3°, comme suit :

"3° lorsque les marchés de travaux sont soumis à l'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, soit les lettres et indices du soumissionnaire à la liste des entrepreneurs agréés en Belgique ou à la liste officielle des entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes, soit la mention qu'il invoque l'application de l'article 3, § 1er, 2°, de la loi précitée, auquel cas il joint à son offre les pièces justificatives nécessaires;".

2. Selon le rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les renseignements mentionnés à l'article 73, § 1er, 4° et 5°, en projet, sont demandés "en vue de l'élaboration des statistiques exigées par la Commission des Communautés européennes". Si tel est toujours le but poursuivi, il est recommandé de préciser cette utilisation dans le rapport au Roi, eu égard à l'importance qu'elle pourrait avoir dans la détermination de la sanction en cas de non-respect de cette obligation.

3. Pour que son offre puisse être considérée comme régulière, le soumissionnaire de nationalité étrangère doit, conformément à l'article 73, § 4, 1°, joindre à celle-ci ou produire au pouvoir adjudicateur au plus tard avant l'ouver-

.../...

ture des soumissions, une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant qu'il s'est acquitté de ses obligations légales en matière de sécurité sociale dans le pays où il est établi.

Bien que correspondant à l'article 15, § 4, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, cette disposition paraît trop restrictive, certainement en ce qui concerne les marchés soumis à la réglementation européenne.

Le projet dispose ainsi, en son article 17, alinéa 2, qu'en ce qui concerne les marchés de travaux, l'entrepreneur peut apporter la preuve qu'il a rempli ses obligations relatives aux cotisations de sécurité sociale en produisant un certificat délivré par l'autorité compétente du pays (lire : de l'Etat membre) concerné. Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré dans l'Etat membre concerné, le certificat peut - toujours selon l'article 17 - être remplacé par une déclaration sous serment ou une déclaration solennelle faite par le soumissionnaire concerné devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance. La règle de cet article 17 est d'ailleurs la transposition de l'article 31, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE; le projet contient des dispositions analogues pour les marchés de fournitures et les marchés de services (articles 37 et 57 du projet).

La réglementation gagnerait en uniformité et, partant, en clarté si l'article 73, § 4, 1°, du projet était complété par une disposition dans le sens de l'article 17, alinéa 2.

.../...

4. Les dispositions de l'article 73, § 3, alinéas 2 et 3 contiennent une exception au principe selon lequel le soumissionnaire doit avoir satisfait aux exigences qui lui sont imposées par la sécurité sociale.

Ce régime n'est toutefois pas applicable au soumissionnaire de nationalité étrangère, de telle sorte que celui-ci ne peut invoquer ces motifs d'exception (voir article 73, § 4). A première vue, aucun motif - pas même dans le rapport au Roi - ne paraît pouvoir justifier cette distinction. Pour assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, il semblerait, dès lors, qu'il faille compléter l'article 73, § 4, par les exceptions visées au paragraphe 3, alinéas 2 et 3, du même article, fût-ce en les limitant aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne.

5. Par comparaison avec l'ancien article 15, § 7, de l'arrêté royal précité du 22 avril 1977, l'article 73, § 7, a été complété par les mots "s'il y a lieu". L'on n'aperçoit pas le but de cet ajout. Le rapport au Roi n'apporte pas davantage de réponse précise en l'espèce.

Article 76.

A l'alinéa 2, il y a lieu de faire référence aux articles 73 à 75 au lieu des articles 76 à 78.

.../...

Article 78.

1. L'alinéa 1er de cet article dispose que lorsque, au cours d'une procédure de passation, une personne morale se substitue à une personne physique, le pouvoir adjudicateur peut accepter la substitution, auquel cas le soumissionnaire initial reste solidairement responsable des engagements souscrits en soumissionnant. Le rapport au Roi précise au sujet de cette disposition, qui est nouvelle par rapport à la réglementation existante :

"L'alinéa 1er règle l'hypothèse d'une substitution d'une personne morale à une personne physique soumissionnaire entre le moment du dépôt de l'offre et le moment de l'attribution du marché. Ainsi, par exemple, un soumissionnaire personne physique est substitué dans cet intervalle par une société commerciale nouvellement créée".

2. Sans entrer dans la question de savoir quelle est la portée juridique précise du cas de figure décrit dans cette disposition, à savoir la "substitution d'une personne morale à une personne physique", il convient d'omettre cette disposition pour les motifs suivants.

2.1. La première phrase de la disposition est superflue. Le transfert et l'extinction des obligations sont réglés par le Code civil (1). L'application de ces règles requiert en principe le consentement du créancier, en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur.

(1) Il peut être fait référence à des constructions juridiques telles que la cession de dette en application de l'article 1134 C. civ., la novation en application de l'article 1271 C. civ. et la délégation du débiteur au créancier en application de l'article 1275 C. civ.

2.2. La deuxième phrase de la disposition susvisée est également superflue dans la mesure où l'imposition de la responsabilité solidaire ne vise rien de plus que ce qui est prévu par les règles de la loi sur les sociétés commerciales (1) ou du Code civil (2) applicables en la matière et, en ce qui concerne les commerçants, ce qui est admis par la jurisprudence (3). Par contre, si les auteurs du projet entendent régler la responsabilité solidaire dans le cas précité de manière spécifique et adéquate, le fondement légal à cet effet fait défaut. Aucune disposition de la loi du 24 décembre 1993 ne confère en effet au Roi le pouvoir de régler la succession d'une personne physique par une

(1) Voir par exemple l'article 13bis de la loi sur les sociétés commerciales. Dans la mesure où la personne physique a, en quelque qualité que ce soit, remis une soumission au nom d'une société en formation et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, la personne physique précitée est, sauf convention contraire, personnellement et solidairement responsable si cet engagement n'est pas repris par la société dans les deux mois de sa constitution ou si la société n'est pas constituée dans les deux ans de la naissance de l'engagement.

(2) Aux termes de l'article 1202 C. civ., la solidarité ne se présume point. Il faut qu'elle soit expressément stipulée ou qu'elle existe "en vertu d'une disposition de la loi". Les mots "en vertu d'une disposition de la loi" visent non seulement le cas où la solidarité est établie par la loi elle-même, mais encore le cas où elle est établie par un arrêté ou un règlement pris en conformité de la loi ("en conformité de la loi" : Cass. 7 mai 1942, Pas., 1942, I, 117 et DE PAGE, H., Traité élémentaire de droit civil, III, p. 316, n° 321, note 1).

(3) Cass. 3 avril 1952, Pas. 1952, I, 498.

personne morale, ni, a fortiori, de leur imposer à toutes deux une obligation solidaire.

Article 80.

Au paragraphe 1er, alinéa 1er, il y a lieu d'écrire "par poste" au lieu de "par article". Bien que ce dernier terme ne soit pas erroné, il est recommandé d'utiliser le terme "poste" en vue d'uniformiser la terminologie utilisée dans l'arrêté en projet.

Article 86.

Dans le texte néerlandais de l'alinéa 1er, il y a lieu d'écrire "definitief" au lieu de "voorgoed".

Article 87.

Dans le texte néerlandais du paragraphe 1er, alinéa 4, il y a lieu d'écrire "derde lid" au lieu de "lid 3". Ce même alinéa doit en outre faire référence à l'article 86 de l'arrêté en projet au lieu de mentionner l'article 90, du moins s'il faut tenir compte de l'article 27 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 à abroger, qui, selon le rapport au Roi, a été reproduit dans l'arrêté en projet sans modification substantielle.

.../...

Article 90.

Par analogie avec le texte français, il y a lieu de supprimer le mot "belangstellende" dans le texte néerlandais de l'alinéa 1er.

Article 92.

1. Selon le rapport au Roi, l'alinéa 2 du paragraphe 2 de cet article correspond à l'article 34, alinéa 5, de la directive 93/38/CEE. Ainsi qu'il a déjà été observé précédemment, le texte de la directive doit emporter la préférence, certainement en ce qui concerne le texte néerlandais de cette disposition. Les mots français "l'économie" doivent ainsi être traduits par "de zuinigheid", ce qui rendrait le texte déjà nettement plus compréhensible.

2. Dès lors que le texte français du paragraphe 3 reproduit mot pour mot l'article 25, § 3, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 à abroger, il convient de procéder de même pour le texte néerlandais.

2.1. L'alinéa 1er du paragraphe 3 présente une discordance entre le texte français et le texte néerlandais. En effet, le texte français dispose "toute offre dont le montant s'écarte de quinze p.c. en moins par rapport ..." tandis que le texte néerlandais énonce "elke offerte waarvan het bedrag met meer dan vijftien pct. afwijkt van ...".

.../...

2.2. Par analogie avec le texte français, il y a lieu d'écrire dans le texte néerlandais du paragraphe 3, dernier alinéa, "zoals voorzien in § 2".

Article 98.

La "consultation" des décisions réglée à l'alinéa 6 se résume à une règle de publicité passive. Il peut être rappelé à cet égard qu'une telle disposition ne porte de toute évidence pas atteinte aux règles constitutionnelles, légales et décrétales en la matière qui prévoient souvent un droit de consultation plus étendu (1).

Article 101.

1. Contrairement au commentaire figurant dans le rapport au Roi, l'article 101 déroge à l'article 38 de l'arrêté royal du 22 avril 1977. Aux termes de cette dernière disposition, l'autorité compétente a le choix entre trois possibilités pour éviter de devoir recommencer la procédure de passation. Dans le projet, la première possibilité, à savoir le fait d'accorder le supplément de prix demandé, est transformée en obligation (comp. l'article 101, alinéa 2, du projet et l'article 38, alinéa 2, premier tiret, de l'arrêté précité). La question qui se

(1) Voir l'article 32 de la Constitution, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1995; voir aussi la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et, en ce qui concerne la Communauté flamande, le décret du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements du Gouvernement flamand.

pose est de savoir si l'application de la nouvelle règle n'aurait pas pour effet de vider de leur substance certaines règles fixées par la loi du 24 décembre 1993, telles que celle relative à l'attribution au soumissionnaire le plus bas.

La même question peut être posée, mutatis mutandis, à propos de l'article 102 de l'arrêté en projet.

2. A l'article 101, alinéa 2, il est recommandé d'apporter dans le rapport au Roi des précisions sur les mots "si l'augmentation réclamée est justifiée par les circonstances survenues postérieurement à l'ouverture des offres" (comp. avec le rapport au Roi de l'arrêté royal du 22 avril 1977, M.B., 26 juillet 1977, p. 9547, où de telles précisions sont fournies, quoique de façon sommaire).

3. Le dernier alinéa présente un manque de concordance entre les textes néerlandais et français. Comme au dernier alinéa de l'article 38 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, le texte français de la disposition en projet vise deux hypothèses : celle où le soumissionnaire le plus bas choisi ne maintient pas son offre et celle où le soumissionnaire précité la maintient, fût-ce moyennant certaines réserves. Le texte néerlandais ne prévoyant pas ces deux hypothèses, il s'impose dès lors de l'adapter sur ce point.

.../...

Article 102.

L'alinéa 2 de cet article ne reprend qu'une seule des hypothèses prévues à l'article 46, § 2, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, à savoir le cas où le soumissionnaire maintient son offre sous certaines conditions. La possibilité que cette dernière disposition offre au pouvoir adjudicateur de s'adresser successivement aux autres soumissionnaires suivant l'ordre de classement de leur offre, au cas où le soumissionnaire choisi ne maintient pas son offre, ne figure plus dans le projet. Il en résulte que la procédure de passation doit être recommencée. Eu égard au commentaire fourni dans le rapport au Roi, se pose la question de savoir si telle est effectivement l'intention du Gouvernement.

Article 104.

1. A défaut de précision dans le rapport au Roi, on n'aperçoit pas la portée précise du mot "simultanément" dans la phrase introductive de l'article 104.

2. L'alinéa 1er de l'article 104 laisse entendre que le pouvoir adjudicateur doit inviter plusieurs "candidats". Il n'est toutefois pas tenu compte de la phrase introductive de l'article 39, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, selon laquelle il n'y a lieu de consulter plusieurs entrepreneurs que "si possible". Le projet doit se rapprocher davantage de la loi sur ce point.

.../...

3. En outre se pose la question de savoir dans quelle mesure les formalités imposées par l'article 104 en projet sont compatibles avec les exceptions prévues à l'article 39, § 2, de la loi précitée, qui trouvent toutes leur origine dans des circonstances particulières. Il peut ainsi être fait référence au cas visé à l'article 39, § 2, 1°, c), de la loi précitée, qui a trait aux marchés publics dans lesquels intervient une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles.

4. En ce qui concerne l'utilisation du mot néerlandais "gegadigde" dans la phrase introductive de l'article 104, il convient de se reporter à l'observation formulée concernant l'article 5 de l'arrêté en projet.

Titre X.

Ce titre tend à transposer plusieurs dispositions de la directive 92/13/CEE du Conseil 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. Les dispositions en projet sont le pendant des dispositions correspondantes de l'arrêté royal du 26 juillet 1994, mentionné à plusieurs reprises. Le Conseil d'Etat peut dès lors se borner à renvoyer aux observations formulées dans l'avis L. 23.200/1 du 19 mai 1994 sur les dispositions du projet qui est devenu l'arrêté précité.

.../...

Article 112 .

L'article 112 reproduit l'article 6 de la directive 92/13/CEE, sans toutefois régler la désignation des vérificateurs - ainsi que cette disposition de la directive en confie le soin aux Etats membres. Il n'est pas prévu, ainsi, par quelle autorité les vérificateurs seront désignés, ni selon quelle procédure et quels critères de sélection ils le seront. Selon le rapport au Roi, les normes d'attestation pour l'évaluation des procédures de passation concernées font encore l'objet de négociations au niveau de la Communauté européenne et, dans l'attente de la fixation de ces normes, il n'entre pas dans les intentions "d'envisager la création au niveau belge d'un régime professionnel ayant trait de telles fonctions". Il n'en demeure pas moins que la règle contenue à l'article 112 n'est pas utilisable et que la directive 92/13/CEE n'a pas été adéquatement transposée.

Article 115.

1. Cette disposition reproduit un nombre de prescriptions de l'article 10 de la directive 92/13/CEE qui règlent la procédure en ce qui concerne la Commission des Communautés européennes. Des dispositions de cette nature ne requérant à l'évidence aucune transposition en droit interne, il serait préférable de les omettre du projet et de les mentionner tout au plus dans le rapport au Roi. Si ces dispositions sont maintenues dans le projet pour des raisons de lisibilité et d'accessibilité de la réglementation projetée, cet article devra indiquer plus clairement qu'il s'agit de règles de procédure déjà contenues dans la

.../...

directive. Cette précision peut être apportée par exemple à l'aide de la formule "en application de la directive 92/13/CEE du Conseil du ...".

En fonction de l'option qui sera retenue, il y aura lieu de remanier les articles concernés du projet ou, du moins, de les adapter dans le sens indiqué ci-dessus.

Article 118.

1. Il y a lieu d'écrire au paragraphe 1er "... et des marchés soumis ou non à l'application de la loi et du présent arrêté ...".

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

"Chaque pouvoir adjudicateur conserve pendant au moins quatre ans après la date d'attribution du marché, les informations appropriées lui permettant de justifier, à la demande de la Commission des Communautés européennes, ses décisions concernant :".

Article 121.

Il conviendrait de rédiger l'exécutoire comme suit :

.../...

"Notre Premier Ministre et notre Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et des Affaires économiques sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté".

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

Mevrouw : S. VANDERHAEGEN,
Madame :

kamervoorzitter,
président de chambre,

de Heren : M. VAN DAMME,
Messieurs : D. ALBRECHT,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

G. SCHRANS,
E. WYMEERSCH,

assessoren van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

Mevrouw : A. BECKERS,
Madame :

griffier,
greffier.

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

Het verslag werd uitgebracht
door de H. G. DEBERSAQUES, ad-
junct-auditeur.

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

Le rapport a été présenté par
M. G. DEBERSAQUES, auditeur ad-
joint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS.

S. VANDERHAEGEN.