KONINKRIJK BELGIE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 15 oktober 1998 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over :

1° een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken" (L. 28.367/1°),

en op 18 december 1998 van advies te dienen over :

2° een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie" (L. 28.609/1),

heeft op 28 januari 1999 het volgende advies gegeven :

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 15 octobre 1998, d'une demande d'avis sur :

1° un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics" (L. 28.367/1),

et le 18 décembre 1998, d'une demande d'avis sur :

2° un projet d'arreté royal "modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996 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" (L. 28.609/1),

a donné le 28 janvier 1999 l'avis suivant :

L. 28.367/1

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe, de richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, in de interne rechtsorde om te zetten.

Daartoe wijzigt het ontwerp het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Tevens beoogt het ontwerp een aantal aanpassingen en verduidelijkingen in het voornoemde besluit aan te brengen, rekening houdend met de ervaring die opgedaan werd gedurende de periode dat het besluit werd toegepast.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

1. De Nederlandse tekst getuigt van een eerder slordige redactie en moet worden nagekeken, inzonderheid op zijn overeenstemming met de Franse tekst.

Bij wijze van voorbeelden kunnen de volgende verbeteringen van de Nederlandse tekst worden gesuggereerd :

- men schrijve, in artikel 3 van het ontwerp, na het 2°, "door de woorden" in plaats van "door woorden";

- in datzelfde artikel dienen na het 3°, in de tweede volzin, de woorden "de fundamentele belangen van de veiligheid van het land" in overeenstemming te worden gebracht met de woorden "la protection des intérêts essentiels du pays" in de Franse tekst.

2. Bij de overname van bestaande bepalingen wordt voorts de terminologie zonder aanwijsbare reden gewijzigd. Dit dient te worden vermeden. Een voorbeeld van een dergelijke wijziging is te vinden in de Nederlandse tekst van artikel 5 van het ontwerp, waarin het bepaalde in artikel 90, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt hernomen in het ontworpen artikel 17bis. Die bepaling van artikel 90, § 3, tweede lid, luidt als volgt : "De inschrijver heeft voor de toepassing van voorgaande bepaling aan de voorschriften voldaan, indien hij volgens zijn rekening, die ten laatste daags voor ... is opgemaakt". Deze bepaling verschilt inhoudelijk niet wezenlijk van de bepaling in het ontworpen artikel 17bis, § 1, tweede lid, dat echter luidt als volgt : "De aannemer heeft voldaan aan zijn verplichtingen voor de toepassing van dit artikel indien hij volgens de rekening die uiterlijk daags voor ... afgesloten werd".

Artikel 3

Artikel 3, 1°, van het ontwerp wijzigt artikel 16 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Aan het eerste lid van dat artikel, dat de openbare aanbesteding en de algemene offerteaanvraag betreft, wordt onder meer een bepaling toegevoegd naar luid waarvan de aanbestedende overheid voor de kwalitatieve selectie van de inschrijvers "(kan) oordelen dat de basisvoorschriften (lees : basis-voorwaarden) van financiële, economische en technische aard, vereist krachtens de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken, voldoende zijn".

Die bepaling geeft aanleiding tot een aantal opmerkingen.

Vooreerst is deze bepaling overbodig. Krachtens de artikelen 17 tot 20 van het koninklijk besluit van 8 januari l996 is de aanbestedende overheid immers niet verplicht een beroep te doen op de in die artikelen geboden mogelijkheden om aan de inschrijvers bijkomende eisen te stellen of om hun aanvullende inlichtingen te vragen (1).

---

(1) De artikelen 17 tot 19 vangen aan met de zinsnede "onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken". De omzendbrief van 10 februari 1998 inzake de kwalitatieve selectie van aannemers stelt "... In de mate dat de aanbestedende overheid verder wenst te gaan dan de erkenningseisen, moet zij bij-komende eisen opleggen en de gepaste documenten vragen" (B.S. 13 februari 1998, p. 4224, II, 2.1).

Voorts kan de ontworpen bepaling verwarring veroorzaken. Zij wordt immers toegevoegd aan het eerste lid, dat de openbare procedures betreft, maar niet aan het tweede lid, dat betrekking heeft op de niet-openbare procedures (beperkte aanbesteding, beperkte offerteaanvraag en onderhandelingsprocedure). Op die wijze zou uit de ontworpen bepaling kunnen worden afgeleid dat het als voldoende beschouwen van de basisvoorwaarden die zijn vereist krachtens de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken, uitgesloten is bij die niet-openbare procedures. Vraag is of dit strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

Ten slotte vertonen de reglementeringen van de erkenning en van de overheidsopdrachten verschillen wat betreft de in aanmerking te nemen referentieperiodes voor het beoordelen van de financiële en economische draagkracht en van de technische bekwaamheid (1).

---

(1) Aldus is in artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, teneinde de financiële en economische draagkracht te berekenen, sprake van de totale omzet aan werken tijdens drie van de jongste acht jaren terwijl in artikel 18, 3°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 melding wordt gemaakt van de totale omzet en de omzet in werken over de laatste drie boekjaren. In artikel 11 van het besluit van 26 september 1991 is, om de technische bekwaamheid te meten, sprake van werken uitgevoerd in de jongste acht jaren en van het gemiddelde aantal werklieden en kaderleden gedurende drie semesters vrij te kiezen uit de voorafgaande vijf jaren terwijl in artikel 19, 2° en 4°, van het besluit van 8 januari 1996 verwezen wordt naar de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar en de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de laatste drie jaar.

De vraag rijst of, gelet op de voorgaande opmerkingen, de stellers van het ontwerp er goed aan doen de ontworpen bepaling te handhaven.

Artikel 4

Dit artikel wijzigt artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 januari l996. In het verslag aan de Koning bij dat artikel 4 wordt gesteld hetgeen volgt :

> "alhoewel (in) artikel 17 niet opgelegd wordt dat een aannemer die zich in een uitsluitingstoestand bevindt, automatisch uitgesloten wordt van deelneming aan een opdracht, blijft het niettemin zo dat de aanbestedende overheid slechts bij uitzondering een opdracht kan gunnen aan een dergelijke aannemer, en dat haar beslissing tot niet-uitsluiting van deze laatste dient te worden gemotiveerd."

De rechtszekerheid zou gediend worden - en betwistingen over impliciete niet-uitsluitingen vermeden - indien de bedoeling van de stellers van het ontwerp, zoals deze blijkt uit de aangehaalde commentaar, zou worden verwoord in een uitdrukkelijke bepaling. Deze zou als een tweede lid in artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kunnen worden ingevoegd en kan luiden als volgt :

"De niet-uitsluiting van een aannemer die in één of meer van de voormelde gevallen verkeert, moet aanleiding geven tot een uitdrukkelijke beslissing (1)".

Artikel 5

1. In het ontworpen artikel 17bis is herhaaldelijk sprake van "de uiterste datum voor het "neerleggen" van de aanvragen tot deelneming". Om coherent te zijn met artikel 6, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarin melding wordt gemaakt van de "ontvangst" van de aanvragen tot deelneming, vervange men in het ontworpen artikel 17bis in de aangehaalde uitdrukking telkens de woorden "het neerleggen" door "de ontvangst".

2. Duidelijkheidshalve zouden in de laatste volzin van de ontworpen paragraaf 1 de woorden "de beslissing tot selecteren van de kandidaten of tot het gunnen van de opdracht" beter worden vervangen door de woorden "de beslissing tot selecteren van de kandidaten bij een beperkte procedure of onderhandelingsprocedure of tot het gunnen van de opdracht bij een openbare procedure".

---

(1) Deze beslissing zal uiteraard krachtens de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen formeel gemotiveerd moeten zijn.

3. Het ontworpen artikel 17bis neemt met enkele aanpassingen bepalingen over die in het huidige artikel 90 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zijn vervat. Dat artikel wordt door artikel 37 van het ontwerp vervangen. In de aldus ontworpen nieuwe regeling worden de bepalingen van artikel 90, § 5 (de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om, bij ontstentenis van bepaalde attesten of documenten, zelf inlichtingen in te winnen) en § 8 (de mogelijkheid tot afwijking van bepaalde voorschriften bij gemotiveerde beslissing) niet opgenomen.

De vraag rijst of dit werkelijk in de bedoeling ligt van de stellers van het ontwerp.

4. De beide paragrafen van het ontworpen artikel 17bis zijn luidens hun bewoordingen ook toepasselijk op de onderhandelingsprocedure, waarbij niet wordt gedifferentieerd naargelang het een onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking betreft.

Er kan daarbij worden opgemerkt dat de ontworpen bepalingen normaliter niet toepasbaar zijn op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij gebrek aan aanvragen tot deelneming en een geformaliseerde selectiefase.

Artikel 7

In de Franse tekst van de ontworpen bepaling is sprake van "l'octroi ou la prise" van een erfpachtrecht of van een recht van opstal. In de Nederlandse tekst wordt enkel "het toekennen" van die rechten vermeld.

Die discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst moet worden weggewerkt. Aangezien in het verslag aan de Koning gewag wordt gemaakt van de toekenning "of het nemen" van een recht van opstal, moet wellicht de Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling worden aangevuld met de woorden "of het nemen" na de woorden "het toekennen".

Artikel 8

In de na het 1° ontworpen bepaling vervange men, rekening houdend met opmerking 1 bij artikel 5 van het ontwerp, de woorden "het neerleggen" door "de ontvangst".

Artikel 10

1.1. De in dit artikel na het 1° ontworpen bepaling vervangt het eerste lid van artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Luidens de vigerende bepaling worden de inschrijvers van wie de offerte niet werd uitgekozen van dit feit "op de hoogte gebracht" door de aanbestedende overheid.

De ontworpen bepaling voegt daar onder meer aan toe dat deze kennisgeving gebeurt "zo spoedig mogelijk en ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt".

Bij die aanvulling wenst de Raad van State het volgende op te merken.

Vooreerst blijkt het woord "gegund" in de Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling te moeten worden verstaan als het doen ontstaan van de overeenkomst. Dit moet worden afgeleid uit het gebruik van het woord "conclusion" in de Franse tekst. Krachtens artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 is de opdracht "gegund" na kennisgeving bij een ter post aangetekende brief (1).

Artikel 3, lid 2, van de met het ontwerp om te zetten richtlijn 97/52/EG vervangt in artikel 8 van de richtlijn 93/37/EEG, lid 2 als volgt :

> "De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk en desgevraagd schriftelijk in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake de gunning van de opdracht (...).".

In de overeenkomstige Franse tekst van die richtlijn 97/52/EG is bepaald hetgeen volgt :

---

(1) Of zo nodig per telegram, per telex of telefax, voor zover de inhoud daarvan binnen vijf dagen per aangetekende brief wordt bevestigd. Nog luidens die bepaling wordt de kennisgeving geacht gedaan te zijn door afgifte van de brief of het telegram op het post- of telegraafkantoor, of de verzending per telex of telefax binnen de termijn gedurende dewelke de inschrijvers ingevolge artikel 116 door hun offerte gebonden blijven.

> "Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les moindres délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication du marché, (...) et par écrit si demande leur en est faite".

Door het gebruik van het woord "adjudication" in de Franse tekst kan er moeilijk twijfel over bestaan dat in de aangehaalde richtlijn met "gunning" niet het sluiten van de overeenkomst is bedoeld (in dat geval zou er "conclusion" dienen te staan in de Franse tekst) maar wel degelijk de toewijzingsbeslissing.

Uit wat voorafgaat volgt dat de ontworpen bepaling de richtlijn niet correct omzet : de richtlijn staat niet toe dat de gunning, in de betekenis van het sluiten van de overeenkomst, wordt genomen als laatst mogelijke ogenblik om te informeren. In de Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling moeten bijgevolg de woorden "en ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt" worden vervangen door de woorden "en ten laatste wanneer de opdracht wordt toegewezen", en in de Franse tekst de woorden "au plus tard lors de la conclusion du marché" door "au plus tard lors de l'attribution du marché".

1.2. Artikel 25, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt door het ontwerp niet gewijzigd, in zoverre in die bepaling aan de aanbestedende overheid een informatieplicht wordt opgelegd die zij moet nakomen "na de gunning van de opdracht".

Ook deze "tijdsbepaling" is als een afwijking te beschouwen van de richtlijn 97/52/EG die in haar artikel 3, lid 2, in artikel 8 van de richtlijn 93/37/EEG, lid 1, als volgt vervangt :

> "De aanbestedende dienst deelt binnen een termijn van 15 dagen te rekenen vanaf de datum van ontvangst van een schriftelijk verzoek aan ieder afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen mede voor de afwijzing van zijn aanvraag of van zijn inschrijving op een aanbesteding, en ...".

Uit die bepaling kan niet worden afgeleid dat die mededeling pas "na de gunning van de opdracht" zou kunnen gebeuren. Aan het ontwerp moet bijgevolg een bepaling worden toegevoegd, luidens welke de woorden "na de gunning van de opdracht" in artikel 25, § 1, tweede lid, worden geschrapt, zodat de inleidende zin van dat lid zou luiden als volgt :

"De aanbestedende overheid deelt binnen een termijn van vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek, mede : ...".

1.3. De opmerkingen na punt 1.1. en 1.2. kunnen nog kracht worden bijgezet doordat de daarin aan kritiek onderworpen bepalingen al evenmin verenigbaar lijken met de doelstellingen van de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheids-opdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

In de tweede en derde overweging van die richtlijn is immers te lezen wat volgt :

> "Overwegende dat de zowel op nationaal als op Gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de toepassing van deze richtlijnen moeten waarborgen, het niet altijd mogelijk maken te waken over de naleving van de communautaire voorschriften, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt;
>
> Overwegende dat de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie vereist en dat, wil deze openstelling tot concrete resultaten leiden, er doeltreffende en snelle beroepsprocedures moeten bestaan ingeval van schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet;".

Het is duidelijk dat een kennisgevingsplicht die pas geldt bij het ontstaan van de overeenkomst het, naargelang het geval, onmogelijk, moeilijk of, in de huidige stand van rechtspraak en rechtsleer, minstens betwist maakt dat beroepsinstanties de naleving van de voormelde voorschriften nog kunnen verzekeren (1).

2. De ontworpen bepaling onder artikel 10, 2˚, van het ontwerp strekt ertoe, de woorden "en aan de aannemer" in te voegen in artikel 25, § 1, tweede lid, 3˚, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

---

(1) Inzonderheid wat het rechterlijk optreden betreft eens de overeenkomst is ontstaan.

Er kan twijfel rijzen of die toevoeging, die een informatieplicht aan de "winnaar" inhoudt, op haar plaats is in artikel 25 dat voor het overige de informatieplicht van de aanbestedende overheid regelt wat betreft niet geselecteerde of niet gekozen kandidaten.

Mochten de stellers van het ontwerp de bedoelde informatieplicht aan de aannemer in het ontwerp willen behouden, dan ware het beter deze op te nemen in artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. In elk geval schrijve men duidelijkheidshalve "aan de gekozen aannemer" in plaats van "aan de aannemer".

3. Bij artikel 10, 3°, van het ontwerp horen bij de woorden "ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt" in het ontworpen tweede lid, gelijkaardige opmerkingen als hierboven gemaakt onder punt 1. bij eenzelfde bepaling. Die woorden moeten derhalve worden geschrapt.

Ook bij de vigerende bepaling van artikel 25, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarin sprake is van "na de gunning van de opdracht" passen gelijkaardige opmerkingen als hierboven gemaakt onder punt 1. bij artikel 25, § 1, tweede lid, van dat koninklijk besluit.

4. Bij artikel 10, 4°, van het ontwerp, kan eenzelfde opmerking worden gemaakt als hierboven onder punt 2., zij het dat hier de ontworpen aanvulling, indien zij wordt behouden, dan aan artikel 122 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zou kunnen worden toegevoegd.

Daarbij moet echter nog worden opgemerkt dat, zelfs na de besproken wijziging, wat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking betreft, enkel een informatieplicht is opgelegd na ontvangst van een schriftelijk verzoek daartoe. Daarmee is niet voldaan aan het hoger aangehaalde artikel 8, lid 2, van de richtlijn 93/37/EEG, zoals gewijzigd door de richtlijn 97/52/EG, dat op het vlak van de spontane informatieplicht geen onderscheid maakt tussen de onderscheiden procedures. Bijgevolg moet, ook wat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking betreft, ter omzetting van de voormelde richtlijnen worden voorzien in een spontane informatieplicht.

5. Bij artikel 10 van het ontwerp worden in het verslag aan de Koning (1) beschouwingen gewijd aan de mogelijkheid dat in bepaalde gevallen de aanbestedende overheid een loting zou verrichten en haar beslissing zou motiveren op grond van het resultaat van deze loting.

Die mogelijkheid wordt, zij het in geval van uitzonderlijke omstandigheden, aanvaard in het verslag. Aangezien deze beschouwingen echter niet in verband kunnen worden gebracht met de bepalingen die in artikel 10 van het ontwerp zijn ontworpen, dienen zij evenwel uit het verslag te worden geschrapt. Bovendien roept het systeem van de loting in elk geval vragen op vanuit de vereisten gesteld door de formele en de materiële motiveringsverplichting, zodat het niet gepast is dat omtrent de loting enkel in een verslag aan de Koning stelling wordt genomen.

---

(1) Blz. 13 en 14.

Artikel 16

1. Bij dit artikel gelden mutatis mutandis de opmerkingen gemaakt bij artikel 5 van het ontwerp.

2. In het ontworpen artikel 43bis, § 1, eerste lid, is in de Nederlandse tekst sprake van een "bewijs" van de Rijksdienst voor sociale zekerheid. Deze term staat tegenover "attestation" in de Franse tekst. Op heel wat andere plaatsen in het ontworpen artikel 43bis en in het ontwerp staat tegenover het woord "attestation" in de Nederlandse tekst echter "attest". Men dient een keuze te maken tussen de twee termen en deze keuze consequent aan te houden.

Artikel 18

In de ontworpen bepaling vervange men, rekening houdend met opmerking 1 bij artikel 5 van het ontwerp, de woorden "het neerleggen" door "de ontvangst".

Artikel 20

Bij dit artikel gelden mutatis mutandis de opmerkingen 1 tot 4, gemaakt bij artikel 10 van het ontwerp.

Artikel 28

Bij dit artikel gelden mutatis mutandis de opmerkingen gemaakt bij artikel 5 van het ontwerp.

Artikel 32

Men dient wellicht in het ontworpen artikel 78, § 2, tweede lid, de woorden "de aannemer van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten" te vervangen door "de persoon bedoeld in § 1" en de woorden "overheersende invloed kan uitoefenen op deze aannemer" door "overheersende invloed kan uitoefenen op deze persoon".

In het verslag aan de Koning wordt immers gesteld dat het begrip "gebonden onderneming" niet werd gewijzigd.

Artikel 34

Bij dit artikel gelden mutatis mutandis de opmerkingen 1 tot 4, gemaakt bij artikel 10 van het ontwerp.

Artikel 37

Dit artikel wijzigt volgens het verslag aan de Koning artikel 90, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 teneinde rekening te houden met de "meeste bepalingen inzake sociale zekerheid" die zijn "overgebracht

naar de artikelen 17bis, 43bis en 69bis van het besluit (die de) kwalitatieve selectie (betreffen)". Bij artikel 5 van het ontwerp en het daarin ontworpen artikel 17bis vermeldt het verslag aan de Koning dat de bepalingen betreffende de niet-betaling van de bijdragen van de sociale zekerheid in het hoofdstuk over de kwalitatieve selectie werden ingevoegd teneinde deze in eender welk stadium van de procedure als uitsluitingsgronden te kunnen doen gelden.

In bepaalde gevallen zal echter met het ontworpen artikel 90, § 3, dat doel niet kunnen worden bereikt. Het tijdsverloop tussen het ogenblik van de selectie en het ogenblik van de toewijzing kan immers meer dan een kalenderkwartaal bedragen. Bijgevolg is het mogelijk dat geselecteerde kandidaten die bij de selectie voldeden aan de bepalingen van de voormelde artikelen 17bis, 43bis en 69bis, niet meer aan die bepalingen voldoen op het ogenblik van de toewijzing. Op grond van de ontworpen paragraaf 3 zal in zulk geval de offerte niet onregelmatig kunnen worden verklaard :

- noch met toepassing van het eerste lid van die paragraaf, aangezien die offerte als regelmatig kon worden beschouwd, nu de inschrijver "in orde (was) met de sociale zekerheid, overeenkomstig de artikelen 17bis, 43bis en 69bis";

- noch met toepassing van het tweede lid van die paragraaf, ingeval het daarin bedoelde attest wordt voorgelegd en zelfs indien daaruit blijkt dat de inschrijver niet in orde is met de sociale zekerheid : door de loutere voorlegging van het attest is aan de bepaling van dat tweede lid voldaan.

Aldus wordt de bedoeling van het ontwerp, om een offerte van een inschrijver, die in de selectiefase wel, maar in de toewijzingsfase niet in orde is met de sociale zekerheid, te kunnen weren als zijnde onregelmatig, niet bereikt.

Overigens worden in het ontworpen artikel 90, de mogelijkheden om toch niet onregelmatig verklaard te worden, die vervat zijn in de vigerende tekst van artikel 90, niet op deugdelijke wijze hernomen: in de ontworpen paragrafen 4 en 6 wordt immers verwezen naar respectievelijk de "voorschriften" en "bepalingen" van paragraaf 3, maar deze paragraaf bevat in de ontworpen redactie nog nauwelijks voorschriften.

De besproken paragraaf 3 van het ontworpen artikel 90 zal bijgevolg volledig moeten worden herwerkt.

Artikel 39

1. Wellicht is het de bedoeling van de stellers van het ontwerp, dat ook de leden van een tijdelijke vereniging dienen te voldoen aan de bepalingen van de ontworpen artikelen 17bis, 43bis en 69bis.

In artikel 39 van het ontwerp dient bijgevolg na het 1° niet enkel de vermelding van artikel 103 te worden toegevoegd, maar ook van de artikelen 17bis, 43bis en 69bis.

Het 1° moet dan geschreven worden als volgt :

"1° in § 1, tweede lid, worden de woorden "de artikelen 89 tot 92" vervangen door de woorden "de artikelen 17bis, 43bis, 69bis, 89 tot 92 en 103"".

2. De voormelde toevoeging van artikel 103 in de bepaling van artikel 93, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft tot doel het voorschrift dat een inschrijver slechts één offerte per opdracht mag indienen, uit te breiden tot de leden van tijdelijke verenigingen.

Men kan zich voorstellen dat onder de ontworpen regeling een inschrijver in eigen naam een offerte indient maar ook een tijdelijke vereniging waarvan hij lid is, zulks doet. Een inschrijver zou ook als lid van meer dan één tijdelijke vereniging bij meer dan één offerte kunnen zijn betrokken.

In het verslag aan de Koning wordt bij de ontworpen bepaling vermeld dat in dergelijke gevallen "de neergelegde offertes" onregelmatig zijn. Zulks dient duidelijkheidshalve in een bepaling van het ontwerp te worden opgenomen.

3. Krachtens voornoemd artikel 93, § 1, tweede lid, moeten de leden van een tijdelijke vereniging de bepalingen naleven van artikel 90 alsof zijzelf de inschrijver zouden zijn. Bij toepassing van die bepaling samen met artikel 93, § 2, is het mogelijk dat na de selectie van een tijdelijke vereniging, zij een offerte indient terwijl zij slechts één

geselecteerd lid telt. De niet-geselecteerde leden dienen dan eveneens in orde te zijn met de sociale zekerheid, opdat de offerte van die tijdelijke vereniging regelmatig zou zijn.

Het valt moeilijk in te zien hoe de ontworpen bepalingen van artikel 90, § 3, op een dergelijke situatie toepasbaar kunnen zijn.

Artikel 42

Na het 1° zijn in de Nederlandse tekst de woorden "de goed te keuren uitgave mag ... niet overschrijden" niet de weergave van de vigerende bepaling.

Men schrijve het 1° als volgt :

"1° in het tweede lid worden de woorden "mag dat goed te keuren bedrag ... niet hoger liggen dan het bedrag bepaald in artikel 53, § 3" vervangen door de woorden "mag de goed te keuren uitgave ... het bedrag bepaald in artikel 53, § 3, niet bereiken".

Artikel 44

De vraag rijst hoe het ontworpen artikel 90, § 3, (artikel 37 van het ontwerp) van toepassing kan zijn op onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking.

Artikel 47

De aanvulling van de ontworpen bepaling met een concrete datum kan tot gevolg hebben dat er vóór die datum een publicatie is gebeurd in het Publicatieblad van de Europese Gemeeenschappen (dat dagelijks verschijnt) en na die datum een publicatie in het Bulletin der Aanbestedingen (dat slechts wekelijks verschijnt).

Teneinde betwistingen te vermijden betreffende de vraag welke publicatie in zulk geval de toepassing van de ontworpen bepaling met zich meebrengt, zou artikel 47 kunnen worden aangevuld met een bepaling waarin bijvoorbeeld aan de publicatie in het voornoemde Publicatieblad voorrang wordt gegeven.

****

L. 28.609/1

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe de richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 tot wijziging van richtlijn 93/38/EEG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van de opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, in de interne rechtsorde om te zetten.

Daartoe wijzigt het ontwerp het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie. Tevens beoogt het ontwerp een aantal aanpassingen en verduidelijkingen in het voornoemde besluit aan te brengen, rekening houdend met de ervaring die opgedaan werd gedurende de periode dat het besluit werd toegepast.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

Het 1° worde beter geschrapt. Bij die ontworpen bepaling gelden immers vergelijkbare opmerkingen als de opmerkingen die hierboven zijn gemaakt bij artikel 3 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 5

Het verslag aan de Koning bij dit artikel geeft aanleiding tot gelijkaardige opmerkingen als de opmerkingen die zijn gemaakt bij artikel 4 van ontwerp L. 28.367/1. Ook het voorliggende artikel 5 moet worden aangevuld.

Artikel 6

Mutatis mutandis gelden bij dit artikel dezelfde opmerkingen als de opmerkingen die hierboven bij artikel 5 van het ontwerp L. 28.367/1 zijn gemaakt.

Artikel 8

Bij dit artikel geldt mutatis mutandis de opmerking die is gemaakt bij artikel 7 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 9

Een gelijkaardige opmerking geldt bij dit artikel als de opmerking gemaakt bij artikel 8 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 15

Mutatis mutandis gelden bij dit artikel dezelfde opmerkingen als de opmerkingen die zijn gemaakt bij artikel 5 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 17

Een gelijkaardige opmerking geldt bij dit artikel als de opmerking gemaakt bij artikel 8 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 24

Mutatis mutandis gelden bij dit artikel dezelfde opmerkingen als de opmerkingen die zijn gemaakt bij artikel 5 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 28

Bij dit artikel kunnen wat het ontworpen artikel 78, § 3, betreft, vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt als de opmerkingen die zijn gemaakt bij artikel 37 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 30

1. Wellicht is het de bedoeling van de stellers van het ontwerp, dat ook de leden van een tijdelijke vereniging dienen te voldoen aan de bepalingen van de ontworpen artikelen 17bis, 39bis en 60bis.

In artikel 30 van het ontwerp dient bijgevolg na het 1° niet enkel de vermelding van artikel 91 te worden toegevoegd, maar ook van de artikelen 17bis, 39bis en 60bis.

Het 1° moet dan geschreven worden als volgt :

"1° in § 1, tweede lid, worden de woorden "de artikelen 77 tot 80" vervangen door de woorden "de artikelen 17bis, 39bis, 60bis, 77 tot 80 en 91"".

2. Bij artikel 30 moeten voorts, mutatis mutandis, de opmerkingen 2 en 3 worden gemaakt die de Raad van State heeft geformuleerd bij artikel 39 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 33

Dit artikel wijzigt artikel 101, eerste lid, tweede volzin, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

De Raad van State wenst op te merken dat in artikel 113, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 eenzelfde bepaling voorkomt. Die bepaling wordt echter niet gewijzigd door het ontwerp L. 28.367/1. Het is de vraag of dit verschil het gevolg is van een bewuste keuze van de stellers van de ontwerpen.

Artikel 36

Een analoge opmerking kan worden gemaakt als deze gemaakt bij artikel 44 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 37

1.1. De in dit artikel na het 1° ontworpen bepaling vervangt het eerste lid van artikel 111, § 1, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

Luidens de vigerende bepaling worden de inschrijvers van wie de offerte niet werd uitgekozen van dit feit "op de hoogte gebracht" door de aanbestedende overheid.

De ontworpen bepaling voegt daar onder meer aan toe dat deze kennisgeving gebeurt "zo spoedig mogelijk en ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt".

Bij die aanvulling wenst de Raad van State, analoog met de opmerkingen gemaakt bij artikel 10 van het ontwerp L.28.367/1, het volgende op te merken.

Men dient ervan uit te gaan dat, zoals in voornoemd artikel 10, ook in de hier besproken ontworpen bepaling in de Nederlandse tekst het woord "gegund", gelet op het overeenstemmende woord "conclusion" in de Franse tekst, moet worden verstaan als het doen ontstaan van de overeenkomst.

Artikel 1, punt 11 van de met het voorliggende ontwerp om te zetten richtlijn 98/4/EG vervangt in richtlijn 93/38/EEG artikel 41 als volgt :

> "3. Aanbestedende diensten ... stellen de deelnemende leveranciers, aannemers of dienstverleners onverwijld en desgevraagd schriftelijk in kennis van de gunning van de opdracht".

De ontworpen bepaling blijkt deze richtlijn niet correct om te zetten : de richtlijn staat niet toe dat de gunning, in de betekenis van het sluiten van de overeenkomst, wordt genomen als laatst mogelijke ogenblik om te informeren (1). In de Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling moeten bijgevolg de woorden "en ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt" worden vervangen door de woorden "en ten laatste wanneer de opdracht wordt toegewezen" en in de Franse tekst de woorden "au plus tard lors de la conclusion du marché" door "au plus tard lors de l' attribution du marché".

1.2. Artikel 111, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 wordt door het ontwerp niet gewijzigd, in zoverre in die bepaling aan de aanbestedende overheid een informatieplicht wordt opgelegd die zij moet nakomen "na de gunning van de opdracht".

Ook deze "tijdsbepaling" is als een afwijking te beschouwen van de richtlijn 98/4/EG die in haar artikel 1, punt 11 in artikel 41 van de richtlijn 93/38/EEG, lid 4, als volgt vervangt :

> "4. Aanbestedende diensten ... delen zo spoedig mogelijk na de datum van ontvangst van een schriftelijk verzoek aan iedere afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen mee voor de afwijzing van zijn aanvraag of van zijn inschrijving op een aanbesteding, ...".

---

(1) Dit is af te leiden uit het gebruik van de term "onverwijld".

Uit die bepaling kan niet worden afgeleid dat die mededeling pas "na de gunning van de opdracht" zou kunnen gebeuren. Aan het ontwerp moet bijgevolg een bepaling worden toegevoegd, luidens welke de woorden "na de gunning van de opdracht" in artikel 111, § 1, tweede lid, worden geschrapt, zodat de inleidende zin van dat lid zou luiden als volgt : "De aanbestedende overheid deelt binnen een termijn van vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek, mede : ...".

1.3. De opmerkingen na punt 1.1 en 1.2. kunnen nog kracht worden bijgezet doordat de daarin aan kritiek onderworpen bepalingen al evenmin verenigbaar lijken met de doelstellingen van de richtlijn 92/13/EEG van de Raad 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.

In de tweede en derde overweging van die richtlijn is immers te lezen wat volgt :

> "Overwegende dat de zowel op nationaal als op Gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de toepassing van deze richtlijn moeten waarborgen, niet altijd adequaat zijn;
>
> Overwegende dat het ontbreken van doeltreffende beroepsmogelijkheden of de ontoereikendheid van de bestaande mogelijkheden ondernemingen in de Gemeenschap ervan zou kunnen weerhouden hun kans te wagen; dat de Lid-Staten hierin derhalve verandering dienen te brengen".

Zoals reeds opgemerkt bij artikel 10 van ontwerp L. 28.367/1 beperkt een kennisgevingsplicht die pas geldt bij het ontstaan van de overeenkomst de beroepsmogelijkheden.

2. De ontworpen bepaling onder artikel 37, 2˚, van het ontwerp strekt ertoe, de woorden "en aan de aannemer" in te voegen in artikel 111, § 1, tweede lid, 3˚, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

Twijfel kan rijzen of die toevoeging, die een informatieplicht aan de "winnaar" inhoudt, op haar plaats is in artikel 111 dat voor het overige de informatieplicht van de aanbestedende overheid regelt wat betreft niet geselecteerde of niet gekozen kandidaten.

Mochten de stellers van het ontwerp de bedoelde informatieplicht aan de aannemer in het ontwerp willen behouden, dan ware het beter deze op te nemen in artikel 105 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. In elk geval schrijve men duidelijkheidshalve "aan de gekozen aannemer" in plaats van "aan de aannemer".

3. Bij artikel 37, 3˚, van het ontwerp horen in het ontworpen tweede lid bij de woorden "ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt" gelijkaardige opmerkingen als hierboven gemaakt onder punt 1 bij eenzelfde bepaling. Die woorden moeten worden geschrapt.

Voorts gelden bij de vigerende bepaling van artikel 111, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, waarin sprake is van "na de gunning van de opdracht" gelijkaardige opmerkingen als hierboven gemaakt onder punt 1. bij een gelijkluidende bepaling van artikel 111, § 1, tweede lid, van dat koninklijk besluit.

4. Bij artikel 37, 4°, van het ontwerp kan eenzelfde opmerking worden gemaakt als hierboven onder punt 2., zij het dat hier de ontworpen aanvulling, indien zij wordt behouden, dan aan artikel 110 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 zou kunnen worden toegevoegd.

Daarbij moet echter nog worden opgemerkt dat, zelfs na de besproken wijziging, wat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking betreft, enkel een informatieplicht is opgelegd na ontvangst van een schriftelijk verzoek daartoe. Daarmee is niet voldaan aan het hoger aangehaalde artikel 41, lid 3, van de richtlijn 93/38/EEG, zoals gewijzigd door de richtlijn 98/4/EG, dat op het vlak van de spontane informatieplicht geen onderscheid maakt tussen de onderscheiden procedures. Bijgevolg moet, ook wat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking betreft, ter omzetting van de voormelde richtlijnen worden voorzien in een spontane informatieplicht.

5. Bij de beschouwingen die bij artikel 37 van het ontwerp in het verslag aan de Koning worden gewijd aan de loting hoort eenzelfde kritiek als de kritiek die de Raad van State uitbracht onder punt 5 bij artikel 10 van het ontwerp L. 28.367/1.

Artikel 38

In het verslag aan de Koning bij dit artikel wordt verwezen naar de "tekst van de richtlijn 98/4/EG".

De bedoelde tekst kon door de Raad van State niet nader worden geïdentificeerd.

Artikel 40

Het in de ontworpen bepaling vermelden van een datum (1) kan aanleiding geven tot interpretatieproblemen waarop is gewezen in de opmerking bij artikel 47 van het ontwerp L. 28.367/1. Het kan volstaan naar die opmerking te verwijzen.

---

(1) 16 februari 1999 zal overigens wellicht moeten worden aangepast.

L. 28.367/1

PORTEE DU PROJET

Le projet soumis pour avis vise à transposer en droit interne la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement.

Pour ce faire, le projet modifie l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. Le projet entend également apporter un nombre de modifications et de précisions à l'arrêté précité, compte tenu de l'expérience acquise au cours de la période d'application de l'arrêté.

EXAMEN DU TEXTE

Observations générales

1. Le texte néerlandais est plutôt peu soigné et doit être réexaminé, notamment du point de vue de la concordance avec le texte français.

Les améliorations suivantes du texte néerlandais peuvent être suggérées à titre d'exemples :

- à l’article 3 du projet, il y aurait lieu d’écrire au 2° "door de woorden" au lieu de "door woorden";

- dans ce même article, il y a lieu, dans la seconde phrase du 3°, de conformer les mots "de fundamentele belangen van de veiligheid van het land" aux mots "la protection des intérêts essentiels du pays" dans le texte français.

2. En outre, lors de la reproduction de dispositions existantes, la terminologie est modifiée sans raison apparente. Il y a lieu d’éviter pareilles modifications. L’article 5 du projet, qui reproduit la disposition de l’article 90, § 3, alinéa 2, de l’arrêté royal du 8 janvier 1996 dans l’article 17bis, en projet, constitue un exemple dans le texte français d’une modification de l’espèce. Cette disposition de l’article 90, § 3, alinéa 2, s’énonce comme suit : "Est en règle pour l’application de la disposition ci-avant, le soumissionnaire qui, suivant compte arrêté au plus tard la veille du jour de l’ouverture des offres ...". Du point de vue du contenu, cette disposition ne diffère pas essentiellement de la disposition de l’article 17bis, § 1er, alinéa 2, en projet, laquelle s’énonce toutefois comme suit : "Est en règle pour l’application du présent article, l’entrepreneur qui suivant compte arrêté au plus tard la veille de la date limite de dépôt des demandes ...".

Article 3

L'article 3, 1°, du projet modifie l'article 16 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. A l'alinéa 1er de cet article, qui porte sur l'adjudication publique et l'appel d'offres général, est entre autres ajoutée une disposition selon laquelle le pouvoir adjudicateur peut, pour la sélection qualitative des soumissionnaires, "juger suffisantes les conditions minimales de caractère financier, économique et technique exigées en vertu de la législation relative à l'agréation d'entrepreneurs de travaux".

Cette disposition appelle un nombre d'observations.

Elle est, tout d'abord, superflue. En effet, en vertu des articles 17 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de recourir aux possibilités offertes par ces articles pour imposer des conditions supplémentaires aux soumissionnaires ou pour leur demander des informations complémentaires (1).

La disposition en projet, ensuite, peut prêter à confusion. En effet, elle est ajoutée à l'alinéa 1er qui porte sur les procédures ouvertes, mais pas à l'alinéa 2 qui concerne les procédures restreintes (adjudication res-

---

(1) Les articles 17 à 19 commencent par les mots "sans préjudice des dispositions relatives à l'agréation d'entrepreneurs de travaux". La circulaire du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs dispose que "... Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur souhaite aller au-delà des exigences de l'agréation, il doit alors imposer des exigences supplémentaires et réclamer des documents appropriés" (M.B. 13 février 1998, p. 4224, II, 2.1).

treinte, appel d'offres restreint et procédure négociée). Il pourrait ainsi se déduire de la disposition en projet que le fait de juger suffisantes les conditions minimales exigées en vertu de la législation relative à l'agréation d'entrepreneurs de travaux est exclu en cas de procédures restreintes. La question se pose si telle est l'intention des auteurs du projet.

Enfin, les réglementations de l'agréation et des marchés publics diffèrent en ce qui concerne les périodes de référence à prendre en considération pour apprécier la capacité financière, économique et technique (1).

La question se pose si, vu les observations précédentes, il est opportun que les auteurs du projet maintiennent la disposition en projet.

---

(1) Ainsi, à l'article 10 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, il est question du chiffre d'affaires global en travaux pendant trois des huit dernières années pour apprécier la capacité financière et économique alors qu'à l'article 18, 3°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il est question du chiffre d'affaires global et du chiffre d'affaires en travaux au cours des trois derniers exercices. Pour apprécier la capacité technique, l'article 11 de l'arrêté du 26 septembre 1991 se base sur les travaux exécutés au cours des huit dernières années et sur les effectifs moyens des ouvriers et des cadres pendant les trois semestres choisis librement au cours des cinq dernières années précédentes, alors que l'article 19, 2° et 4°, de l'arrêté du 8 janvier 1996 se réfère à la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années et aux effectifs moyens annuels pendant les trois dernières années.

Article 4

Cet article modifie l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Le rapport au Roi commente cet article 4 comme suit :

> "si l'article 17 n'impose pas d'exclure automatiquement de la participation à un marché un entrepreneur en situation d'exclusion, il n'en reste pas moins que le pouvoir adjudicateur ne devra contracter qu'exceptionnellement avec un tel entrepreneur, en motivant sa décision de non-exclusion de celui-ci.".

Dans l'intérêt de la sécurité juridique - et afin d'éviter toute contestation à propos de non-exclusions implicites - il conviendrait de traduire l'intention des auteurs du projet, telle qu'elle apparaît dans le commentaire cité, dans une disposition formelle. Celle-ci pourrait faire l'objet d'un alinéa 2 à insérer dans l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, et pourrait s'énoncer comme suit :

"La non-exclusion d'un entrepreneur se trouvant dans un ou plusieurs des cas susmentionnés, doit faire l'objet d'une décision expresse (1)".

---

(1) Cette décision devra évidemment faire l'objet d'une motivation formelle en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Article 5

1. L’article 17bis en projet fait mention, à maintes reprises, de "la date limite de "dépôt" des demandes de participation". Par souci de cohérence avec l’article 6, § 1er, alinéa 1er, de l’arrêté royal du 8 janvier 1996, où il est question de "réception" des demandes de participation, il y aurait lieu, à l’article 17bis en projet, de remplacer chaque occurrence du mot "dépôt" par "réception" dans l’expression précitée.

2. Mieux vaudrait, pour être tout à fait précis, remplacer, dans la dernière phrase du paragraphe 1er en projet, les mots "la décision de sélectionner les candidats ou d’attribuer le marché" par "la décision de sélectionner les candidats, en cas de procédure restreinte ou de procédure négociée, ou d’attribuer le marché, en cas de procédure ouverte".

3. L’article 17bis en projet reproduit, moyennant quelques adaptations, des dispositions qui sont inscrites à l’article 90 actuel de l’arrêté royal du 8 janvier 1996. Cet article est remplacé par l’article 37 du projet. Les dispositions de l’article 90, § 5 (la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de recueillir lui-même des informations si certaines attestations ou certains documents font défaut) et § 8 (la possibilité de déroger à certaines prescriptions par décision motivée) n’ont pas été inscrites dans le nouveau régime ainsi projeté.

La question se pose si telle est réellement la volonté des auteurs du projet.

4. Ainsi qu'ils sont formulés, les deux paragraphes de l'article 17bis en projet sont également applicables à la procédure négociée, mais il n'est opéré aucune distinction suivant qu'il s'agit d'une procédure négociée avec ou sans publicité.

Il peut être noté à ce sujet que les dispositions en projet ne sont pas applicables, normalement, à la procédure négociée sans publicité en l'absence de demandes de participation et d'une phase de sélection formalisée.

Article 7

Dans le texte français de la disposition en projet, il est question de "l'octroi ou la prise" d'un droit d'emphytéose ou de superficie. Dans le texte néerlandais, il n'est fait mention que de l'octroi de ces droits.

Il y a lieu de lever cette discordance entre le texte français et le texte néerlandais. Dès lors qu'il est question, dans le rapport au Roi, de l'octroi "ou (de) la prise" d'un droit de superficie, il s'impose sans doute de compléter le texte néerlandais de la disposition en projet par les mots "of het nemen" à la suite des mots "het toekennen".

Article 8

Dans la disposition en projet sous 1°, il y aurait lieu de remplacer le mot "dépôt" par "réception" conformément à l'observation 1 faite à l'article 5 du projet.

Article 10

1.1. La disposition en projet figurant au 1° de cet article remplace l'alinéa 1er de l'article 25, § 1er, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Selon la disposition en vigueur, les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie "en sont informés" par le pouvoir adjudicateur.

La disposition en projet ajoute entre autres que cette communication se fait "dans les moindres délais et au plus tard lors de la conclusion du marché".

Le Conseil d'Etat souhaite formuler l'observation suivante en ce qui concerne cet ajout.

Tout d'abord, le mot "gegund", dans le texte néerlandais de la disposition en projet, semble devoir s'interpréter comme étant la passation du contrat. C'est ce qu'il faut déduire du terme "conclusion" utilisé dans le texte français. En vertu de l'article 117 de l'arrêté royal

du 8 janvier 1996, le marché est "conclu" après notification adressée par lettre recommandée à la poste (1).

Le texte néerlandais de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 97/52/CE qui sera transposée par le projet remplace le paragraphe 2 de l'article 8 de la directive 93/37/CEE comme suit :

> "De aanbestedende diensten stellen de gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk en desgevraagd schriftelijk in kennis van de besluiten die zijn genomen inzake de gunning van de opdracht (...).".

Le texte français correspondant de cette directive 97/52/CE s'énonce comme suit :

> "Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les moindres délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication du marché, (...) et par écrit si demande leur en est faite.".

L'usage du terme "adjudication" dans le texte français ne laisse guère subsister de doute sur le fait que, dans la directive précitée, le mot "gunning" vise non pas la conclusion du contrat (dans ce cas, on aurait dû avoir

---

(1) ou en cas de nécessité, par télégramme, télex ou télécopieur, pour autant que sa teneur soit confirmée dans les cinq jours par lettre recommandée. Toujours selon cette disposition, la notification est réputée accomplie par le dépôt au bureau postal ou télégraphique de la lettre ou du télégramme, ou de l'envoi par télex ou télécopieur effectué dans le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre en vertu de l'article 116.

recours au terme "conclusion" dans le texte français) mais bien la décision d'attribution.

Il résulte de ce qui précède que la disposition en projet ne transpose pas correctement la directive : la directive ne permet pas que la passation, dans le sens de la conclusion du contrat, soit considérée comme le dernier moment possible pour informer. Il y a lieu dès lors, dans le texte néerlandais de la disposition en projet, de remplacer les mots "en ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt" par "en ten laatste wanneer de opdracht wordt toegewezen", et dans le texte français, les mots "au plus tard lors de la conclusion du marché" par "au plus tard lors de l'attribution du marché".

1.2. L'article 25, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est pas modifié par le projet dans la mesure où cette disposition impose au pouvoir adjudicateur une obligation d'information qu'il est tenu de respecter "après la conclusion du marché".

Il y a lieu de considérer cette clause temporelle également comme une dérogation à la directive 97/52/CE qui, en son article 3, paragraphe 2, remplace le paragraphe 1er de l'article 8 de la directive 93/37/CEE comme suit :

> "Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, ...".

Il ne peut pas être inféré de cette disposition que cette communication ne pourrait se faire qu'"après la conclusion du marché". Il y a lieu dès lors d'insérer dans le projet une disposition selon laquelle les mots "après la conclusion du marché" sont supprimés à l'article 25, § 1er, alinéa 2, si bien que la phrase introductive de cet alinéa s'énoncerait comme suit :

"Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite : ...".

1.3. Les observations faites aux points 1.1. et 1.2. se trouvent encore corroborées dès lors que les dispositions qui y sont soumises à la critique semblent également être inconciliables avec les objectifs de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

En effet, les deuxième et troisième considérants de cette directive s'énoncent comme suit :

> "Considérant que les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer cette application ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées;
>
> Considérant que l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire nécessite un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non-

discrimination et qu'il importe, pour qu'elle soit suivie d'effets concrets, qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit;".

Il est évident qu'une obligation d'information qui ne s'applique que lors de la passation du contrat rend, selon le cas, impossible, malaisé ou, dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, à tout le moins contesté, que les organes de recours puissent encore assurer le respect des règles précitées (1).

2. La disposition en projet à l'article 10, 2°, du projet, entend insérer les mots "et à l'adjudicataire" à l'article 25, § 1er, alinéa 2, 3°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

La question peut se poser si cet ajout, qui implique l'obligation d'informer le "vainqueur", est à sa place à l'article 25 qui règle, pour le surplus, l'obligation incombant au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats non sélectionnés ou non choisis.

Si les auteurs du projet entendent maintenir dans le projet l'obligation d'informer l'adjudicataire, mieux vaudrait incorporer celle-ci à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Il y aurait lieu en tout cas, pour être tout à fait précis, d'écrire "à l'adjudicataire choisi" au lieu de "à l'adjudicataire".

---

(1) notamment en ce qui concerne l'intervention du juge une fois le contrat passé.

3. A l'article 10, 3°, du projet, les mots "au plus tard lors de la conclusion du marché", figurant à l'alinéa 2 en projet, appellent des observations analogues à celles faites ci-dessus au point 1. concernant une disposition identique. Il s'impose dès lors de supprimer ces mots.

La disposition en vigueur de l'article 25, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui comporte la mention "après la conclusion du marché", appelle, elle aussi, des observations analogues à celles formulées ci-dessus au point 1. à l'égard de l'article 25, § 1er, alinéa 2, de cet arrêté royal.

4. Une même observation que celle faite ci-dessus au point 2. peut être formulée au sujet de l'article 10, 4°, du projet, encore que la précision envisagée, dans l'hypothèse où elle serait maintenue, pourrait alors être ajoutée à l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Il convient toutefois de faire remarquer à cet égard que, même après la modification examinée, une obligation d'information n'est imposée, en ce qui concerne la procédure négociée sans publicité, qu'après la réception d'une demande écrite en ce sens. Ceci n'est pas conforme à l'article 8, paragraphe 2, précité, de la directive 93/37/CEE, modifiée par la directive 97/52/CE, qui ne fait pas de distinction entre les différentes procédures en ce qui concerne l'obligation d'information spontanée. Dans le cadre de la transposition des directives précitées, il y a lieu, dès lors, de prévoir également une obligation

d’information spontanée en ce qui concerne la procédure négociée sans publicité.

5. En ce qui concerne l’article 10 du projet, le rapport au Roi (1) envisage la possibilité que, dans certains cas, le pouvoir adjudicateur puisse procéder à un tirage au sort et motiver sa décision sur la base du résultat de ce tirage.

Cette possibilité, pour autant qu’elle reste exceptionnelle, est admise dans le rapport. Il y a lieu cependant d’omettre ces considérations du rapport dès lors qu’elles ne peuvent pas être rapprochées des dispositions prévues à l’article 10 du projet. En tout état de cause, le système du tirage au sort soulève en outre des questions du point de vue des conditions posées par l’obligation de motivation formelle et matérielle, de sorte qu’il n’est pas opportun que seul le rapport au Roi prenne position au sujet du tirage au sort.

Article 16

1. Les observations formulées à propos de l’article 5 du projet valent mutatis mutandis pour cet article.

---

(1) pp. 13 et 14.

2. A l’article 43bis, § 1er, alinéa 1er, en projet, le texte néerlandais fait usage du mot "bewijs" de l’Office national de sécurité sociale. Ce mot est le pendant, dans le texte français, du mot "attestation". En bon nombre d’autres endroits de l’article 43bis en projet et du projet, le mot "attestation" correspond toutefois au mot "attest" dans la version néerlandaise. Il faudrait opérer un choix entre ces deux mots et s’y tenir de manière conséquente.

Article 18

Compte tenu de l’observation 1 relative à l’article 5 du projet, il conviendrait de remplacer, dans la règle en projet, le mot "dépôt" par le mot "réception".

Article 20

Les observations 1 à 4 formulées à propos de l’article 10 du projet valent mutatis mutandis pour cet article.

Article 28

Les observations formulées à propos de l’article 5 du projet valent mutatis mutandis pour cet article.

Article 32

A l'article 78, § 2, alinéa 2, en projet, il faudrait éventuellement remplacer les mots "l'adjudicataire d'un marché public de services" par les mots "la personne visée au § 1er" et les mots "qui peut exercer une influence dominante sur cet adjudicataire" par les mots "qui peut exercer une influence dominante sur cette personne".

En effet, le rapport au Roi précise que la notion d'"entreprise liée" n'a pas été modifiée.

Article 34

Les observations 1 à 4 formulées à propos de l'article 10 du projet valent mutatis mutandis pour cet article.

Article 37

Selon le rapport au Roi, cet article modifie l'article 90, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 afin de tenir compte de "la plupart des dispositions en matière de sécurité sociale" qui sont "transférées aux articles 17bis, 43bis et 69bis de l'arrêté (qui concernent) la sélection qualitative". A propos de l'article 5 du projet et de l'article 17bis qui y est envisagé, le rapport au Roi indique que les dispositions relatives au non-paiement des cotisations de sécurité sociale ont été incluses dans le chapitre traitant de la sélection qualitative afin de

pouvoir constituer, quel que soit le stade de la procédure, des causes possibles d'exclusion.

Dans certains cas, l'article 90, § 3, ne permettra pas toutefois d'atteindre cet objectif. En effet, le délai qui s'écoule entre le moment de la sélection et celui de l'attribution peut durer plus d'un trimestre civil. Par conséquent, il se peut que des candidats sélectionnés qui, lors de la sélection, répondaient aux dispositions des articles 17bis, 43bis et 69bis précités, n'y répondent plus à la date de l'attribution. En vertu du paragraphe 3 en projet, l'offre ne pourra pas, en pareil cas, être déclarée irrégulière :

- ni en application de l'alinéa 1er de ce paragraphe, dès lors que cette offre pouvait être considérée comme régulière puisque le soumissionnaire était "en règle en matière de sécurité sociale conformément aux articles 17bis, 43bis et 69bis";

- ni en application de l'alinéa 2 de ce paragraphe, dans le cas où l'attestation visée est produite et même s'il en ressort que le soumissionnaire n'est pas en règle en matière de sécurité sociale : par la simple production de l'attestation, il satisfait à la disposition de cet alinéa 2.

Le projet n'atteint donc pas son objectif qui consiste à pouvoir considérer comme irrégulière une offre d'un soumissionnaire qui est en règle en matière de sécurité sociale pendant la phase de sélection, mais pas au moment de l'adjudication.

Au demeurant, l’article 90 en projet ne reproduit pas adéquatement les possibilités, prévues par le texte en vigueur de l’article 90, que l’offre ne soit pas, en fin de compte, déclarée irrégulière : en effet, les paragraphes 4 et 6 en projet font référence, dans la version néerlandaise, respectivement aux "voorschriften" (prescriptions) et "bepalingen" (dispositions) du paragraphe 3, alors que, dans l’énoncé envisagé, ce paragraphe ne comporte plus guère de prescriptions.

Par conséquent, il faudra remanier entièrement le paragraphe 3 examiné de l’article 90 en projet.

Article 39

1. Sans doute, les auteurs du projet entendent-ils que les membres d’une association momentanée se conforment également aux dispositions des articles 17bis, 43bis et 69bis en projet.

A l’article 39 du projet, il faut donc non seulement ajouter, après le 1°, la mention de l’article 103, mais également celle des articles 17bis, 43bis et 69bis.

Il faut dès lors rédiger le 1° comme suit :

"1° au paragraphe 1er, alinéa 2, les mots "des articles 89 à 92" sont remplacés par les mots "des articles 17bis, 43bis, 69bis, 89 à 92 et 103"".

2. L’ajout de la référence à l’article 103 dans l’article 93, § 1er, alinéa 2, de l’arrêté royal du 8 janvier 1996 a pour objet d’étendre aux membres des associations momentanées la prescription selon laquelle un soumissionnaire ne peut déposer qu’une seule offre par marché.

Il est concevable que, sous l’empire de la réglementation en projet, un soumissionnaire dépose une offre en son nom propre, mais qu’une association momentanée, dont il est membre, en dépose une également. Un soumissionnaire pourrait en outre intervenir dans plus d’une offre en tant que membre de plusieurs associations momentanées.

En ce qui concerne la disposition en projet, le rapport au Roi indique qu’en pareil cas, "les offres déposées" sont irrégulières. Par souci de clarté, il conviendrait de l’énoncer dans une disposition du projet.

3. En vertu de l’article 93, § 1er, alinéa 2, précité, les membres d’une association momentanée doivent se conformer aux dispositions de l’article 90 comme s’ils étaient eux-mêmes le soumissionnaire. En application de cette disposition et de l’article 93, § 2, il se peut qu’après la sélection d’une association momentanée, elle dépose une offre alors qu’elle ne compte qu’un membre sélectionné. Dans cette hypothèse, les membres non sélectionnés doivent également être en règle en matière de sécurité sociale, pour que l’offre de cette association momentanée soit régulière.

On aperçoit mal en quoi les dispositions en projet de l'article 90, § 3, pourraient s'appliquer à une pareille situation.

Article 42

Au 1° du texte néerlandais, les mots "de goed te keuren uitgave mag ... niet overschrijden" ne rendent pas la disposition en vigueur.

On rédigera ce 1° comme suit :

"1° in het tweede lid worden de woorden "mag dat goed te keuren bedrag ... niet hoger liggen dan het bedrag bepaald in artikel 53, § 3" vervangen door de woorden "mag de goed te keuren uitgave ... het bedrag bepaald in artikel 53, § 3, niet bereiken".

Article 44

La question se pose comment l'article 90, § 3, en projet (article 37 du projet) peut s'appliquer aux procédures négociées sans publicité.

Article 47

L'indication d'une date précise dans la disposition en projet peut avoir pour effet qu'il y ait une publication avant cette date dans le Journal officiel des Communautés

européennes (qui paraît tous les jours) et une publication après cette date dans le Bulletin des adjudications (qui ne paraît que toutes les semaines).

Afin d'éviter des contestations à propos que la question de savoir quelle publication emporte en pareil cas l'application de la disposition en projet, l'article 47 pourrait être complété par une disposition accordant, par exemple, la priorité à la publication au Journal officiel précité.

****

L. 28.609/1

PORTEE DU PROJET

Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de transposer, dans l'ordre juridique interne, la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

A cet effet, le projet modifie l'arrêté royal du 10 janvier 1996 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. En outre, le projet a pour objet d'apporter un nombre d'adaptations et de précisions à l'arrêté précité, compte tenu de l'expérience acquise durant la période au cours de laquelle l'arrêté a été appliqué.

EXAMEN DU TEXTE

Article 4

Il serait préférable de supprimer le 1°. En effet, des observations analogues à celles formulées ci-dessus à propos de l'article 3 du projet L. 28.367/1 valent pour cette disposition en projet.

Article 5

Le texte du rapport au Roi concernant cet article appelle des observations similaires à celles formulées à propos de l'article 4 du projet L. 28.367/1. L'article 5 examiné doit également être complété.

Article 6

Les observations formulées ci-dessus à propos de l'article 5 du projet L. 28.367/1 valent, moyennant les adaptations nécessaires, pour cet article.

Article 8

L'observation formulée ci-dessus à propos de l'article 7 du projet L. 28.367/1 s'applique, moyennant les adaptations nécessaires, à cet article.

Article 9

Une observation similaire à celle formulée ci-dessus à propos de l'article 8 du projet L. 28.367/1 s'applique à cet article.

Article 15

Les observations formulées ci-dessus à propos de l'article 5 du projet L. 28.367/1 s'appliquent, moyennant les adaptations nécessaires, à cet article.

Article 17

Une observation similaire à celle formulée à propos de l'article 8 du projet L. 28.367/1 s'appliquent à cet article.

Article 24

Les observations formulées à propos de l'article 5 du projet L. 28.367/1 s'appliquent, moyennant les adaptations nécessaires, à cet article.

Article 28

A propos de cet article, il convient de formuler, en ce qui concerne l'article 78, § 3, en projet, des observations analogues à celles formulées à propos de l'article 37 du projet L. 28.367/1.

Article 30

1. Les auteurs du projet entendent sans doute que les membres d'une association momentanée doivent également se conformer aux dispositions des articles 17bis, 39bis et 60bis en projet.

A l'article 30 du projet, il faut donc non seulement ajouter au 1° la mention de l'article 91, mais également celle des articles 17bis, 39bis et 60bis.

Le 1° devrait dès lors être rédigé comme suit :

"1° au § 1er, alinéa 2, les mots "des articles 77 à 80" sont remplacés par les mots "des articles 17bis, 39bis, 60bis, 77 à 80 et 91"".

2. En outre, les observations 2 et 3 que le Conseil d'Etat a formulées à propos de l'article 39 du projet L. 28.367/1 doivent être formulées, moyennant les adaptations nécessaires, en ce qui concerne l'article 30.

Article 33

Cet article modifie l'article 101, alinéa 1er, seconde phrase, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

Le Conseil d'Etat s'autorise à signaler qu'une disposition identique figure à l'article 113, alinéa 1er, de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996. Cette disposition

n’est toutefois pas modifiée par le projet L. 28.367/1. La question se pose de savoir si cette différence procède d’un choix délibéré des auteurs des projets.

Article 36

Il convient de formuler une observation analogue à celle qui porte sur l’article 44 du projet L. 28.367/1.

Article 37

1.1. La disposition envisagée après le 1° de cet article remplace l’alinéa 1er de l’article 111, § 1er, de l’arrêté royal du 10 janvier 1996.

Selon la règle en vigueur, les soumissionnaires dont l’offre n’a pas été choisie en sont "informés" par le pouvoir adjudicateur.

La disposition en projet y ajoute notamment que cette information s’opère "dans les moindres délais et au plus tard lors de la conclusion du marché".

A propos de cet ajout, le Conseil d’Etat s’autorise, par analogie avec les observations relatives à l’article 10 du projet L. 28.367/1, à relever ce qui suit.

Il faut présumer que, comme dans l’article 10 précité, il faut que, dans le texte néerlandais de la disposition en projet qui est analysée, le mot "gegund" soit

également compris, eu égard au mot "conclusion" qui y correspond dans le texte français, comme la passation du contrat.

L'article 1er, point 11, de la directive 98/4/CE qui doit être transposé par le projet examiné, remplace, dans la directive 93/38/CEE, l'article 41 de la manière suivante :

> "3. Les entités (adjudicatrices) ... informeront dans les meilleurs délais les fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services participants, des décisions prises concernant l'adjudication du marché, par écrit si la demande leur en est faite".

La disposition en projet ne transpose pas cette directive de manière adéquate : la directive n'autorise pas que l'adjudication, dans le sens de passation du contrat, soit considérée comme le dernier moment possible pour fournir l'information (1). Par conséquent, il faudrait remplacer, dans le texte néerlandais de la disposition en projet, les mots "en ten laatste wanneer de opdracht gegund wordt" par les mots "en ten laatste wanneer de opdracht wordt toegewezen" et remplacer, dans le texte français, les mots "au plus tard lors de la conclusion du marché" par les mots "au plus tard lors de l'attribution du marché".

1.2. L'article 111, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 n'est pas modifié par le projet, dans la mesure où cette disposition impose au pouvoir adjudicateur

---

(1) Cette interprétation se déduit de l'emploi de l'expression "dans les meilleurs délais".

une obligation d'information qu'il doit respecter "après la conclusion du marché".

Cette "clause temporelle" doit, elle aussi, être considérée comme une dérogation à la directive 98/4/CE qui, en son article 1er, point 11, remplace comme suit l'article 41, paragraphe 4, de la directive 93/38/CEE :

> "4. Les entités adjudicatrices ... communiquent, dans les meilleurs délais à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, ...".

Il ne peut se déduire de cette disposition que cette communication ne pourrait se faire qu'"après la conclusion du marché". Il faudrait donc ajouter au projet une disposition supprimant les mots "après la conclusion du marché" à l'article 111, § 1er, alinéa 2, en sorte que la phrase introductive de cet alinéa porterait ce qui suit : "Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite : ...".

1.3. Les observations faites aux points 1.1. et 1.2. se trouvent encore corroborées dès lors que les dispositions qui y sont soumises à la critique semblent également être inconciliables avec les objectifs 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.

En effet, les deuxième et troisième considérants de cette directive sont rédigés comme suit :

> "Considérant que les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer cette application ne sont pas toujours adéquats;
>
> Considérant que l'absence de moyens de recours efficaces ou l'insuffisance des moyens existants pourrait dissuader les entreprises communautaires de soumissionner; qu'il convient, dès lors, que les Etats membres remédient à cette situation".

Ainsi qu'il a déjà été relevé à propos de l'article 10 du projet L. 28.367/1, l'obligation d'information qui ne vaut qu'à la passation du contrat, limite les possibilités de recours.

2. La disposition en projet sous l'article 37, 2°, du projet a pour objet d'insérer les mots "et à l'adjudicataire" dans l'article 111, § 1er, alinéa 2, 3°, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

On est en droit de se demander si cet ajout, qui implique une obligation d'informer le "vainqueur", est à sa place à l'article 111 qui règle, pour le surplus, l'obligation incombant au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats non sélectionnés ou non choisis.

Si les auteurs du projet entendent maintenir dans le projet l'obligation d'informer l'adjudicataire, mieux vaudrait incorporer celle-ci à l'article 105 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996. Il y aurait lieu, en tout cas,

pour être tout à fait précis, d'écrire "à l'adjudicataire choisi" au lieu de "à l'adjudicataire".

3. A l'article 37, 3°, du projet, les mots "au plus tard lors de la conclusion du marché", figurant à l'alinéa 2 en projet, appellent des observations analogues à celles faites ci-dessus sous le point 1 relatif à une disposition identique. Il s'impose dès lors de supprimer ces mots.

En outre, il convient de formuler, à propos de la disposition en vigueur de l'article 111, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, qui comporte la mention "après la conclusion du marché", des observations similaires à celles formulées ci-dessus sous le point 1. relatif à une disposition identique de l'article 111, § 1er, alinéa 2, de cet arrêté royal.

4. L'article 37, 4°, du projet appelle une observation identique à celle formulée ci-dessus sous le point 2., encore que la précision envisagée, si elle est maintenue, pourrait alors être ajoutée à l'article 110 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

A cet égard, il faut toutefois observer en outre que, même après la modification examinée, une obligation d'information n'est imposée, en ce qui concerne la procédure négociée sans publicité, qu'après réception d'une demande écrite en ce sens. Ceci n'est pas conforme à l'article 41, paragraphe 3, précité, de la directive 93/38/CE, modifiée par la directive 98/4/CE, qui, au sujet de l'obligation d'information spontanée, ne fait pas de distinction entre les diverses procédures. Par conséquent, il faut, en ce qui

concerne également la procédure négociée sans publicité, prévoir une obligation d'information spontanée dans le cadre de la transposition des directives précitées.

5. Les considérations relatives au tirage au sort qui sont formulées à propos de l'article 37 du projet dans le rapport au Roi doivent faire l'objet de la même critique que celle que le Conseil d'Etat a émise sous le point 5 concernant l'article 10 du projet L. 28.367/1.

Article 38

A propos de cet article, le rapport au Roi fait référence au "texte de la directive 98/4/CE".

Le texte concerné n'a pu être identifié de manière plus précise par le Conseil d'Etat.

Article 40

La mention, dans la disposition en projet, d'une date (1) risque de poser des problèmes d'interprétation dont fait état l'observation relative à l'article 47 du projet L. 28.367/1. L'on voudra bien se reporter à cette observation.

---

(1) Au demeurant, il faudra sans doute adapter la date du 16 février 1999.

De kamer was samengesteld uit		La chambre était composée de
de Heren Messieurs	D. VERBIEST,	kamervoorzitter, président de chambre,
	M. VAN DAMME, J. SMETS,	staatsraden, conseillers d'Etat,
	G. SCHRANS, E. WYMEERSCH,	assessoren van de afdeling wetgeving, assesseurs de la section de législation,
Mevrouw Madame	A. BECKERS,	griffier, greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. D. VERBIEST.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. STEVENS, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. W. PAS, adjunct-referendaris.

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

Le rapport a été présenté par M. J. STEVENS, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. W. PAS, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

A. BECKERS

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

D. VERBIEST