

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.703/1/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 4 juli 2005 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 september 2005, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten", heeft op 6 september 2005 het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*
* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de gedeeltelijke omzetting in het interne recht van twee Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten, beide daterend van 31 maart 2004:

- richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (de zgn. richtlijn "klassieke sectoren", hierna aangehaald als "richtlijn 2004/18"). Deze richtlijn heeft drie vorige richtlijnen gecoördineerd, nl. richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten van leveringen, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening;

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsnormen.

- richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (de zgn. richtlijn "nuts- of speciale sectoren", hierna aangehaald als "richtlijn 2004/17"). Deze richtlijn vervangt richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

Deze richtlijnen moeten in het interne recht worden omgezet vóór 31 januari 2006.

Voor de omzetting van die richtlijnen opteren de stellers van het ontwerp voor een normering op twee niveaus: een aantal bepalingen worden bij wet omgezet (het voorliggende ontwerp), de overige bepalingen zullen bij uitvoeringsbesluiten worden omgezet.

De ontworpen wet is bedoeld om in de plaats te komen van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

3. Het ontwerp is ingedeeld in vijf titels.

Titel I bevat een aantal algemene bepalingen en definities (artikelen 1 tot 4).

Titel II bevat bepalingen i.v.m. de overheidsopdrachten van het klassieke stelsel. Achtereenvolgens worden geregeld: de algemene beginselen; het toepassingsgebied; de gunningsprocedure; de uitvoeringsvoorwaarden; de gunning en de informatie aan de kandidaten of inschrijvers (artikelen 5 tot 44).

Titel III regelt de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Deze titel is van toepassing op de overheidsopdrachten die in de nutssectoren geplaatst worden door "aanbestedende overheden" en "overheidsbedrijven". Deze titel bakent vooral het toepassingsgebied af,

.../...

bevat een aantal bijzondere bepalingen, en verklaart voor het overige een aantal bepalingen uit het klassieke stelsel van overeenkomstige toepassing (artikelen 45 tot 55).

Titel IV handelt over de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Deze titel is van toepassing op de opdrachten in de nutssectoren geplaatst door "aanbestedende diensten", zijnde privaatrechtelijke personen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten; de bepalingen ervan zijn eveneens van toepassing op de overheidsbedrijven, voor zover de opdrachten geen betrekking hebben op taken van openbare dienst, en op de aanbestedende overheden die elektriciteit produceren (artikelen 56 tot 72).

Titel V ten slotte bevat diverse bepalingen en slotbepalingen (artikelen 73 tot 80).

In de memorie van toelichting wordt een overzicht gegeven van de voornaamste wijzigingen die het ontwerp aanbrengt in de vigerende regelgeving. Sommige van die wijzigingen vloeien rechtstreeks voort uit de Europese regelgeving, andere zijn gebaseerd op voorstellen van de Commissie voor de overheidsopdrachten (zie de algemene toelichting, *in fine*).

BEVOEGDHEID VAN DE FEDERALE OVERHEID

4. Volgens artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen behoort het vaststellen van de algemene regels inzake de overheidsopdrachten tot de bevoegdheid van de federale overheid.

Zoals het Arbitragehof heeft benadrukt, is de federale bevoegdheid in een dubbel opzicht beperkt: ze slaat enkel op het vaststellen van de algemene regels, en ze mag slechts worden uitgeoefend met het enkele doel de beginselen opgesomd in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet (vrij verkeer van goederen en diensten, enzovoorts) te waarborgen.⁽²⁾ Wat de "algemene regels" betreft, blijkt uit de parlementaire

⁽²⁾ Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.2; 23 december 1992, nr. 79/92, overw. B.2; 18 januari 1996, nr. 6/96, overw. B.2.2.

voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de genoemde bijzondere wet dat daaronder op dat ogenblik o.m. dienden te worden verstaan de beginselen vervat of uitgewerkt in de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en in de besluiten genomen ter uitvoering van die wet. ⁽³⁾ De desbetreffende beginselen zijn thans terug te vinden in de wet van 24 december 1993 en in de uitvoeringsbesluiten daarvan. Ook de bepalingen van het voorliggende ontwerp kunnen geacht worden "algemene regels" te bevatten, en behoren aldus tot de bevoegdheid van de federale overheid.

De bevoegdheid van de federale overheid om de "algemene regels" vast te stellen moet begrepen worden in samenhang met de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten om aanvullende regels inzake overheidsopdrachten vast te stellen, binnen de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren. Die aanvullende regels mogen echter niet afwijken van de algemene regels ⁽⁴⁾, tenzij daarvoor een beroep kan worden gedaan op de impliciete bevoegdheden, bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet. ⁽⁵⁾

5. In dit verband moet gewezen worden op artikel 31 van het ontwerp.

Die bepaling strekt tot de gedeeltelijke omzetting van artikel 34 van richtlijn 2004/18. Dat artikel bevat een regeling waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid van een speciale procedure voor de gunning van een overheidsopdracht die betrekking heeft op het ontwerpen en bouwen van sociale woningen. Indien van die

⁽³⁾ Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet, voor de institutionele hervormingen en voor de regeling van conflicten, *Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, pp. 126-127. Zie eveneens Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.3; 23 december 1992, nr. 79/92, overw. B.3.a; 18 januari 1996, nr. 6/96, overw. B.2.3. Zie ook J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, 1999, pp. 763-764, nrs. 45-48.

⁽⁴⁾ Memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de bijzondere wet van 8 augustus 1988, *Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 10. Zie Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.4; 23 december 1992, nr. 79/92, overw. B.3.c. Zie J. VELAERS, o.c., p. 763, nr. 45.

⁽⁵⁾ Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.6; 18 januari 1996, nr. 6/96, overw. B.2.5.2 en B.2.6. Zie J. VELAERS, o.c., p. 764, nrs. 50-52.

mogelijkheid gebruik gemaakt wordt, moet de procedure aan een aantal voorwaarden voldoen.

Artikel 31 van het ontwerp zet het basisprincipe uit deze bepaling om, door te bepalen dat een aanbestedende overheid, binnen de perken van artikel 34 van de richtlijn, een bijzondere gunningsprocedure mag vaststellen. Aldus wordt een algemene regel vastgesteld, waarvoor de federale overheid bevoegd is. ⁽⁶⁾

Het staat aan de gewesten, in de uitoefening van hun bevoegdheid inzake sociale huisvesting, om desgevallend aanvullende regels vast te stellen. Die aanvullende regels zullen vanzelfsprekend verenigbaar moeten zijn met de regels vervat in artikel 34 van de richtlijn. In dit geval zullen de gewesten niet beperkt zijn door de voorwaarden gesteld voor de uitoefening van impliciete bevoegdheden, nu de federale overheid zelf de weg opent voor een bijzondere regeling door de gewesten.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Zoals hiervóór is opgemerkt, opteren de stellers van het ontwerp ervoor om een aantal bepalingen van de richtlijnen om te zetten in de ontworpen wet, en de overige bepalingen om te zetten in uitvoeringsbesluiten (zie opmerking 2).

Die werkwijze is op zich verdedigbaar. Wel dient ervoor gezorgd te worden dat er, wat de thans nog niet omgezette bepalingen van de richtlijnen betreft, voorzien wordt in delegaties aan de Koning.

Binnen de korte termijn die hem voor het geven van zijn advies is toegemeten, heeft de Raad van State geen leemten kunnen vaststellen.

7. In verband met de delegatie van bevoegdheden aan de Koning, dient herinnerd te worden aan de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de

⁽⁶⁾ Vgl. Arbitragehof, 18 januari 1996, nr. 6/96, overw. B.2.4.

uitvoerende macht regelen. ⁽⁷⁾ Overeenkomstig die beginselen dienen de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht te worden vastgesteld, maar mag de nadere uitwerking ervan aan de uitvoerende macht worden overgelaten. ⁽⁸⁾ In aangelegenheden die de Grondwet aan de wet voorbehoudt, is de mogelijkheid voor de wetgever om bevoegdheden aan de Koning te delegeren beperkter: in die aangelegenheden moet de wetgever een eventuele machtiging voldoende nauwkeurig omschrijven, en mag de delegatie in beginsel slechts betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld ⁽⁹⁾.

Te dezen lijkt geen van de aan de Koning opgedragen bevoegdheden betrekking te hebben op aangelegenheden die de Grondwet aan de wet voorbehoudt, met uitzondering van een delegatie vervat in artikel 44, § 3 (zie hierover opmerking 10.5). Op de genoemde uitzondering na, dienen de delegatiebepalingen dus enkel getoetst te worden aan de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen. De Raad van State stelt vast dat, ook al zijn de aan de Koning verleende opdrachten soms bijzonder ruim, de essentiële beleidskeuzen in de ontworpen wet zelf worden gemaakt. Vanuit het oogpunt van de genoemde algemene beginselen bestaan er derhalve geen bezwaren tegen de ontworpen regeling.

8. Zoals dat reeds het geval is bij de wet van 24 december 1993, bestaan er ook nu verschillen in terminologie tussen de richtlijnen en het ontwerp.

⁽⁷⁾ Zie, voor een algemene uiteenzetting, R.v.St., advies 36.541/3 van 23 maart 2004 over het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 9 december 2004 houdende de financiering van het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen, *Parl. St.*, Kamer, 2003-04, nr. 51-1228/1, (19), pp. 20-24, nrs. 4-7.

⁽⁸⁾ Zie Arbitragehof, 3 maart 2004, nr. 31/2004, overw. B.5.4.

⁽⁹⁾ Zie Arbitragehof, 16 februari 2005, nr. 39/2005, overw. B.3.2; 20 april 2005, nr. 72/2005, overw. B.30; 19 juli 2005, nr. 137/2005, overw. B.4.
In bepaalde uitzonderlijke gevallen mag de wetgever de vaststelling van zelfs essentiële elementen aan de Koning overlaten, mits die machtiging uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is en de door de Koning genomen maatregelen door de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet (zie Arbitragehof, 16 maart 2005, nr. 57/2005, overw. B.8.2).

Soms hebben de verschillen betrekking op slechts één van de talen, waarbij de stellers van het ontwerp een verschil in terminologie tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de richtlijnen hebben moeten oplossen.⁽¹⁰⁾ In die gevallen behoeft de ontworpen tekst geen aanpassing.

In andere gevallen is er voor het verschil in terminologie niet onmiddellijk een reden, en zou dat verschil weggewerkt moeten worden.

Zo wordt in artikel 2, 3°, van het ontwerp het begrip "aanbestedende dienst" gedefinieerd. Uit die definitie blijkt dat het gaat om de aanbestedende diensten die zijn bedoeld in artikel 2, lid 2, b, van richtlijn 2004/17, of m.a.w. om aanbestedende diensten die geen aanbestedende overheid of overheidsbedrijf zijn. Het gebruik van de term "aanbestedende dienst" in het ontwerp is verwarrend, omdat de richtlijn die term gebruikt als verzamelnaam voor de aanbestedende overheden, de overheidsbedrijven en de overige aanbestedende diensten, niet als een specifieke benaming voor één van die diensten. De Raad van State suggereert om de term "aanbestedende dienst" dan ook nader te preciseren, bijvoorbeeld door die term te vervangen door "andere aanbestedende dienst" of "andere aanbestedende dienst dan een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf", naargelang van de context.

In artikel 2, 4°, van het ontwerp wordt het begrip "opdrachtencentrale of aankoopcentrale" gedefinieerd. In de richtlijnen wordt daarentegen enkel de term "aankoopcentrale" gebruikt (artikel 1, lid 8, van richtlijn 2004/17 en artikel 1, lid 10, van richtlijn 2004/18). Het is niet duidelijk waarom het ontwerp een andere terminologie gebruikt.

⁽¹⁰⁾ Zo is in de Nederlandse tekst van het ontwerp sprake van de "aanbestedende overheid", als equivalent van "pouvoir adjudicateur" (zie de definitie in artikel 2, 1°). De Nederlandse term wijkt af van de term gebruikt in de richtlijnen ("aanbestedende dienst", gedefinieerd in artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 en in artikel 2, lid 1, a, van richtlijn 2004/17), maar stemt wel beter overeen met de ook in de richtlijnen gebruikte term "pouvoir adjudicateur".

Zo ook is in de Nederlandse tekst van het ontwerp sprake van een "bouwwerk", als equivalent van "ouvrage" (zie de definitie van het begrip "overheidsopdracht voor werken" in artikel 3, 2°). De Nederlandse term wijkt af van de term gebruikt in de richtlijnen ("werk", term gebruikt in artikel 1, lid 2, b, van richtlijn 2004/18 en in artikel 1, lid 2, b, van richtlijn 2004/17), maar stemt wel beter overeen met de ook in de richtlijnen gebruikte term "ouvrage", en laat toe een onderscheid te maken tussen "werken" ("travaux") en "bouwwerken" ("ouvrages").

In artikel 3, 5° en 6°, worden respectievelijk de begrippen "open procedure" en "beperkte procedure" gedefinieerd. Uit de definities blijkt dat het gaat om respectievelijk de "openbare procedures" en de "niet-openbare procedures", bedoeld in artikel 1, lid 11, a en b, van richtlijn 2004/18 en artikel 1, lid 9, a en b, van richtlijn 2004/17. Ook hier is niet meteen duidelijk waarom de terminologie van de richtlijnen niet zonder meer gevolgd is.

9. Een bijzonder terminologisch probleem betreft het gebruik van de woorden "toewijzing" en "gunning" in de Nederlandse tekst, en van de woorden "attribution" en "passation du marché" in de Franse tekst.

De richtlijnen lijken voor de Franse uitdrukking "attribution du marché" in het Nederlands de uitdrukking "gunning van de opdracht" te gebruiken.⁽¹¹⁾ Ook in het ontwerp worden die uitdrukkingen vaak als equivalenten gebruikt.⁽¹²⁾

Naar Belgisch recht is die gelijkstelling echter verwarrend.

De "toewijzing" van de opdracht ("attribution") is de eenzijdige overheidsbeslissing waarbij de begunstigde wordt aangewezen. Die beslissing maakt het voorwerp uit van artikel 44, § 1, eerste lid, van het ontwerp. In de Franse tekst van die bepaling is terecht sprake van "l'attribution"; in de Nederlandse tekst zou beter niet gesproken worden van de "gunning", maar van de "toewijzing".

De "gunning" van de opdracht ("passation (of "conclusion") du marché") slaat op de hele operatie, met inbegrip van het sluiten van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de begunstigde. Men kan ook zeggen dat de "gunning" slaat op de laatste fase, namelijk die waarbij de overeenkomst tot stand wordt gebracht. Volgens het systeem van artikel 44, § 1, derde lid, van het ontwerp ontstaat de overeenkomst door de kennisgeving van de beslissing van de opdrachtgever aan de begunstigde. Door die

⁽¹¹⁾ Zie bijv. het opschrift van titel II, hoofdstuk VII, afdeling 3, van richtlijn 2004/18, en het opschrift van titel II, hoofdstuk VII, afdeling 2, van richtlijn 2004/17.

⁽¹²⁾ Zie bijv. de artikelen 5, § 2, 17, § 2, 24, eerste lid, 35, 36, tweede lid, en 44, § 1.

kennisgeving wordt de opdracht m.a.w. "ge Gund". ⁽¹³⁾ In de Franse tekst van de genoemde bepaling is terecht sprake van "la conclusion du marché"; in de Nederlandse tekst zou beter niet gesproken worden van de "toewijzing", maar van de "gunning".

De stellers van het ontwerp zouden de hele tekst van het ontwerp op dit punt moeten nazien. Met name zou in het Nederlands een duidelijk onderscheid gemaakt moeten worden tussen de termen "toewijzing" en "gunning", in de hiervóór uiteengezette zin. ⁽¹⁴⁾ Dat de terminologie van de richtlijn dan niet nauwkeurig gevolgd wordt, levert geen bezwaar op.

10. Zoals de wet van 24 december 1993, voorziet de ontworpen wet mede in de omzetting van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken en 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 dit verband roept het ontwerp, en meer bepaald artikel 44 ervan, de volgende bedenkingen op.

10.1. Richtlijn 89/665/EEG bepaalt de voorwaarden waaraan de rechterlijke toetsing van nationale besluiten moet voldoen, in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de zogenaamde klassieke sectoren. Artikel 1, lid 1, legt aan de lidstaten de algemene verplichting op om ervoor te zorgen dat tegen een door een aanbestedende dienst genomen beslissing "doeltreffend en vooral zo snel mogelijk" beroep kan worden ingesteld. Volgens artikel 2, lid 1, a en b, zorgen de lidstaten er meer bepaald voor dat de beroepsprocedures de mogelijkheid bieden om:

⁽¹³⁾ Rdpl. D. D'HOOGHE, De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten, Brugge, 1997, p. 627, nr. 1655.

⁽¹⁴⁾ Hierna zal de Raad van State specifieke tekstvoorstellen doen voor een aanpassing van artikel 44 van het ontwerp (opmerking 19).

- "a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;
- b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;
- c) ..."

Richtlijn 92/13/EEG bevat gelijkaardige bepalingen in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de zogenaamde nutssectoren, d.i. de water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. Artikel 1, lid 1, legt in het algemeen de verplichting op om ervoor te zorgen dat een beroep "doeltreffend en vooral zo snel mogelijk" kan worden ingesteld. Artikel 2, lid 1, a tot c, bepaalt voorts dat de lidstaten de doeltreffendheid kunnen waarborgen, hetzij door te voorzien in de mogelijkheid om in kort geding voorlopige maatregelen te nemen en om de nietigverklaring van de onwettige besluiten te verkrijgen (maatregelen overeenstemmend met die welke in het aangehaalde artikel 2, lid 1, a en b, van richtlijn 89/665/EEG zijn bedoeld), hetzij door te voorzien in andere maatregelen, zoals het uitschrijven van een betalingsopdracht wanneer de inbreuk niet ongedaan gemaakt c.q. voorkomen wordt.

10.2. In een met redenen omkleed advies van 13 januari 2004 kwam de Europese Commissie tot de bevinding dat België niet de verplichting was nagekomen die voortvloeide uit artikel 2, lid 1, a en b, van richtlijn 89/665/EEG. Doordat het Belgische recht geen "stand still"-verplichting kende na de gunning van de overheidsopdracht, kon de uitgesloten kandidaat immers voor voldongen feiten geplaatst worden. Die vaststelling had te maken met het feit dat de Raad van State, bij wie een vordering tot schorsing van een gunningsbeslissing kan worden ingesteld, van oordeel is dat het aangevoerde nadeel niet meer kan worden tenietgedaan of vermeden door een schorsingsarrest van de Raad, als de overeenkomst tussen de overheid en de geselecteerde inschrijver reeds totstandgekomen is: de schorsing door de Raad van de beslissing tot gunning van de opdracht zou immers niet de schorsing van die overeenkomst kunnen meebrengen,

aangezien het tot de uitsluitende bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoort om de uitvoering van de overeenkomst te schorsen. ⁽¹⁵⁾

Met artikel 302 van de programmawet van 9 juli 2004 heeft de wetgever geprobeerd aan de bezwaren van de Commissie tegemoet te komen, door een artikel 21*bis* in te voegen in de wet van 24 december 1993. Dit laatste artikel is toepasselijk op de "klassieke sectoren" en gedeeltelijk ook op de "nutssectoren".

10.3. Artikel 44 van het ontwerp voorziet in een regeling die geïnspireerd is door de bepalingen van dat artikel 21*bis*. Artikel 55 bepaalt dat de paragrafen 1 en 2 van artikel 44 eveneens van toepassing zijn op de overheidsopdrachten in de nutssectoren.

Volgens artikel 44, § 1, is de "gunning" (lees: de toewijzing) de beslissing van de aanbestedende overheid tot aanduiding van de begunstigde, en ontstaat de overeenkomst door de betekening van de toewijzing van de opdracht aan de begunstigde. Zodra de opdracht is "toegewezen" (lees: zodra de overeenkomst is gesloten), kan de overeenkomst niet meer geschorst of vernietigd worden, behalve in het hierna genoemde geval bedoeld in artikel 44, § 3. Artikel 44, § 2, verleent aan de kandidaten en inschrijvers een recht op informatie over de beslissing van de aanbestedende overheid. Artikel 44, § 3, bepaalt voorts dat de aanbestedende overheid een wachttermijn respecteert alvorens de opdracht "toe te wijzen" (lees: alvorens de opdracht te gunnen), "zodat de geweerde inschrijvers een beroep kunnen aantekenen tegen de gunning van de opdracht (lees: de toewijzing van de opdracht) volgens een geëigende spoedprocedure". Indien de wachttermijn niet is nageleefd, kan de afgewezen inschrijver de vernietiging van de overeenkomst vragen aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdend zoals in kort geding. De Koning wordt ermee belast de nadere uitvoeringsmaatregelen vast te stellen. Die hebben o.m. betrekking op de duur van de wachttermijn en op de te volgen spoedprocedure.

10.4. De ontworpen regeling, in het bijzonder artikel 44, § 3, doet een aantal vragen rijzen vanuit het oogpunt van de verenigbaarheid ervan met de genoemde richtlijnen 89/665 en 92/13.

⁽¹⁵⁾ R.v.St., alg. verg. afd. adm., 15 juni 2000, Feyfer en c.v.b.a. Formanova, nr. 87.983.

10.4.1. Om te beginnen is er de inhoud zelf van artikel 44, § 3, dat voorziet in een wachttermijn tot aan de toewijzing van de opdracht (lees: tot aan het sluiten van de overeenkomst), en in een "geëigende spoedprocedure".

Wat de wachttermijn betreft, wordt in het ontwerp niet bepaald hoe lang die termijn is; evenmin wordt bepaald vanaf welk ogenblik die termijn begint te lopen (vanaf de verzending van de beslissing, of vanaf de ontvangst ervan). Bij gebreke van bepaling van die elementen is het niet mogelijk om zich uit te spreken over de vraag of de afgewezen inschrijvers beschikken over een "redelijke termijn" tussen de kennisgeving van de toewijzingsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst, zoals nochtans vereist is.⁽¹⁶⁾

Wat de "geëigende spoedprocedure" betreft, wordt in het ontwerp niet nader bepaald welke kenmerken deze procedure moet vertonen. Ook hier is het dus niet mogelijk om zich uit te spreken over de vraag of die procedure zal beantwoorden aan het vereiste dat de afgewezen inschrijvers "doeltreffend en vooral zo snel mogelijk" beroep moeten kunnen instellen. In de memorie van toelichting wordt evenwel uiteengezet dat het gaat om de procedure "bedoeld in de gecoördineerde wetten op de Raad van State ten aanzien van de overheden die hieraan onderworpen zijn of in het Gerechtelijk Wetboek ten aanzien van de andere rechtspersonen".⁽¹⁷⁾ Voorzover met de procedure voor de Raad van State de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zou worden bedoeld, herinnert de Raad van State vooreerst aan hetgeen hij heeft opgemerkt in zijn advies over de bepaling die artikel 21bis van de wet van 24 december 2003 is geworden: de verplichting om de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te volgen heeft diverse nadelige gevolgen, zowel voor de rechtsbescherming als voor de goede werking

⁽¹⁶⁾ Zie H.v.J., 24 juni 2004, Commissie t. Oostenrijk, C-212/02, punt 23.

In het bestaande artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 wordt voorzien in een termijn van minstens tien dagen, te rekenen vanaf de dag die volgt op die van de verzending van de motivering. In zijn advies over het betreffende ontwerp van wet heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, twijfels geuit over het redelijk karakter van de aldus bepaalde termijn (R.v.St., afd. wetg., advies 37.099/1/2/3/4 van 6-7 mei 2004 over het ontwerp dat geleid heeft tot de programmawet van 9 juli 2004, *Parl. St.*, Kamer, 2003-04, nr. 51-1138/1, (290), p. 324, nr. 3).

⁽¹⁷⁾ Volgens het bestaande artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 gaat het, "al naar het geval, (om) een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een uiterst dringende rechtspleging".

van de Raad van State, afdeling administratie.⁽¹⁸⁾ Voorts moet erop gewezen worden dat in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals in de gewone schorsingsprocedure, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel moet worden aangetoond, hetgeen niet vanzelfsprekend is⁽¹⁹⁾, zodat op dit punt vragen kunnen rijzen over de effectieve toegankelijkheid van het rechtsmiddel voor eenieder die belang heeft bij de gunning en die door de aangevoerde schending "is of dreigt te worden gelaedeerd" (artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG en artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EEG).

10.4.2. Voorts is er het toepassingsgebied van artikel 44, § 3.

Die bepaling is in beginsel van toepassing op de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. De Koning kan evenwel voorzien in uitzonderingen voor bepaalde soorten opdrachten en voor opdrachten beneden bepaalde drempelbedragen (artikel 44, § 3, vijfde lid). Er moet evenwel vastgesteld worden dat de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG niet in uitzonderingen voorzien.

Uit artikel 55 blijkt dat artikel 44, § 3, in het geheel niet geldt voor de nutssectoren. In de memorie van toelichting wordt die regeling verantwoord met een verwijzing naar het "Alcatel"-arrest van het Hof van Justitie⁽²⁰⁾, waarin de mogelijkheid van een beroep tegen de gunningsbeslissing wordt besproken: volgens de memorie heeft dit arrest enkel betrekking op richtlijn 89/665/EEG, en niet op richtlijn 92/13/EEG. Er kan betwijfeld worden of deze laatste vaststelling relevant is. Volgens het Hof van Justitie hebben zowel richtlijn 89/665/EEG als richtlijn 92/13/EEG "tot doel de inschrijvers tegen willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen en moeten (zij) de bestaande voorzieningen versterken teneinde een daadwerkelijke naleving van de communautaire voorschriften inzake het plaatsen van overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder

⁽¹⁸⁾ Zie R.v.St., afd. wetg., advies 37.099/1/2/3/4 van 6-7 mei 2004, geciteerd in noot 16, pp. 325-327, nr. 5.

⁽¹⁹⁾ Zie R.v.St., 25 april 2005, n.v. Cegelec en n.v. Lexar Technics, nrs. 143.609 en 143.611, en n.v. Genetec, nr. 143.629; R.v.St., 4 mei 2005, vennootschap Oberthur Jeux et Technologies, Inc., nr. 144.174. Zie evenwel ook R.v.St., 29 juli 2005, n.v. Aertssen Aannemingsbedrijf, nr. 147.990.

⁽²⁰⁾ Bedoeld wordt het arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria, C-81/98.

in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt".⁽²¹⁾ Er lijkt dan ook geen reden te zijn om het vereiste van de wachttermijn niet van toepassing te achten op de nutssectoren, die het voorwerp uitmaken van richtlijn 92/13/EEG.⁽²²⁾

10.5. De conclusie uit het voorgaande is dat de regeling i.v.m. de wachttermijn en de spoedprocedure herzien moet worden.

Daarbij zouden in de wet zelf de bepalingen moeten worden opgenomen m.b.t. de duur en het aanvangspunt van de wachttermijn, en zouden daarin ook de essentiële kenmerken van de spoedprocedure moeten worden beschreven. Deze elementen zijn immers essentiële onderdelen van een regeling die raakt aan de rechtspleging voor de Raad van State en de hoven en rechtbanken, een aangelegenheid die, minstens wat de hoven en rechtbanken betreft, aan de wetgever is voorbehouden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

11. Het hiervóór besproken artikel 44, § 3, van het ontwerp bevat een bepaling die een nieuwe bevoegdheid toekent aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. Die bepaling moet worden geacht een aangelegenheid te betreffen als bedoeld in artikel 77, eerste lid, 3°, van de Grondwet.

Artikel 1 van het ontwerp zou derhalve aangepast moeten worden, tenzij artikel 44, § 3, in een afzonderlijk ontwerp zou worden ondergebracht.

⁽²¹⁾ Zie, o.m., H.v.J., 24 juni 2004, Commissie t. Oostenrijk, genoemd in noot 16, punt 20.

⁽²²⁾ Volledigheidshalve weze nog opgemerkt dat ook de keuzemogelijkheid vervat in artikel 2, lid 1, van richtlijn 92/13/EEG tussen een directe ingreep in de gunningsprocedures (onderdelen a en b) en een druk op de aanbestedende diensten om de nodige maatregelen te nemen, i.h.b. door het opleggen van een dwangsom (onderdeel c; zie H.v.J., 19 mei 1999, Commissie t. Frankrijk, C-225/97), te dezen evenmin een verantwoording kan bieden. Uit niets blijkt immers dat de stellers van het ontwerp zouden opteren voor de tweede mogelijkheid.

Artikel 5

12. In paragraaf 2 is sprake van de "bekwaamheid" van de deelnemers. Het is niet duidelijk wat daarmee bedoeld wordt. Hierover om uitleg gevraagd, heeft de gemachtigde ambtenaar verklaard dat in feite de kwalitatieve selectiecriteria worden bedoeld, vast te stellen met toepassing van het ontworpen artikel 20, eerste lid.

De Raad van State suggereert om in artikel 5, § 2, te schrijven: "... en na onderzoek van het toegangsrecht bedoeld in de artikelen 20 tot 22, van de kwalitatieve selectiecriteria bedoeld in artikel 20, en van ...". De gemachtigde ambtenaar is het hiermee eens.

Artikel 11

13. De Nederlandse en de Franse tekst van het tweede lid stemmen niet overeen: in de Nederlandse tekst is sprake van een beroep bij "de rechter", terwijl de Franse tekst het in een meer algemene zin heeft over een "procédure de recours", bij een niet nader omschreven "autorité".

Artikel 16

14. In dit artikel is sprake van "de in artikel 3 omschreven overheidsopdrachten, overeenkomsten en wedstrijden, hierna de overheidsopdrachten genoemd".

Het woord "overheidsopdrachten" wordt aldus tweemaal gebruikt, eerst in een specifieke betekenis, daarna in een generieke betekenis. Bovendien wordt het woord "overheidsopdracht", in de specifieke betekenis, al gedefinieerd in artikel 3, 1°. Een en ander maakt dat artikel 16 tot verwarring aanleiding kan geven.

Men passe artikel 16 dan ook aan. Het beste zou zijn om de woorden "hierna de overheidsopdrachten genoemd" weg te laten. Indien die suggestie gevolgd wordt, zullen de artikelen 17 en volgende ook aangepast moeten worden.

Artikel 19

15. Bij artikel 19 wordt aan de Koning opdracht gegeven om de regels vast te stellen m.b.t. de bekendmaking van overheidsopdrachten.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat het de bedoeling is dat in verschillende wijzen van bekendmaking wordt voorzien, naargelang de "Europese drempels" al dan niet bereikt worden.

Het zou wenselijk zijn om reeds in artikel 19 melding te maken van de verschillende soorten bekendmaking. Op die manier wordt duidelijk wat in andere artikelen van het ontwerp, met name in artikel 60, § 2, wordt bedoeld met de "bedragen voor de Europese bekendmaking".

Artikel 21

16. In het eerste lid is sprake van "de internationale akte" die betrekking heeft op bepaalde aannemers, leveranciers en dienstverleners uit derde landen buiten de Europese Gemeenschap.

De uitdrukking "internationale akte" is hier onduidelijk. Uit de memorie van toelichting blijkt dat voornamelijk bepaalde internationale verdragen bedoeld worden. Daarnaast kan ook gedacht worden aan handelingen van supranationale instellingen. De Raad van State suggereert dan ook om te schrijven: "... mogen een kandidatuur of een offerte enkel indienen, met toepassing van deze titel, mits zij zich daarvoor kunnen beroepen op een internationaal verdrag of een handeling van een supranationale instelling, met inachtneming van de perken en de voorwaarden bepaald in de betrokken akte".

Artikel 31

17. Er wordt verwezen naar algemene opmerking 5, i.v.m. de bevoegdheid van de federale overheid.

Artikel 44

18. Er wordt in de eerste plaats verwezen naar de algemene opmerking 10.

19. Met betrekking tot de in artikel 44, §§ 1 en 3, gebruikte terminologie, verwijst de Raad van State voorts nog naar de algemene opmerking 9.

Overeenkomstig die opmerking, dient in de Nederlandse tekst van artikel 44, § 1, eerste lid, het woord "gunning" vervangen te worden door "toewijzing".

Artikel 44, § 1, derde lid, kan dan geredigeerd worden als volgt:

"De aannemingsovereenkomst met betrekking tot de opdracht komt tot stand door de kennisgeving van de toewijzingsbeslissing aan de begunstigde ervan. Voor de onderhandelingsprocedure kan de Koning voorzien in andere manieren voor het totstandkomen van de overeenkomst."

In de Nederlandse tekst van artikel 44, § 1, vierde lid, kan geschreven worden: "Zodra de opdracht is gegund, ...".

In de Nederlandse tekst van artikel 44, § 3, eerste lid, dient bepaald te worden dat de aanbestedende overheid een wachttermijn respecteert "alvorens de opdracht te gunnen", zodat de geweerde inschrijvers nog een beroep kunnen instellen tegen de "toewijzing" van de opdracht. In de Nederlandse tekst van paragraaf 3, tweede lid, moeten de woorden "of indien de opdracht wordt toegewezen vóór het verstrijken van deze termijn" worden vervangen door "of indien de opdracht wordt gegund vóór het verstrijken van deze termijn". In de Franse tekst van die bepaling dienen *in fine* de woorden "ayant attribué le marché" te worden vervangen door "ayant conclu le marché".

In de Nederlandse tekst van artikel 44, § 3, derde lid, 2°, kan het woord "gunning" beter vervangen worden door "toewijzing".

Artikel 47

20. In verband met de woorden "hierna de overheidsopdrachten genoemd", in paragraaf 1, wordt verwezen naar opmerking 14 bij artikel 16.

Artikel 51

21. In paragraaf 2, b, wordt verwezen naar artikel 7 van richtlijn 97/67/EG (van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst).

Die verwijzing dient vervangen te worden door een verwijzing naar de wets- of reglementsbeplating waarmee die bepaling van de richtlijn in het interne recht is omgezet.

22. In de Nederlandse tekst van paragraaf 2, c, *in fine*, kan duidelijkheidshalve beter geschreven worden: "... en deze laatste niet rechtstreeks blootstaan ... op marktgebieden waartoe de toegang ...".

Artikel 57

23. Om dezelfde redenen als uiteengezet in opmerking 12 bij artikel 5, suggereert de Raad van State om in artikel 57 te schrijven: "... en na onderzoek van het toegangsrecht bedoeld in de artikelen 63 tot 65, van de kwalitatieve selectiecriteria bedoeld in artikel 63, en van ...". De gemachtigde ambtenaar is het hiermee eens.

Artikel 60

24. In paragraaf 2 wordt verwezen naar "de bedragen voor de Europese bekendmaking".

Op zich is deze uitdrukking erg vaag. Indien evenwel ingegaan wordt op de suggestie die i.v.m. artikel 19 is gemaakt (opmerking 15), kan de verwijzing naar een Europese bekendmaking behouden blijven.

Artikel 72

25. In het eerste lid, *in fine*, wordt verwezen naar de activiteiten "bedoeld in artikel 61". In artikel 61 worden echter geen activiteiten opgesomd; er wordt in dat artikel wel verwezen naar de artikelen 46 tot 51, die bepaalde activiteiten opsommen. Het komt de Raad van State dan ook voor dat beter naar de laatstgenoemde artikelen kan worden verwezen.

26. Volgens het tweede lid zijn de bepalingen van titel IV van toepassing op de aanbestedende overheden voor opdrachten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit, boven het (Europese) drempelbedrag.

In artikel 48, een bepaling die eveneens van toepassing is op opdrachten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit, is sprake, niet enkel van de aanbestedende overheden, maar ook van de overheidsbedrijven.

Zoals door de gemachtigde ambtenaar is bevestigd, gaan de stellers van het ontwerp ervan uit dat de overheidsbedrijven, voor opdrachten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit, reeds op grond van het eerste lid van artikel 72 onder de toepassing van titel IV vallen. Die interpretatie zou best in de memorie van toelichting geëxpliciteerd worden.

SLOTOPMERKINGEN

27. Overeenkomstig sommige van de richtlijnen waarvan de ontworpen wet de omzetting vormt, moet in die wet zelf, of in een bericht bij de bekendmaking ervan, worden verwezen naar die richtlijnen.⁽²³⁾

De stellers van het ontwerp zouden aan die verplichting kunnen voldoen door een artikel 2 in het ontwerp op te nemen, waarin naar alle relevante richtlijnen wordt verwezen.

28. Gelet op de bijkomende bevoegdheid die bij artikel 44, § 3, van het ontwerp wordt verleend aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdend zoals in kort geding, zou artikel 587 van het Gerechtelijk Wetboek aangevuld moeten worden met een vermelding van die nieuwe bevoegdheid.

⁽²³⁾ Artikel 80 van richtlijn 2004/18, artikel 71, lid 1, van richtlijn 2004/17, artikel 13, lid 1, van richtlijn 92/13/EEG.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter, voorzitter,
	P. LEMMENS, B. SEUTIN,	kamervoorzitter, staatsraad,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-wnd.
afdelingshoofd.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 38.703/1/V

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Premier Ministre, le 4 juillet 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 15 septembre 2005, sur un avant-projet de loi "relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", a donné le 6 septembre 2005 l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ⁽¹⁾ et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*
* *

PORTÉE DU PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis entend transposer partiellement en droit interne deux directives européennes relatives aux marchés publics, portant toutes deux la date du 31 mars 2004 :

- la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (la directive dite "secteurs classiques", ci-après "directive 2004/18"). Cette directive a coordonné trois directives précédentes, à savoir la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services;
- la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (directive dite "secteurs spéciaux", ci-après la "directive 2004/17"). Cette directive remplace la directive 93/38/CEE du

⁽¹⁾ Dès lors qu'il s'agit d'un avant-projet de loi, on entend par fondement juridique la conformité aux normes supérieures.

Conseil 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.

Ces directives doivent être transposées en droit interne avant le 31 janvier 2006.

Pour ce faire, les auteurs du projet ont opté pour une législation à deux niveaux: certaines dispositions sont transposées par une loi (le présent projet), les autres le seront dans des arrêtés d'exécution.

La loi en projet entend se substituer à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

3. Le projet est divisé en cinq titres.

Le titre premier comprend un certain nombre de dispositions générales et de définitions (articles 1^{er} à 4).

Le titre II comporte des dispositions relatives aux marchés publics du régime classique. Sont successivement réglés: les principes généraux, le champ d'application, la procédure de passation, les conditions d'exécution, l'attribution et l'information aux candidats ou soumissionnaires (articles 5 à 44).

Le titre III règle les marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ce titre est applicable aux marchés publics organisés dans les secteurs d'utilité publique par des "pouvoirs adjudicateurs" et des "entreprises publiques". Il délimite surtout le champ d'application, comprend un certain nombre de dispositions particulières, et pour le surplus déclare applicables un certain nombre de dispositions du régime classique (articles 45 à 55).

Le titre IV traite de la concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ce titre est applicable aux marchés passés dans les secteurs d'utilité publique par des "entités adjudicatrices", à savoir des personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs; ses dispositions sont également applicables aux entreprises publiques, dans la mesure où les marchés ne concernent pas des tâches de service public, et aux pouvoirs adjudicateurs qui produisent de l'électricité (articles 56 à 72).

Le titre V, enfin, comprend des dispositions diverses et finales (articles 73 à 80).

L'exposé des motifs donne un aperçu des principales modifications que le projet apporte dans la législation en vigueur. Certaines de ces modifications résultent directement de la législation européenne, d'autres sont fondées sur des propositions de la Commission des marchés publics (voir le commentaire général, *in fine*).

COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ FÉDÉRALE

4. Selon l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière de marchés publics.

Comme l'a souligné la Cour d'arbitrage, la compétence fédérale est restreinte à deux égards: elle concerne uniquement la fixation de règles générales, et elle ne peut être exercée que dans le seul objectif de garantir les principes énumérés à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale (libre circulation des biens et des services, etc.) ⁽²⁾. En ce qui concerne les "règles générales", il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale susmentionnée qu'elles devaient alors comprendre notamment les principes figurant ou mis au point dans la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et dans les arrêtés pris en

⁽²⁾ Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.2; 23 décembre 1992, n° 79/92, cons. B.2; 18 janvier 1996, n° 6/96, cons. B.2.2.

exécution de cette loi ⁽³⁾. Les principes concernés se retrouvent actuellement dans la loi du 24 décembre 1993 et dans ses arrêtés d'exécution. Les dispositions du présent projet peuvent également être réputées comprendre des "règles générales" et relèvent donc de la compétence de l'autorité fédérale.

La compétence de l'autorité fédérale pour fixer les "règles générales" doit être comprise en combinaison avec la compétence des communautés et des régions leur permettant de fixer des règles complémentaires en matière de marchés publics dans le cadre des matières qui relèvent de leur compétence. Ces règles complémentaires ne peuvent toutefois pas déroger aux règles générales ⁽⁴⁾, sauf s'il peut être recouru aux pouvoirs implicites visés à l'article 10 de la loi spéciale ⁽⁵⁾.

5. Il convient à cet égard d'attirer l'attention sur l'article 31 du projet.

Cette disposition entend transposer partiellement l'article 34 de la directive 2004/18. Cet article prévoit la possibilité d'une procédure spéciale pour la passation d'un marché public concernant la conception et la construction de logements sociaux. S'il est fait usage de cette possibilité, la procédure devra satisfaire à un certain nombre de conditions.

⁽³⁾ Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits, *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/6, p. 126-127. Voir également Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.3; 23 décembre 1992, n° 79/92, cons. B.3.a; 18 janvier 1996, n° 6/96, cons. B.2.3. Voir aussi J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Anvers, 1999, pp. 763-764, n°s 45-48.

⁽⁴⁾ Exposé des motifs du projet qui a donné lieu à la loi spéciale du 8 août 1988, *Doc. parl.*, Chambre, S.E., 1988, n° 516/1, p. 10. Voir Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.4; 23 décembre 1992, n° 79/92, cons. B.3.c. Voir J. VELAERS, *o.c.*, p. 763, n° 45.

⁽⁵⁾ Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.6; 18 janvier 1996, n° 6/96, cons. B.2.5.2 et B.2.6. Voir J. VELAERS, *o.c.*, p. 764, n°s 50-52.

L'article 31 du projet transpose le principe de base de cette disposition en énonçant qu'un pouvoir adjudicateur peut, dans les limites de l'article 34 de la directive, déterminer une procédure spéciale d'attribution. Il établit ainsi une règle générale, qui relève de la compétence de l'autorité fédérale ⁽⁶⁾.

Il appartient aux régions, dans l'exercice de leur compétence en matière de logement social, de fixer, le cas échéant, des règles supplémentaires. Celles-ci devront bien entendu être compatibles avec les règles inscrites à l'article 34 de la directive. Dans ce cas, les régions ne seront pas limitées par les conditions posées pour l'exercice de pouvoirs implicites, dès lors que l'autorité fédérale ouvre elle-même la voie à l'organisation d'un régime spécial par les régions.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6. Comme il a été relevé ci-dessus, les auteurs du projet choisissent de transposer un certain nombre de dispositions des directives dans la loi en projet et de transposer les autres dispositions dans des arrêtés d'exécution (voir observation 2).

Ce procédé est en soi défendable. Il convient néanmoins de veiller à ce qu'en ce qui concerne les dispositions des directives qui ne sont pas encore transposées, des délégations au Roi soient prévues.

Dans le bref délai qui lui est imparti pour donner son avis, le Conseil d'État n'a pu constater de lacunes sur ce point.

7. En ce qui concerne la délégation de compétences au Roi, il y a lieu de rappeler les principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ⁽⁷⁾. Conformément à ces principes, les choix politiques essentiels doivent être fixés

⁽⁶⁾ Voir Cour d'arbitrage, 18 janvier 1996, n° 6/96, cons. B.2.4.

⁽⁷⁾ Pour un exposé général, voir Conseil d'État, avis 36.541/3 du 23 mars 2004 sur un projet qui a donné lieu à la loi du 9 décembre 2004 relative au financement de l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-04, n° 51-1228/1, (19), pp. 20-24, n°s 4-7.

par le pouvoir législatif, mais le soin d'arrêter les modalités de leur mise en oeuvre peut être laissé au pouvoir exécutif ⁽⁸⁾. Dans des matières que la Constitution réserve à la loi, la possibilité pour le législateur de déléguer des compétences au Roi est plus restreinte: dans ces matières, le législateur doit en effet définir avec une précision suffisante une délégation éventuelle et la délégation ne peut en principe concerner que l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés au préalable par le législateur ⁽⁹⁾.

En l'espèce, aucune des compétences déléguées au Roi ne semble concerner des matières que la Constitution réserve à la loi, à l'exception d'une délégation inscrite à l'article 44, § 3 (voir à ce sujet l'observation 10.5). À cette exception près, les délégations doivent donc être uniquement examinées à la lumière des principes régissant les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Le Conseil d'État constate que, même si certaines délégations accordées au Roi sont particulièrement étendues, les choix politiques essentiels sont opérés dans la loi en projet même. Sous l'angle des principes généraux susmentionnés, il n'existe dès lors aucune objection à formuler contre la réglementation en projet.

8. Comme c'était déjà le cas pour la loi du 24 décembre 1993, il existe ici aussi également des différences de terminologie entre les directives et le projet.

⁽⁸⁾ Voir Cour d'arbitrage, 3 mars 2004, n° 31/2004, cons. B.5.4.

⁽⁹⁾ Voir Cour d'arbitrage, 16 février 2005, n° 39/2005, cons. B.3.2.; 20 avril 2005, n° 72/2005, cons. B.30; 19 juillet 2005, n° 137/2005, cons. B.4.
Dans certaines circonstances exceptionnelles, le législateur peut laisser au Roi le soin de fixer des éléments même essentiels à condition que cette habilitation soit explicite et sans équivoque et que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation (cf. Cour d'arbitrage, 16 mars 2005, n° 57/2005, cons. B.8.2).

Parfois, les différences ne concernent que l'une des langues, les auteurs du projet ayant dû résoudre une différence de terminologie entre le texte néerlandais et le texte français des directives ⁽¹⁰⁾. Dans ces cas-là, le texte en projet ne doit pas être adapté.

Dans d'autres cas, il n'existe pas de motif immédiat justifiant la différence terminologique, et cette différence devrait être supprimée.

Ainsi, l'article 2, 3°, du projet définit la notion d'"entité adjudicatrice". Il ressort de la définition qu'il s'agit des entités adjudicatrices visées à l'article 2, paragraphe 2, b, de la directive 2004/17, en d'autres termes d'entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques. L'emploi de l'expression "entité adjudicatrice" dans le projet prête à confusion parce que la directive emploie cette expression comme terme général pour désigner l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, des entreprises publiques et des autres entités adjudicatrices, et non comme dénomination spécifique pour l'une de ces entités. Le Conseil d'État suggère dès lors de préciser l'expression "entité adjudicatrice", par exemple en la remplaçant par "autre entité adjudicatrice" ou "entité adjudicatrice autre qu'un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique", selon le contexte.

L'article 2, 4°, du projet définit la notion de "centrale de marchés ou centrale d'achat". Les directives n'emploient par contre que l'expression "centrale d'achat" (article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2004/17 et article 1^{er}, paragraphe 10, de la directive 2004/18). Le projet n'indique pas clairement pourquoi il utilise une autre terminologie.

⁽¹⁰⁾ Ainsi, le texte néerlandais du projet fait état de "aanbestedende overheid" comme équivalent de "pouvoir adjudicateur" (voir la définition à l'article 2, 1°). Le terme néerlandais s'écarte de celui qui est employé dans les directives ("aanbestedende dienst", défini à l'article premier, paragraphe 9, de la directive 2004/18 et à l'article 2, paragraphe 1^{er}, a, de la directive 2004/17), mais correspond mieux à l'expression "pouvoir adjudicateur" utilisée également dans les directives. De même, il est question dans le texte néerlandais du projet de "bouwwerk" comme pendant d'"ouvrage" (voir la définition de la notion de "overheidsopdracht voor werken" à l'article 3, 2°). Le terme néerlandais s'écarte de celui employé dans les directives ("werk", terme utilisé à l'article premier, paragraphe 2, b, de la directive 2004/18 et à l'article premier, paragraphe 2, b, de la directive 2004/17), mais correspond mieux au terme "ouvrage" qui est également utilisé dans les directives, et permet d'opérer une distinction entre "werken" ("travaux") et "bouwwerken" ("ouvrages").

Le texte néerlandais de l'article 3, 5° et 6°, définit respectivement les notions de "open procedure" et de "beperkte procedure". Il ressort des définitions qu'il s'agit respectivement des "openbare procedures" et des "niet-openbare procedures" visées à l'article 1^{er}, paragraphe 11, a et b, de la directive 2004/18 et à l'article 1^{er}, paragraphe 9, a et b, de la directive 2004/17. Ici non plus, il n'est pas évident de déterminer pourquoi les auteurs du projet ne se sont pas contentés de suivre la terminologie des directives.

9. L'emploi des mots "toewijzing" et "gunning" dans le texte néerlandais et des mots "attribution" et "passation du marché" dans le texte français soulève un problème terminologique particulier.

Pour l'expression néerlandaise "gunning van de opdracht", les directives utilisent en français "attribution du marché" ⁽¹¹⁾. Dans le projet aussi, ces expressions sont souvent utilisées comme équivalents ⁽¹²⁾.

En droit belge, cette assimilation prête toutefois à confusion.

L'"attribution" du marché ("toewijzing") est la décision unilatérale de l'autorité désignant le bénéficiaire. Cette décision fait l'objet de l'article 44, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet. Dans le texte français de cette disposition, il est à juste titre question de l'"attribution"; dans le texte néerlandais, il vaudrait mieux écrire, non pas "gunning", mais "toewijzing".

La "passation" (ou "conclusion") du marché (de "gunning" van de opdracht) porte sur l'ensemble de l'opération, en ce compris la conclusion de la convention entre l'adjudicateur et le bénéficiaire. On peut également dire que la "passation" porte sur la dernière phase, à savoir celle de la conclusion de la convention. Selon le système prévu à l'article 44, § 1^{er}, alinéa 3, du projet, la convention résulte de la notification de la décision de l'adjudicateur au bénéficiaire. En d'autres termes, le marché est conclu (en néerlandais:

⁽¹¹⁾ Voir par exemple l'intitulé du titre II, chapitre VII, section 3, de la directive 2004/18, et l'intitulé du titre II, chapitre VII, section 2, de la directive 2004/17.

⁽¹²⁾ Voir, par exemple, les articles 5, § 2, 17, § 2, 24, alinéa 1^{er}, 35, 36, alinéa 2, et 44, § 1^{er}.

"ge Gund") par la voie de cette notification ⁽¹³⁾. Dans le texte français de la disposition visée, il est question à juste titre de "la conclusion du marché". Dans le texte néerlandais, il vaudrait mieux remplacer "toewijzing" par "gunning".

Les auteurs du projet devraient vérifier l'ensemble du texte du projet sur ce point. Le texte néerlandais devrait plus particulièrement opérer une distinction nette entre les termes "toewijzing" et "gunning", dans le sens exposé ci-dessus ⁽¹⁴⁾. Le fait que la terminologie de la directive ne soit pas suivie fidèlement ne soulève aucune objection.

10. Comme la loi du 24 décembre 1993, la loi en projet prévoit notamment la transposition 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 et 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.

À cet égard, le projet, et plus particulièrement son article 44, appelle les observations suivantes.

10.1. La directive 89/665/CEE fixe les conditions auxquelles doit satisfaire le contrôle juridictionnel des décisions nationales dans le cadre de procédures de passation de marchés publics dans les secteurs dits classiques. L'article premier, paragraphe 1, impose aux États membres l'obligation générale de veiller à ce qu'une décision prise par un pouvoir adjudicateur puisse faire l'objet de recours "efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible". Selon l'article 2, paragraphe 1, a et b, les États membres veillent plus particulièrement à ce que les procédures de recours permettent:

⁽¹³⁾ Voir D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, 1997, p. 627, n° 1655.

⁽¹⁴⁾ Le Conseil d'État formulera ci-après des propositions de texte spécifiques en vue d'adapter l'article 44 du projet (observation 19).

"a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

c) ...".

La directive 92/13/CEE comprend des dispositions similaires dans le cadre de procédures de passation de marchés publics dans les secteurs dits d'utilité publique, à savoir la distribution d'eau et d'énergie, les transports et les télécommunications. L'article premier, paragraphe 1, impose d'une manière générale l'obligation d'assurer qu'un recours "efficace et, en particulier, aussi rapide que possible", puisse être introduit. L'article 2, paragraphe 1, a à c, prévoit en outre que les États membres peuvent garantir l'efficacité, soit en prévoyant la possibilité de prendre, par voie de référé, des mesures provisoires et d'obtenir l'annulation des décisions illégales (mesures conformes à celles que vise visées dans l'article 2, paragraphe 1, a et b, susmentionné de la directive 89/665/CEE), soit en prévoyant d'autres mesures, comme émettre un ordre de paiement dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.

10.2. Dans un avis motivé du 13 janvier 2004, la Commission européenne a constaté que la Belgique n'avait pas respecté l'obligation découlant de l'article 2, paragraphe 1, a et b, de la directive 89/665/CEE. Dès lors que le droit belge ne connaissait pas d'obligation de "standstill" après la passation du marché public, le candidat exclu pouvait en effet être mis devant le fait accompli. Cette constatation présentait un rapport avec le fait que le Conseil d'État, qui peut être saisi d'une demande de suspension d'une décision de passation, estime que le préjudice invoqué ne peut plus être corrigé ou évité par un arrêt de suspension du Conseil si la convention entre l'autorité et le soumissionnaire sélectionné est déjà intervenue : la suspension par le Conseil de la décision de passation du marché ne pourrait en effet pas impliquer la suspension de cette convention dès lors

qu'il appartient exclusivement aux cours et tribunaux de suspendre l'exécution de la convention ⁽¹⁵⁾.

Le législateur a tenté de rencontrer les objections de la Commission en adoptant l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004 qui insère un article 21*bis* dans la loi du 24 décembre 1993. Ce dernier article s'applique aux "secteurs classiques" et aussi, en partie, aux "secteurs d'utilité publique".

10.3. L'article 44 du projet s'inspire des dispositions de cet article 21*bis*. L'article 55 dispose que les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 44 s'appliquent également aux marchés publics dans les secteurs d'utilité publique.

L'article 44, § 1^{er}, définit "l'attribution" comme étant la décision prise par le pouvoir adjudicateur désignant l'adjudicataire du marché et dispose que la convention résulte de la notification de l'attribution du marché à l'adjudicataire. Dès que le marché est conclu, le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une annulation, sauf dans le cas cité ci-après, visé à l'article 44, § 3. L'article 44, § 2, accorde aux candidats et soumissionnaires un droit à l'information relative à la décision prise par le pouvoir adjudicateur. L'article 44, § 3, dispose en outre que le pouvoir adjudicateur respecte un délai d'attente avant de conclure le marché, "afin de permettre aux soumissionnaires écartés d'introduire un recours contre l'attribution du marché selon une procédure d'urgence appropriée". En cas de non-respect d'un délai d'attente, le soumissionnaire évincé peut demander l'annulation du contrat au président du tribunal de première instance statuant comme en référé. Le Roi est chargé de fixer les modalités d'exécution. Celles-ci concernent, notamment, la durée du délai d'attente et la procédure d'urgence à suivre.

10.4. La réglementation en projet, en particulier, l'article 44, § 3, soulève un certain nombre de questions relatives à sa compatibilité avec les directives 89/665 et 92/13, précitées.

10.4.1. Il y a d'abord le contenu même de l'article 44, § 3, qui prévoit un délai d'attente avant la conclusion du marché et une "procédure d'urgence appropriée".

⁽¹⁵⁾ Conseil d'État, assemblée générale de la section d'administration, 15 juin 2000, Feyfer et s.c.r.l. Formanova, n° 87.983.

En ce qui concerne le délai d'attente, le projet ne fixe pas la durée de ce délai; il n'en fixe pas davantage le point de départ (à partir de l'envoi de la décision ou à partir de sa réception). Ces éléments n'étant pas déterminés, il n'est pas possible de se prononcer sur la question de savoir si les soumissionnaires écartés disposent d'un "délai raisonnable" entre la notification de la décision d'attribution et la conclusion du contrat, comme c'est cependant requis ⁽¹⁶⁾.

Quant à "la procédure d'urgence appropriée", le projet ne précise pas quelles doivent être les caractéristiques de cette procédure. Il est donc impossible ici aussi de se prononcer sur la question de savoir si cette procédure répondra à l'exigence selon laquelle les soumissionnaires écartés doivent pouvoir introduire un recours "efficace et en particulier aussi rapide que possible". L'exposé des motifs énonce cependant qu'il s'agit de la procédure "déterminée par les lois coordonnées sur le Conseil d'État pour les autorités qui y sont soumises ou par le Code judiciaire pour les autres personnes ⁽¹⁷⁾". Dans la mesure où la procédure devant le Conseil d'État viserait la procédure d'extrême urgence, le Conseil d'État rappelle d'abord l'observation formulée dans son avis relatif à la disposition à l'origine de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 2003: l'obligation de recourir à la procédure d'extrême urgence présente divers inconvénients, tant pour la protection juridique que pour le bon fonctionnement du Conseil d'État, section d'administration ⁽¹⁸⁾. Il y a encore lieu d'observer que la procédure d'extrême urgence, comme la procédure ordinaire de suspension requièrent de justifier de l'existence d'un

⁽¹⁶⁾ Voir CJCE, 24 juin 2004, Commission/Autriche, C-212/02, point 23. L'actuel article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 prévoit un délai minimum de dix jours à compter du jour qui suit celui de l'envoi de la motivation. Dans son avis portant sur le projet de loi en cause, le Conseil d'État, section de législation, a exprimé des doutes concernant le caractère raisonnable du délai ainsi fixé (Conseil d'État, sect. lég., avis 37.009/1/2/3/4 des 6-7 mai 2004 sur le projet ayant conduit à la loi-programme du 9 juillet 2004, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-04, n° 51-1138/1, (290), p. 324, n° 3).

⁽¹⁷⁾ Selon l'article 21bis, § 2, actuel de la loi du 24 décembre 1993, il s'agit "selon le cas [...] d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'État, [d'] une procédure d'extrême urgence".

⁽¹⁸⁾ Voir Conseil d'État, sect. lég., avis 37.099/1/2/3/4 des 6-7 mai 2004, cité dans la note 16, pp. 325-327, n° 5.

préjudice grave difficilement réparable, ce qui n'est pas évident ⁽¹⁹⁾, de sorte qu'on peut se demander si, à cet égard, le recours est bien effectivement accessible à toute personne ayant un intérêt au marché et "ayant été ou risquant d'être lésée" par la violation alléguée (article premier, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE et article premier, paragraphe 3, de la directive 92/13/CEE).

10.4.2. Ensuite, il y a le champ d'application de l'article 44, § 3.

Cette disposition s'applique en principe aux marchés publics dans les secteurs classiques. Le Roi peut cependant prévoir des exceptions pour certains types de marchés ainsi que pour les marchés inférieurs à certains seuils (article 44, § 3, alinéa 5). Force est toutefois de constater que les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne prévoient pas d'exceptions.

Il résulte de l'article 55 que l'article 44, § 3, ne s'applique aucunement aux secteurs d'utilité publique. Dans l'exposé des motifs, ce régime est justifié par une référence à l'arrêt "Alcatel" de la Cour de justice ⁽²⁰⁾, dans lequel la possibilité d'un recours contre la décision d'attribution est examinée: selon l'exposé, cet arrêt ne concerne que la directive 89/665/CEE et non la directive 92/13/CEE. On peut se demander si cette dernière affirmation est exacte. Selon la Cour de justice, tant la directive 89/665/CEE que la directive 92/13/CEE sont "destinées à protéger les soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur [et] visent à renforcer les mécanismes existants pour assurer l'application effective des règles communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées" ⁽²¹⁾. Dès

⁽¹⁹⁾ Voir Conseil d'État, 25 avril 2005, SA Cegelec et SA Lexar Technics, n^{os} 143.609 et 143.611, et SA Genetec, n^o 143.629; Conseil d'État, 4 mai 2005, société Oberthur Jeux et Technologies Inc., n^o 144.174. Voir cependant aussi Conseil d'État, 29 juillet 2005, SA Aertssen Aannemingsbedrijf, n^o 147.990.

⁽²⁰⁾ Est visé l'arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria, C-81/98.

⁽²¹⁾ Voir, entre autres, CJCE, 24 juin 2004, Commission/Autriche, cité dans la note 16, point 20.

lors, rien ne semble permettre de considérer que les secteurs d'utilité publique visés par la directive 92/13/CEE échapperaient à l'exigence du délai d'attente ⁽²²⁾.

10.5. De tout ceci, il y a lieu de conclure que les dispositions relatives au délai d'attente et à la procédure d'urgence doivent être revues.

À cela s'ajoute que les dispositions relatives à la durée et au point de départ du délai d'attente doivent figurer dans la loi elle-même, laquelle devrait également préciser les caractères essentiels de la procédure d'urgence. Il s'agit là, en effet, d'éléments essentiels d'une réglementation touchant à la procédure devant le Conseil d'État et devant les cours et tribunaux et, à tout le moins en ce qui concerne les cours et tribunaux, une matière qui relève de la compétence exclusive du législateur.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

11. L'article 44, § 3, du projet, examiné ci-avant contient une disposition accordant une compétence nouvelle au président du tribunal de première instance. Cette disposition doit être considérée comme ayant trait à une matière visée à l'article 77, alinéa 1^{er}, 3°, de la Constitution.

Il conviendrait dès lors d'adapter l'article 1^{er} du projet ou d'inscrire l'article 44, § 3, dans un projet distinct.

⁽²²⁾ Pour être complet, on peut encore observer que la possibilité de choix laissée par l'article 2, paragraphe 1, de la directive 92/13/CEE, entre une intervention directe dans les procédures de passation (points a et b) et une pression, en particulier par la voie d'une astreinte, sur les pouvoirs adjudicateurs pour qu'ils prennent les mesures nécessaires (point c; voir CJCE, 19 mai 1999, Commission/France, C-225/97) ne peut, en l'espèce, pas davantage apporter de justification. En effet, rien ne permet de croire que les auteurs du projet opteraient pour la deuxième possibilité.

Article 5

12. Le paragraphe 2 fait mention de la "capacité" des participants. On n'aperçoit pas de quoi il s'agit. Interrogé à ce sujet, le fonctionnaire délégué a déclaré qu'on visait, en fait, les critères de sélection qualitative, à fixer en application de l'article 20, alinéa 1^{er}, en projet.

Le Conseil d'État suggère d'écrire à l'article 5, § 2, : " ... et après vérification du droit d'accès visé aux articles 20 à 22, des critères de sélection qualitative visés à l'article 20 et des ...". Le fonctionnaire délégué a marqué son accord sur ce point.

Article 11

13. Les textes français et néerlandais de l'alinéa 2 sont discordants : dans le texte néerlandais, il est question d'un recours juridictionnel ("op de rechter"), alors que dans le texte français, il est question, dans un sens plus général, d'"une procédure de recours" auprès d'une "autorité" non précisée.

Article 16

14. Cet article s'applique "aux marchés publics ainsi qu'à tout contrat, accord et concours définis à l'article 3, ci-après dénommés les marchés publics".

Le terme "marchés publics" est ainsi utilisé deux fois, la première fois dans un sens spécifique, et la deuxième fois dans un sens générique. En outre, le terme "marchés publics" est, dans un sens spécifique, déjà défini à l'article 3, 1°. Il en résulte que l'article 16 peut prêter à confusion.

L'article 16 doit dès lors être adapté. Mieux vaudrait omettre les mots "ci-après dénommés les marchés publics". Si cette suggestion est suivie, les articles 17 et suivants devront également être adaptés.

Article 19

15. L'article 19 charge le Roi de fixer les règles relatives à la publicité des marchés publics.

Il résulte de l'exposé des motifs qu'on entend prévoir plusieurs modes de publicité, selon que les "seuils européens" sont ou non atteints.

Il serait souhaitable de mentionner déjà à l'article 19 les divers modes de publicité. Cela permettrait de comprendre ce qu'on entend par "montants fixés pour la publication européenne" dans d'autres articles du projet, notamment dans l'article 60, § 2.

Article 21

16. Le premier alinéa fait mention de "l'acte international" concernant certains entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services originaires de pays tiers à la Communauté européenne.

Le terme "acte international" manque ici de clarté. Il résulte de l'exposé des motifs qu'on vise principalement certains traités internationaux. On peut également penser à des actes d'institutions supranationales. Le Conseil d'État suggère dès lors d'écrire: "... ne peuvent déposer une candidature ou une offre en application du présent titre que s'ils peuvent, à cette fin, se fonder sur un traité international ou un acte d'une institution supranationale, dans les limites et les conditions prévues par l'acte concerné".

Article 31

17. Il est renvoyé à l'observation générale 5, relative à la compétence de l'autorité fédérale.

Article 44

18. Il est renvoyé tout d'abord à l'observation générale 10.

19. En ce qui concerne la terminologie utilisée à l'article 44, §§ 1^{er} et 3, le Conseil d'État renvoie par ailleurs encore à l'observation générale 9.

Conformément à cette observation, dans le texte néerlandais de l'article 44, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, le mot "gunning" doit être remplacé par le mot "toewijzing".

L'article 44, § 1^{er}, alinéa 3, peut être rédigé comme suit:

"Le contrat d'entreprise relatif au marché se forme par la notification de la décision d'attribution à son bénéficiaire. Pour la procédure négociée, le Roi peut prévoir d'autres formes de formation du contrat."

Dans le texte néerlandais de l'article 44, § 1^{er}, alinéa 4, on peut écrire: "Zodra de opdracht is gegund, ...".

Dans le texte néerlandais de l'article 44, § 3, alinéa 1^{er}, il y a lieu de remplacer les mots "alvorens de opdracht toe te wijzen" par les mots "alvorens de opdracht te gunnen" et d'écrire "tegen de toewijzing van de opdracht" au lieu de "tegen de gunning van de opdracht". Dans le texte néerlandais du paragraphe 3, alinéa 2, les mots "of indien de opdracht wordt toegewezen vóór het verstrijken van deze termijn" doivent être remplacés par les mots "of indien de opdracht wordt gegund vóór het verstrijken van deze termijn". À la fin du texte français de cette disposition, les mots "ayant attribué le marché", doivent être remplacés par les mots "ayant conclu le marché".

Dans le texte néerlandais de l'article 44, § 3, alinéa 3, 2°, mieux vaudrait remplacer le mot "gunning" par le mot "toewijzing".

Article 47

20. En ce qui concerne les mots "ci-après dénommés les marchés publics" figurant dans le paragraphe 1^{er}, il est renvoyé à l'observation 14 relative à l'article 16.

Article 51

21. Le paragraphe 2, b, fait référence à l'article 7 de la directive 97/67/CE (du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service).

Cette référence doit être remplacée par une référence à la disposition légale ou réglementaire qui a transposé cette directive en droit interne.

22. Dans un souci de clarté, mieux vaudrait rédiger la fin du texte néerlandais du paragraphe 2, c, comme suit: " ... en deze laatste niet rechtstreeks blootstaan ... op marktgebieden waartoe de toegang ...".

Article 57

23. Pour les mêmes motifs que ceux qui ont été exposés dans l'observation 12 relative à l'article 5, le Conseil d'État suggère d'écrire à l'article 57: "et après vérification du droit d'accès visé aux articles 63 à 65, des critères de sélection qualitative visés à l'article 63 et des ...". Le fonctionnaire délégué a marqué son accord sur ce point.

Article 60

24. Le paragraphe 2 fait référence aux "montants fixés pour la publication européenne".

En soi, cette expression est fort vague. Si la suggestion relative à l'article 19 (observation 15) est suivie, la référence à une publication européenne peut cependant être conservée.

Article 72

25. La fin du premier alinéa fait référence à des activités "visées à l'article 61". L'article 61 n'énumère cependant aucune activité, mais il se réfère aux articles 46 à 51, qui énumèrent certaines activités. Dès lors, le Conseil d'État estime que c'est à ces derniers articles qu'il vaudrait mieux faire référence.

26. Selon le deuxième alinéa, les dispositions du titre IV sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs pour les marchés relatifs à la production d'électricité dont les montants dépassent les seuils (européens).

L'article 48, qui s'applique également aux marchés se rapportant à la production d'électricité, mentionne non seulement les pouvoirs adjudicateurs, mais aussi les entreprises publiques.

Comme confirmé par le fonctionnaire délégué, les auteurs du projet considèrent que, sur la base de l'alinéa 1^{er}, de l'article 72, le titre IV s'applique déjà aux entreprises publiques en ce qui concerne les marchés se rapportant à la production d'électricité. L'exposé des motifs devrait expliciter cette interprétation.

OBSERVATIONS FINALES

27. Conformément à certaines des directives que la loi en projet transpose, il y a lieu de faire référence à ces directives dans la loi elle-même ou dans un avis accompagnant sa publication ⁽²³⁾.

Les auteurs du projet pourraient satisfaire à cette obligation en insérant dans le projet un article 2 faisant référence à toutes les directives pertinentes.

28. Vu la compétence supplémentaire attribuée par l'article 44, § 3, du projet au président du tribunal de première instance statuant comme en référé, il faudrait compléter l'article 587 du Code judiciaire par une mention de cette compétence nouvelle.

⁽²³⁾ Article 80 de la directive 2004/18, article 71, paragraphe 1, de la directive 2004/17, article 13, paragraphe 1, de la directive 92/13/CEE.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre, président,
	P. LEMMENS, B. SEUTIN,	président de chambre, conseiller d'État,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section f.f.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME