

DIENSTEN VAN DE EERSTE MINISTER

[C - 98/21026]

**10 FEBRUARI 1998. — Omzendbrief. — Overheidsopdrachten
Kwalitatieve selectie van de aannemers,
leveranciers en dienstverleners**

Aan de aanbestedende overheden die onderworpen zijn aan de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Mevrouw, Mijnheer de Minister,

Mevrouwen, mijne Heren,

Het doel van deze omzendbrief bestaat erin, bepaalde belangrijke aspecten verbonden aan de kwalitatieve selectie van de aannemers, leveranciers of dienstverleners in herinnering te brengen en aanbevelingen te formuleren uitgaande van de praktijken die door de Commissie voor de overheidsopdrachten sedert de inwerkingtreding van de wet van 24 december 1993 vastgesteld werden.

I. Beginsel van de kwalitatieve selectie

1. Onderscheid tussen de eisen inzake selectie en de gunningscriteria

Er moet een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen de fase van de kwalitatieve selectie van de ondernemingen en die van de gunning van de opdracht. Volgens de Memorie van toelichting bij de wet (Parl. doc., Senaat, 656.1 (1992-1993), blz. 25) zijn de gunningscriteria bestemd om de intrinsieke waarde van de neergelegde offerte te beoordelen. De criteria van de kwalitatieve selectie moeten op hun beurt de aanbestedende overheid in staat stellen te beoordelen of de kandidaten of inschrijvers bekwaam zijn om die of die opdracht uit te voeren, door na te gaan of ze zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden (faillissement, niet-naleving van de sociale of fiscale verplichtingen...) en of ze wel degelijk over voldoende financiële, economische en technische draagkracht beschikken.

Zo slaan de referenties met betrekking tot de ondervinding van een onderneming, de werken, leveringen en diensten die zij uitgevoerd heeft, de financiële en beroepswaarborgen die zij voorlegt, de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting waarover zij beschikt, het tewerkgestelde personeel en de kwalificatie van dat personeel, de maatregelen die aangewend worden om de kwaliteit van de producten te waarborgen, ... op de kwalitatieve selectie. Ze kunnen dus niet gebruikt worden als gunningscriteria.

Gunningscriteria die moeten bepaald worden volgens de bijzonderheden van de opdracht daarentegen, zijn met name het bedrag van de offerte, de gebruikskosten van de voorgestelde producten, de technische waarde, de uitvoeringstermijn (indien niet dwingend vastgelegd door de aanbestedende overheid), de zekerheid van bevoorrading van gelijkaardige producten of van reserveonderdelen, de kwaliteit van de dienst na verkoop, de opleiding die gegeven wordt aan het personeel van de aanbestedende overheid, de geboden waarborgen op de voorgestelde producten of het esthetisch en functioneel karakter.

2. Voorschriften die van toepassing zijn op de kwalitatieve selectie

2.1. Algemeen

De eerste drie titels van de koninklijke besluiten van 8 en 10 januari 1996 bevatten elk een hoofdstuk II waarin een uitvoerige beschrijving gegeven wordt van de objectieve omstandigheden waarin een aannemer, leverancier of dienstverlener kan uitgesloten worden van deelneming aan de opdracht, zelfs wanneer in de aankondiging van opdracht hierover geen bepaling voorkomt. Tot die uitsluiting kan besloten worden in eender welk stadium van de procedure en dus ook na de selectie, tot op het ogenblik van de gunning van de opdracht of het sluiten van de overeenkomst, op grond van de persoonlijke toestand van de aannemer, leverancier of dienstverlener (faillissement, veroordeling, niet-betaling van de bijdragen voor sociale zekerheid of van de heffingen en belastingen, ernstige beroepsfout, afleggen van valse verklaringen met betrekking tot de inlichtingen verstrekt voor de beoordeling van zijn toestand en draagkracht).

Onder de gelding van de wet van 14 juli 1976 heeft de Raad van State de beslissing van de aanbestedende overheid (RvS, arrest nr 36463 van 19 februari 1991) om een onderneming van werken waarvan de afgevaardigd beheerder verwikkeld was in een strafrechtelijk onderzoek wegens omkoping niet te selecteren, gegrond geoordeeld. Ondanks het feit dat de onderneming nog erkend was, hadden de vermoedelijke strafbare kuiperijen van de afgevaardigd beheerder in het kader van de economische werkzaamheden van die vennootschap, in het onderhavige geval een rechtmatig verlies aan vertrouwen in die mogelijke medecontractant teweeggebracht.

SERVICES DU PREMIER MINISTRE

[C - 98/21026]

**10 FEVRIER 1998. — Circulaire — Marchés publics
Sélection qualitative des entrepreneurs,
des fournisseurs et des prestataires de services**

Aux pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Madame, Monsieur le Ministre

Mesdames, Messieurs,

L'objet de la présente circulaire est de rappeler un certain nombre d'aspects importants liés à la sélection qualitative des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et de formuler des recommandations en partant des pratiques constatées par la Commission des marchés publics depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993.

I. Principe de la sélection qualitative

1. Distinction entre les exigences en matière de sélection et les critères d'attribution

Une nette distinction doit être établie entre la phase de sélection qualitative des entreprises et celle de l'attribution du marché. Selon l'Exposé des motifs de la loi (Doc. Parl., Sénat, 656.1 (1992-1993), p. 25), les critères d'attribution sont destinés à apprécier la valeur intrinsèque de l'offre déposée. Les critères de sélection qualitative doivent quant à eux permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires à exécuter tel ou tel marché, en vérifiant s'ils ne se trouvent pas en situation d'exclusion (faillite, irrespect des obligations sociales ou fiscales...) et s'ils disposent bien d'une capacité financière, économique et technique suffisante.

Ainsi, les références relatives à l'expérience de l'entreprise, aux travaux, aux fournitures ou aux services qu'elle a exécutés, aux garanties professionnelles et financières qu'elle présente, à l'outillage, au matériel et à l'équipement technique dont elle dispose, au personnel employé et à sa qualification, aux mesures mises en oeuvre pour assurer la qualité des produits... se rapportent à la sélection qualitative. Elles ne peuvent donc pas être utilisées comme critères d'attribution.

Constituent par contre des critères d'attribution à déterminer selon les particularités du marché, notamment, le montant de l'offre, le coût d'utilisation des produits proposés, la valeur technique, le délai d'exécution (s'il n'est pas fixé impérativement par le pouvoir adjudicateur), la sécurité d'approvisionnement en produits similaires ou en pièces de rechange, la qualité du service après vente, la formation donnée au personnel du pouvoir adjudicateur, les garanties offertes sur les produits proposés ou le caractère esthétique et fonctionnel.

2. Règles applicables à la sélection qualitative

2.1. Généralités

Les trois premiers titres des arrêtés royaux des 8 et 10 janvier 1996 contiennent chacun un chapitre II détaillant les situations objectives permettant d'exclure un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services de la participation au marché et ce même en l'absence de dispositions à ce propos dans l'avis du marché. Cette exclusion peut être décidée à quelque stade que ce soit de la procédure, et donc même après la sélection jusqu'à l'attribution ou la conclusion du marché, en raison de la situation personnelle de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire de services (faillite, condamnation, non-paiement des cotisations de sécurité sociale ou des taxes et impôts, faute professionnelle grave, fausses déclarations en rapport avec les renseignements fournis pour apprécier sa situation et capacité).

Sous l'empire de la loi du 14 juillet 1976, le Conseil d'Etat a ainsi jugé fondée (CE, arrêt n° 36463 du 19 février 1991) la décision prise par un pouvoir adjudicateur de ne pas sélectionner une entreprise de travaux dont l'administrateur-délégué faisait l'objet d'une instruction pénale pour des faits de corruption. Malgré que l'entreprise fût encore agréée, les agissements délictueux présumés de l'administrateur-délégué dans le cadre des activités économiques de cette société avaient en l'espèce entraîné une perte légitime de confiance dans ce cocontractant potentiel.

Volgens de regelgeving kan -en niet moet- een onderneming in dat geval uitgesloten worden. Niettemin houdt het beginsel van goed beheer in dat een aanbestedende overheid zich niet bindt aan dergelijke ondernemingen. Alleen bij uitzondering, bijvoorbeeld in het geval dat een onderneming in moeilijkheden de enige zou zijn die in staat is producten te leveren bestemd voor de voltooiing van een inrichting, zou de aanbestedende overheid een beslissing in die zin kunnen rechtvaardigen.

De voorschriften voor de kwalitatieve selectie in de strikte betekenis, die de beoordeling van de economische, financiële en technische draagkracht mogelijk maken, worden vermeld in het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Die bepalingen geven de referenties en bewijsstukken aan die door de aanbestedende overheid kunnen gevraagd worden, maar bepalen niet hun niveau. Het is dus de aanbestedende overheid die in de aankondiging van opdracht eenduidig de referenties moet bepalen die zij wenst te ontvangen, ja zelfs de niveaus die de ondernemingen moeten bereiken om in aanmerking genomen te worden bij de selectie. In het klassieke stelsel is het in de aankondiging dat de belangstellende kandidaten of inschrijvers kennis moeten kunnen nemen van de gevraagde referenties en bewijsstukken. Het volstaat dus niet te verwijzen naar de bepalingen van het bestek of van andere documenten die beschikbaar zijn bij de aanbestedende overheid.

De aanbestedende overheid is evenwel niet verplicht alle gegevens op te vragen die in de bepalingen van de hoofdstukken gewijd aan de kwalitatieve selectie van het klassieke stelsel vermeld staan. Zij moet haar verzoek aanpassen aan wat haar noodzakelijk of nuttig lijkt om haar beslissing inzake selectie te rechtvaardigen. Elke kandidaat of inschrijver moet zijnerzijds de door de aanbestedende overheid geëiste bewijskrachtige elementen voorleggen.

Er dient te worden onderstreept dat de regelgeving inzake de erkenning van de aannemers van werken de minimale voorschriften bepaalt voor de kwalitatieve selectie met betrekking tot de opdrachten voor aanneming van werken (zie hierna punt II. 2.1). Deze voorschriften bestaan meestal voor de opdrachten gegund in een openbare procedure.

Inzake de referenties die kunnen worden opgevraagd voor de beoordeling van de economische en financiële draagkracht in het bij koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalde klassieke stelsel, is de in dit besluit vermelde opsomming niet uitputtend. De artikelen 18, 44 en 70 bepalen immers dat de aanbestedende overheid aangeeft « welke referenties in 1°, 2° en 3° ze verlangt, evenals de andere bewijsstukken die moeten worden overgelegd ». Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gemeend (HJEG, arrest van 9 juli 1987, samengevoegde zaken 27 tot 29/86, Bellini en CEI) dat het verbod om een maximum aantal gelijktijdig uit te voeren werken te overschrijden, rekening houdend met de erkenningsklasse, een van die andere bewijskrachtige referenties inzake werken kan uitmaken.

Wat de referenties betreft die de beoordeling van de technische bekwaamheid mogelijk maken, geven de artikelen 19, 45 en 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 er een volledige opsomming van. De aanbestedende overheid mag dus niet verder gaan dan wat bepaald is, op een nuance na : voor de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten voegt artikel 71 daar in een inleidende bepaling immers aan toe dat « de bekwaamheid van de dienstverlener kan worden beoordeeld aan de hand van met name zijn vakkundigheid, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid »; binnen die grenzen is het dus toegestaan buiten de daarna in het tweede lid van dat artikel gegeven opsomming te gaan.

2.2. Bijzonderheden voor de speciale sectoren

Voor de speciale sectoren somt het koninklijk besluit van 10 januari 1996 dezelfde objectieve omstandigheden waarin een kandidaat of inschrijver kan uitgesloten worden op als in het klassieke stelsel; de documenten en bewijsstukken die vaststellen dat deze kandidaten of inschrijvers zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden, zijn dezelfde als voor het klassieke stelsel. Het besluit legt vervolgens op dat de selectie moet steunen op objectieve criteria en voorschriften. Het bepaalt in dat verband nochtans niet welke referenties en bewijsstukken kunnen opgevraagd worden. Het is dus de aanbestedende overheid die deze vastlegt en om dat te doen kan zij zich laten leiden door de referenties en door de bewijsstukken die in het klassieke stelsel kunnen worden gevraagd. Bij openbare procedure worden die voorwaarden vermeld in de aankondiging van opdracht en/of opgenomen in het bestek. Bij beperkte of onderhandelingsprocedure kunnen zij eveneens ter beschikking gesteld worden van de belangstellende ondernemingen (artikelen 16, 38 en 59 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996).

Selon la réglementation, une entreprise peut -et non doit- être exclue dans ces cas. Néanmoins, le principe de bonne gestion implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie pas à une telle entreprise. Ce n'est qu'exceptionnellement, et par exemple dans le cas où une entreprise en difficulté se trouverait seule capable de livrer des produits destinés à compléter une installation, que le pouvoir adjudicateur pourrait justifier une décision en ce sens.

Les règles de sélection qualitative au sens strict, permettant d'apprécier la capacité économique, financière et technique, sont précisées dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Ces dispositions déterminent les références et preuves pouvant être demandées par le pouvoir adjudicateur, mais elles n'en fixent pas le niveau. Il appartient dès lors au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans l'avis de marché les références qu'il entend obtenir, voire même les niveaux à atteindre par les entreprises pour être prises en considération lors de la sélection. Dans le régime classique, c'est dans cet avis que les candidats ou soumissionnaires intéressés doivent pouvoir prendre connaissance des références et preuves demandées. Il ne suffit donc pas de renvoyer aux dispositions du cahier spécial des charges ou à d'autres documents disponibles auprès du pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur n'est cependant pas tenu de réclamer l'ensemble des données mentionnées dans les dispositions des chapitres consacrés à la sélection qualitative du régime classique. Il doit adapter sa demande en fonction de ce qui lui paraît nécessaire ou utile pour fonder sa décision sur le plan de la sélection. Tout candidat ou soumissionnaire doit, quant à lui, présenter les éléments probants requis par le pouvoir adjudicateur.

Il convient de souligner que la réglementation de l'agrégation d'entrepreneurs de travaux prévoit les conditions minimales de la sélection qualitative en ce qui concerne les marchés de travaux (voir ci-après le point II.2.1), lesquelles suffisent le plus souvent pour les marchés passés par une procédure ouverte.

En ce qui concerne les références pouvant être demandées pour apprécier la capacité économique et financière dans le régime classique déterminé par l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'énumération mentionnée dans cet arrêté n'est pas limitative. Les articles 18, 44 et 70 prévoient en effet que le pouvoir adjudicateur précise « les références citées en 1°, 2° et 3° qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir ». Ainsi, la Cour de Justice des Communautés européennes a considéré (CJCE, arrêt du 9 juillet 1987, affaires jointes 27 à 29/86, Bellini et CEI) que pouvait constituer une de ces autres références probantes en travaux, l'interdiction de dépasser un plafond de travaux à exécuter simultanément, eu égard à la classe d'agrégation.

Quant aux références permettant d'apprécier la capacité technique, les articles 19, 45 et 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en donnent une énumération exhaustive. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas excéder ce qui est prévu, à une nuance près : en effet, pour les marchés publics de services, l'article 71 ajoute en disposition préliminaire que « la capacité du prestataire de services peut être évaluée en vertu notamment de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité », ce qui permet dans ces limites, d'aller au-delà de l'énumération que donne ensuite l'alinéa 2 de cet article.

2.2. Particularités pour les secteurs spéciaux

Dans les secteurs spéciaux, l'arrêté royal du 10 janvier 1996 énumère les mêmes situations objectives permettant d'exclure un candidat ou soumissionnaire que dans le régime classique; les documents et preuves établissant que ces candidats ou soumissionnaires ne se trouvent pas dans ces situations d'exclusion sont identiques à ceux du régime classique. L'arrêté impose ensuite que la sélection se fonde sur des critères et règles objectifs. Cependant, il ne détermine pas à ce sujet les références et preuves pouvant être demandées. Il appartient donc au pouvoir adjudicateur de fixer celles-ci et pour ce faire, il peut s'inspirer des références ainsi que des preuves pouvant être réclamées dans le régime classique. En procédure ouverte, ces conditions sont mentionnées dans l'avis de marché et/ou reprises dans le cahier spécial des charges. En procédure restreinte ou négociée, elles peuvent être également mises à disposition des entreprises intéressées (articles 16, 38 et 59 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996).

3. Verloop van de kwalitatieve selectie volgens de gunningsprocedures

De kwalitatieve selectie wordt op alle procedures van gunning van een opdracht toegepast, rekening houdend met de bijzonderheden in punt I.4.3. hierna voor wat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking betreft.

3.1. In geval van openbare aanbesteding en algemene offerteaanvraag verloopt de procedure in een enkele fase vermits de belangstellende inschrijvers na het verschijnen van de aankondiging van opdracht hun offerte voor een bepaalde datum moeten indienen. Die offerte bevat niet alleen de offerte voor het voorwerp van de opdracht maar ook, afhankelijk van de eisen die in de aankondiging van opdracht zullen bepaald zijn, de documenten en bewijsstukken die de aanbestedende overheid eist. Met die documenten en bewijsstukken moet de aanbestedende overheid kunnen nagaan of de inschrijvers zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden en of ze de financiële, economische en technische draagkracht bezitten om de opdracht tot een goed einde te brengen omdat ze voldoen aan de vereiste minimumvoorwaarden.

Van de inschrijvers die aan die voorwaarden voldoen, en overeenkomstig de artikelen 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, onderzoekt de aanbestedende overheid de offertes op hun regelmatigheid en tenslotte in het licht van het criterium of de criteria voorzien voor de gunning (de laagste prijs bij een aanbesteding, de voordeligste offerte, afhankelijk van verschillende criteria, bij offerteaanvraag).

3.2. In geval van beperkte aanbesteding, beperkte offerteaanvraag en onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de zin van de artikelen 17, § 3, en 39, § 1, van de wet, verloopt de procedure in twee fasen waarvan de eerste bestaat in de publicatie van een oproep tot de kandidaten.

Het is in dit stadium dat, na de ontvangst van de kandidatuurstellingen, de kwalitatieve selectie gebeurt op grond van de elementen en bewijsstukken die het mogelijk maken te besluiten dat die kandidaat zich niet in een toestand van uitsluiting bevindt en de vereiste draagkracht bezit om de opdracht uit te voeren, rekening houdend met punt I. 4.2. hierna.

Voor de speciale sectoren kan die eerste fase ook een uiting van belangstelling zijn ingevolge het verschijnen van een periodieke enuntiatieve aankondiging die geldt als aankondiging van opdracht (artikelen 6, 28 en 49 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996). In dat geval nodigt de aanbestedende overheid later alle kandidaten uit hun belangstelling te bevestigen op grond van de uitvoerige inlichtingen in verband met de opdracht, alvorens te beginnen met de selectie van de kandidaten. Die eerste fase kan eveneens bestaan in een aankondiging waarin het bestaan van een kwalificatiestelsel vermeld wordt (artikelen 7, 29 en 50 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996). Die aankondiging kan slechts het adres vermelden waar de objectieve voorschriften en criteria inzake het kwalificatiestelsel kunnen worden bekomen.

Zowel in het klassieke stelsel als in dat van de speciale sectoren, kan die eerste fase ook bestaan in het opstellen van een lijst van geselecteerde kandidaten, geldig voor maximum een jaar (artikelen 14, § 2, 40, § 2 en 66, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 13, § 3, 35, § 3, en 56, § 3 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996). Die modaliteit is nochtans slechts bruikbaar voor de opdrachten die niet onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking. Indien de aanbestedende overheid van een dergelijke lijst gebruik maakt, moet zij alle geselecteerde kandidaten gelijktijdig en schriftelijk uitnodigen om een offerte in te dienen.

De tweede fase bestaat in een uitnodiging om een offerte in te dienen, die door de aanbestedende overheid naar de geselecteerde kandidaten wordt gestuurd.

Eens de selectie uitgevoerd, worden de geselecteerde kandidaten verondersteld in staat te zijn de opdracht uit te voeren. Het is dus verboden elementen inzake de draagkracht van de kandidaat te laten spelen bij de beoordeling van de offerte in het licht van het criterium of de criteria voor de gunning van de opdracht.

Het vermoeden van draagkracht zal echter niet bestaan wanneer na de selectie, maar vóór de gunning, door de aanbestedende overheid vastgesteld wordt dat een van de inschrijvers zich in een toestand van uitsluiting bevindt. Het risico bestaat tevens dat de draagkracht van een geselecteerde onderneming verslechtert, met name wanneer de gunningsprocedure veel tijd in beslag neemt. Dat is bijvoorbeeld het geval voor een beperkte procedure wanneer een vrij lange termijn verloopt tussen het neerleggen van de kandidatuurstellingen en het verzenden naar de geselecteerde kandidaten van de uitnodiging om een offerte te doen. Hetzelfde geldt wanneer de opdracht voor akkoord moet voorgelegd worden aan toezichthoudende overheden of aan een overheid die subsidies toekent. Het kan eveneens het geval zijn voor offertes die betrekking hebben op technisch ingewikkelde opdrachten.

3. Processus de la sélection qualitative selon les procédures de passation

La sélection qualitative s'applique à toutes les procédures de passation de marché, en tenant compte des précisions apportées au point I.4.3. ci-après en ce qui concerne la procédure négociée sans publicité.

3.1. En cas d'adjudication publique et d'appel d'offres général, la procédure se déroule en une seule phase puisque les soumissionnaires intéressés à la suite de la publication de l'avis de marché doivent introduire leur offre pour une date déterminée. Cette offre contient non seulement l'offre concernant l'objet du marché mais également, en fonction des exigences qui auront été prévues dans l'avis de marché, les documents et preuves requis par le pouvoir adjudicateur. Ces documents et preuves doivent permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que les soumissionnaires ne se trouvent pas en situation d'exclusion et ont la capacité financière, économique et technique de mener à bien le marché parce qu'ils remplissent les conditions minimales exigées.

Pour les soumissionnaires satisfaisant à ces conditions, et conformément aux articles 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur examine les offres au plan de la régularité et en dernier lieu eu égard au(x) critère(s) d'attribution prévus (le prix le plus bas en adjudication, l'offre la plus intéressante en fonction de plusieurs critères en appel d'offres).

3.2. En cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint et de procédure négociée avec publicité au sens des articles 17, § 3, et 39, § 1^{er}, de la loi, la procédure se déroule en deux phases, la première consistant en la publication d'un appel aux candidatures.

C'est à ce stade, après la réception des candidatures, que se situe la sélection qualitative sur la base des éléments et preuves permettant de conclure que tel candidat n'est pas en situation d'exclusion et possède la capacité requise pour exécuter le marché, en tenant compte du point I. 4.2. ci-après.

Dans les secteurs spéciaux, cette première phase peut également consister en une manifestation d'intérêt à la suite de la publication d'un avis périodique indicatif valant avis de marché (articles 6, 28 et 49 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996). Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur invite ultérieurement tous les candidats à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché avant de commencer la sélection des candidats. Cette première phase peut également consister en un avis portant sur l'existence d'un système de qualification (articles 7, 29 et 50 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996). Cet avis peut n'indiquer que l'adresse à laquelle les règles et critères objectifs concernant le système de qualification peuvent être obtenus.

Tant dans le régime classique que dans celui des secteurs spéciaux, cette première phase peut aussi avoir pour objet l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés valable pour un an au maximum (articles 14, § 2, 40, § 2 et 66, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 13, § 3, 35, § 3, et 56, § 3, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996). Cette modalité n'est cependant utilisable que pour les marchés non soumis à la publicité européenne. Si le pouvoir adjudicateur a recours à une telle liste, il doit inviter, simultanément et par écrit, tous les candidats sélectionnés à remettre offre.

La seconde phase consiste en une invitation à présenter une offre, envoyée par le pouvoir adjudicateur aux candidats sélectionnés.

La sélection ayant été effectuée, les candidats ainsi sélectionnés sont présumés capables d'exécuter le marché. Il est donc interdit de faire intervenir des éléments tenant à la capacité du candidat dans l'appréciation de l'offre au regard du ou des critères d'attribution du marché.

Cependant, la présomption de capacité ne jouera pas si, après la sélection mais avant l'attribution, le pouvoir adjudicateur constate que l'un des soumissionnaires se trouve être en situation d'exclusion. Le risque existe également de voir se détériorer la capacité d'une entreprise sélectionnée, notamment lorsque la procédure de passation du marché s'avère relativement longue. C'est par exemple le cas en procédure restreinte, lorsqu'un délai relativement important s'écoule entre le dépôt des candidatures et l'envoi aux candidats sélectionnés de l'invitation à présenter une offre. Il en va de même lorsque le marché doit être soumis à l'accord d'autorités de contrôle ou à un pouvoir octroyant des subventions. Ce peut être également le cas pour des offres portant sur des marchés complexes au plan technique.

Evenzo is het mogelijk dat, wanneer de aanbestedende overheid een lijst van geselecteerde kandidaten opgesteld heeft, geldig voor maximum een jaar (artikelen 14, § 2, 40, § 2, en 66, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, artikelen 13, § 3, 35, § 3 en 56, § 3 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996), de toestand van een onderneming een wijziging ondergaan heeft tussen het ogenblik waarop de lijst opgesteld wordt en de aanwending ervan bij de aanvang van de opdracht.

Het is dan ook mogelijk dat een geselecteerde onderneming (beperkte procedure of onderhandelingsprocedure met bekendmaking) of een onderneming die in het licht van de voorgestelde documenten (openbare procedure) voor selectie in aanmerking komt, zonder in een toestand van uitsluiting te belanden, haar economische en financiële draagkracht bijvoorbeeld ongunstig ziet evolueren.

In de voorgaande gevallen, en afhankelijk van nieuwe of pas gekende bewijskrachtige inlichtingen, kan de aanbestedende overheid haar beoordeling inzake de selectie van de onderneming herzien. De regel is immers dat een opdracht normaal gezien slechts gegund wordt aan een onderneming waarvan de draagkracht vaststaat, wat trouwens in de artikelen 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 in herinnering gebracht wordt voor de procedures van aanbesteding en offerteaanvraag.

3.3. In geval van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in de zin van de artikelen 17, § 2, en 39, § 2, van de wet : zie punt I.4.3. hierna.

3.4. De artikelen 16, 42 en 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 leggen op dat voor de beperkte procedures en de onderhandelingsprocedures met bekendmaking in de zin van artikel 17, § 3, van de wet, elke kandidatuurstelling afzonderlijk moet ingediend worden. Op die wijze wordt vereist dat de kandidatuurstelling de wilsuiving van elk van de kandidaten bevat, wat niet uitsluit dat gezamenlijke kandidatuurstellingen ingediend worden, bijvoorbeeld in het kader van een tijdelijke vereniging. De regelgeving staat daarentegen niet toe dat kandidatuurstellingen gezamenlijk ingediend worden, bijvoorbeeld door een beroepsgroep namens al haar leden.

3.5. Bij beperkte procedure en onderhandelingsprocedure met bekendmaking bepaalt de aanbestedende overheid de uiterste datum van ontvangst van de deelnemingsaanvragen. De te laat aangekomen kandidatuurstellingen kunnen dus niet meer in aanmerking genomen worden, ten einde het beginsel van gelijke behandeling van de kandidaten niet te schenden.

Nochtans zou de aanbestedende overheid in de aankondiging modaliteiten kunnen opnemen die het mogelijk maken deelnemingsaanvragen die haar na de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen zouden hebben bereikt, toch in aanmerking te nemen, zo deze bijvoorbeeld bij aangetekend schrijven minstens vier dagen voor die datum op de post bezorgd werden en de selectie niet reeds beëindigd is. De aanbestedende overheid zou zo een in de artikelen 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 92 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 ingeschreven bepaling die van toepassing is op de ontvangst van de offertes, aanpassen aan de fase van de kandidatuurstellingen. In dat geval zou zij er zich toe verbinden die kandidatuurstellingen niet als te laat te beschouwen, en hetzelfde voorschrift zou zonder onderscheid toegepast worden op alle belangstellende kandidaten.

Anderzijds kunnen in geval van beperkte proceduretermijn (artikelen 6, § 3, 14, § 1, 32, § 3, 40, § 1, 58, § 3 en 66, § 1 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, artikelen 5, § 3, 13, § 1, 27, § 3, 35, § 1, 48, § 3, en 56, § 1, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996) de deelnemingsaanvragen ingediend worden via de snelste wegen : fax, telex, elektronische weg of telefoon. In die gevallen dient de kandidatuurstelling bevestigd te worden per gewone brief of per aangetekend schrijven bij de post, verstuurd vóór de uiterste datum van ontvangst van de kandidatuurstellingen. De regelgeving legt dus niet op dat die bevestiging op die uiterste datum in het bezit moet zijn van de aanbestedende overheid.

3.6. Het gebeurt dat kandidaten of inschrijvers die van de documenten en bewijsstukken die de aanbestedende overheid eist om hun bekwaamheid te kunnen beoordelen, sommige documenten en bewijsstukken niet overmaken en soms zelfs geen enkel overmaken. Bij ontstentenis van enig document en bewijsstuk of van een groot gedeelte ervan, kan de aanbestedende overheid besluiten tot onontvankelijkheid van de kandidatuurstellingen of tot onregelmatigheid van de offertes die op die wijze ingediend werden. Het komt nochtans vaker voor dat enkel dit of dat document of bewijsstuk niet ingediend werd, dubbelzinnig of onvolledig is. In dat geval moet de aanbestedende overheid haar houding bepalen rekening houdend met de grondbeginselen inzake mededinging, goed beheer en gelijkheid. Zodoende zal de aanbestedende overheid :

— voor wat de economische en financiële draagkracht betreft, moeten nagaan of de kandidaat of inschrijver het bewijs geleverd heeft dat hij niet in staat was de gevraagde referenties als bewijs van zijn draagkracht voor te leggen, en vraagt of hij die mag bewijzen met een ander door de aanbestedende overheid daartoe geschikt geacht document;

De même, en cas d'établissement par le pouvoir adjudicateur d'une liste de candidats sélectionnés valable pour un an au maximum, (articles 14, § 2, 40, § 2, et 66, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, articles 13, § 3, 35, § 3, et 56, § 3, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996), la situation d'une entreprise peut s'être modifiée entre le moment de l'établissement de la liste et l'utilisation de celle-ci à l'occasion du lancement d'un marché.

Il se peut dès lors que, sans tomber dans une situation d'exclusion, une entreprise sélectionnée (procédure restreinte ou négociée avec publicité) ou susceptible de l'être au regard des documents présentés (procédure ouverte) voie par exemple sa capacité économique et financière évoluer défavorablement.

Dans les cas qui précèdent, et en fonction de renseignements probants nouveaux ou nouvellement connus, le pouvoir adjudicateur peut revoir son appréciation portant sur la sélection de l'entreprise. La règle est en effet qu'un marché n'est normalement attribué qu'à une entreprise dont la capacité est établie, ce que rappellent d'ailleurs pour les procédures d'adjudication et d'appel d'offres, les articles 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

3.3. En cas de procédure négociée sans publicité au sens des articles 17, § 2, et 39, § 2, de la loi : il est renvoyé au point I.4.3. ci-après.

3.4. Les articles 16, 42 et 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 imposent que, dans les procédures restreintes et dans les procédures négociées avec publicité au sens de l'article 17, § 3, de la loi, chaque candidature soit introduite individuellement. Il est par là exigé que la candidature contienne l'expression de volonté de chacun des candidats, ce qui n'exclut donc pas la présentation de candidatures groupées, par exemple dans le cadre d'une association momentanée. Par contre, la réglementation ne permet pas que des candidatures soient introduites collectivement, par exemple par un groupement professionnel au nom de tous ses affiliés.

3.5. En procédure restreinte et en procédure négociée avec publicité, le pouvoir adjudicateur fixe la date ultime de réception des demandes de participation. Dès lors, les candidatures arrivées tardivement ne peuvent plus être prises en considération, sous peine de ne pas respecter le principe d'égalité de traitement entre les candidats.

Cependant, le pouvoir adjudicateur pourrait déterminer dans l'avis des modalités permettant de prendre en considération des demandes de participation qui lui parviendraient après la date ultime de réception des demandes pour autant, par exemple, que celles-ci aient été déposées par pli recommandé à la poste quatre jours au moins avant cette date et que la sélection ne soit pas déjà terminée. Le pouvoir adjudicateur adapterait ainsi à la phase des candidatures une disposition applicable à la réception des offres inscrite aux articles 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 92 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996. Dans ce cas, il s'engagerait à ne pas considérer ces candidatures comme tardives et la même règle s'appliquerait sans distinction à tous les candidats intéressés.

Par ailleurs, en cas de délai procédural réduit (articles 6, § 3, 14, § 1^{er}, 32, § 3, 40, § 1^{er}, 58, § 3 et 66, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, articles 5, § 3, 13, § 1^{er}, 27, § 3, 35, § 1^{er}, 48, § 3 et 56, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996), les demandes de participation peuvent être introduites par les voies les plus rapides : par télécopieur, télex, voie électronique ou téléphone. Dans ces cas, la candidature doit être confirmée par lettre ordinaire ou recommandée à la poste, envoyée avant la date ultime de réception des candidatures. La réglementation n'impose donc pas que cette confirmation soit en possession du pouvoir adjudicateur à cette date ultime.

3.6. Il arrive que des candidats ou soumissionnaires ne remettent pas certains, voire même aucun, des documents et preuves requis par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier leurs aptitudes. En l'absence de tout document et preuve ou en l'absence d'un grand nombre d'entre eux, le pouvoir adjudicateur peut conclure à l'irrecevabilité des candidatures ou à l'irrégularité des offres ainsi présentées. Il est cependant plus fréquent que seul tel ou tel document et preuve ne soit pas remis ou soit ambigu ou incomplet. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre attitude en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité. Ce faisant, il s'imposera :

— pour ce qui concerne la capacité économique et financière, de vérifier si le candidat ou soumissionnaire a justifié qu'il n'était pas en mesure de présenter les références demandées pour prouver sa capacité et s'il demande de pouvoir prouver celle-ci par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur;

— voor wat de uitsluitingsredenen en de economische, financiële en technische draagkracht betreft, moeten onderzoeken of de reeds ingediende documenten een eerste positieve beoordeling van de kandidaten of inschrijvers mogelijk maken. Indien dat het geval is, zou de aanbestedende overheid, met het oog op het versterken van de mededinging, doch zonder bijkomende eisen te kunnen stellen ten opzichte van diegene die oorspronkelijk voorzien waren, de niet ingediende documenten en bewijsstukken kunnen vragen en de kandidaten of inschrijvers kunnen uitnodigen om deze die reeds in haar bezit zijn te vervolledigen of te verduidelijken. Het gaat om een aan de aanbestedende overheid geboden mogelijkheid waarvan zij naar eigen goeddunken gebruik maakt voor zover zij het gelijkheidsbeginsel in acht neemt. De aanwending van deze mogelijkheid geeft aan een kandidaat of inschrijver die niet behoorlijk bewezen heeft dat hij aan de voor de opdracht gestelde eisen voldoet, dus geen recht uitgenodigd te worden om zijn verzuim goed te maken.

4. Verschillende benadering van de kwalitatieve selectie van de inschrijvers of de kandidaten, al naar gelang de gunningsprocedure

Naargelang de procedure openbaar, beperkt of een onderhandelingsprocedure is, moet de kwalitatieve selectie verschillend benaderd worden.

4.1. Bij openbare procedure (openbare aanbesteding en algemene offerteaanvraag) moeten alle inschrijvers die aan de minimumvoorwaarden voor de kwalitatieve selectie voldoen, geselecteerd worden, zonder mogelijkheid voor de aanbestedende overheid hun aantal te verminderen.

4.2. Bij beperkte procedure (beperkte aanbesteding en beperkte offerteaanvraag) en bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de zin van de artikelen 17, § 3, en 39, § 1, van de wet, zijn de kandidaten die aan de door de kwalitatieve selectie bepaalde minimumvoorwaarden voldoen, niet automatisch geselecteerd. De aanbestedende overheid kan in dat geval immers het aantal kandidaten die zij selecteert, verminderen.

Om die vermindering door te voeren kan de aanbestedende overheid in de aankondiging het vooropgestelde aantal vermelden, en zelfs het minimum en maximum aantal kandidaten die zij overweegt uit te nodigen om een offerte in te dienen. Een van die twee vermeldingen moet trouwens voorzien worden in de aankondigingen voor de overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen en diensten in het klassieke stelsel, wanneer ze het voorwerp uitmaken van een aankondiging die onderworpen is aan de Europese bekendmaking (bijlage 3, C en D, en 4, C en D, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996). Indien de aanbestedende overheid het vooropgestelde aantal of het minimum en maximum aantal kandidaten die zij van plan is te selecteren niet aangegeven heeft, kan het aantal eveneens verminderd worden, onder voorbehoud van het voorgaande.

Zo bijvoorbeeld kan de aanbestedende overheid, wanneer achten-twintig kandidaten aan de gestelde voorwaarden voldoen, zij het in verschillende mate, beslissen dit aantal zodanig te verminderen dat de meest geschikte kandidaten overblijven, rekening houdend met de moeilijkheidsgraad van de betrokken opdracht en de mogelijkheden van de aanbestedende overheid om de offertes grondig te bestuderen. Daarbij moet voldoende mededinging gewaarborgd blijven.

Daar de aanbestedende overheid de mogelijkheid, en soms de verplichting heeft, zoals hierboven vermeld (voor de opdrachten voor aanneming van leveringen en de diensten A van het klassieke stelsel die op Europees niveau moeten worden bekendgemaakt), het maximum aantal of het minimum en maximum aantal kandidaten die zij overweegt te selecteren aan te kondigen, wordt in de voorschriften van het klassieke stelsel dit minimumcijfer op vijf bepaald in een beperkte procedure en op drie in een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de zin van artikel 17, § 3, van de wet. Dergelijk minimumcijfer wordt niet vastgesteld in het stelsel van de speciale sectoren, dat evenmin een minimum-maximum voorziet; er wordt aanbevolen zich te richten naar de minimumcijfers die van toepassing zijn in het klassieke stelsel.

4.3. Voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure (artikelen 17, § 2, en 39, § 2, van de wet), kan de kwalitatieve selectie geformaliseerd worden op grond van de voorziene regels, behalve voor de opdrachten die gewoon met een aangenomen factuur in de zin van de artikelen 122, 1° van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 110, § 1, 1° van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, gegund worden.

Er dient evenwel rekening gehouden te worden met de volgende nuances :

— de redenen voor uitsluiting zijn dezelfde voor alle procedures en kunnen dus eveneens worden toegepast bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

— de wet van 24 december 1993 legt, zo mogelijk, op dat meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners moeten geraadpleegd worden. Die verplichting moet op een redelijke wijze geïnterpreteerd worden en moet in verhouding staan tot het voorwerp en de omvang van de opdracht. De criteria voor de beoordeling van de financiële, economische en technische draagkracht zijn maar verplicht wanneer de aanbestedende overheid haar procedure van kwalitatieve selectie

— pour ce qui concerne les causes d'exclusion et la capacité économique, financière et technique, d'examiner si les documents déjà remis permettent de porter une première appréciation positive des candidats ou soumissionnaires. Si c'est le cas, le pouvoir adjudicateur pourrait, en vue de renforcer la concurrence, mais sans pouvoir fixer des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues, demander les documents et preuves non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession. Il s'agit d'une possibilité offerte au pouvoir adjudicateur, dont l'utilisation est laissée à sa discrétion, pour autant qu'il respecte le principe d'égalité. Le recours à cette faculté ne donne donc pas un droit à un candidat ou soumissionnaire n'ayant pas correctement prouvé qu'il satisfait aux exigences fixées pour le marché, d'être invité à corriger ses oublis.

4. Différence d'approche de la sélection qualitative des soumissionnaires ou des candidats selon la procédure de passation.

Selon que la procédure est ouverte, restreinte ou négociée, la sélection qualitative doit être envisagée différemment.

4.1. En procédure ouverte (adjudication publique et appel d'offres général), tous les soumissionnaires remplissant les conditions minimales prévues pour la sélection qualitative doivent être sélectionnés, sans qu'il soit possible pour le pouvoir adjudicateur d'en réduire le nombre.

4.2. En procédure restreinte (adjudication restreinte et appel d'offres restreint) et en procédure négociée avec publicité au sens des articles 17, § 3, et 39, § 1^{er}, de la loi, les candidats remplissant les conditions minimales prévues par la sélection qualitative ne sont pas automatiquement sélectionnés. En effet, le pouvoir adjudicateur peut dans ce cas réduire le nombre de candidats qu'il sélectionne.

Pour effectuer cette réduction, le pouvoir adjudicateur peut indiquer dans l'avis le nombre envisagé, voire le nombre minimum et maximum (fourchette) de candidats qu'il envisage d'inviter à remettre offre. Une de ces deux indications doit d'ailleurs être prévue dans les avis pour les marchés publics de fournitures et de services du régime classique, lorsqu'ils font l'objet d'un avis soumis à la publicité européenne (annexe 3, C et D, et 4, C et D, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996). Sous cette réserve, si le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué le nombre envisagé ou le nombre minimum et maximum (fourchette) de candidats qu'il compte sélectionner, une réduction du nombre peut être appliquée.

Ainsi, par exemple, si vingt-huit candidats remplissent mais à des degrés divers les conditions exigées, le pouvoir adjudicateur peut décider de réduire ce nombre de façon telle que soient retenus les candidats les plus aptes eu égard à la difficulté du marché considéré et aux ressources du pouvoir adjudicateur pour effectuer une étude approfondie des offres. Ce faisant, une concurrence suffisante doit rester assurée.

Le pouvoir adjudicateur ayant la faculté et parfois comme précisé ci-dessus l'obligation (pour les marchés de fournitures et de services A du régime classique à publier au niveau européen), d'indiquer dans l'avis le nombre maximum envisagé ou le nombre minimum et maximum (fourchette) de candidats qu'il envisage de sélectionner, les règles du régime classique fixent ce chiffre minimum à cinq en procédure restreinte et à trois en procédure négociée avec publicité au sens de l'article 17, § 3, de la loi. Un tel chiffre minimum n'est pas fixé dans le régime des secteurs spéciaux, lequel ne prévoit pas non plus de fourchette, mais il est recommandé de s'inspirer des chiffres minima applicables dans le régime classique.

4.3. Quant à la procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure (articles 17, § 2, et 39, § 2, de la loi), la sélection qualitative est susceptible d'être formalisée sur la base des règles prévues, sauf pour les marchés passés sur simple facture acceptée au sens des articles 122, 1°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 110, § 1^{er}, 1°, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

Il y a cependant lieu de tenir compte des nuances ci-après :

— les causes d'exclusion sont communes à toutes les procédures et peuvent donc également s'appliquer en procédure négociée sans publicité;

— la loi du 24 décembre 1993 impose, si possible, la consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services. Cette obligation doit s'interpréter de façon raisonnable et proportionnée selon l'objet et l'importance du marché. Quant aux critères permettant d'apprécier la capacité financière, économique et technique, ils ne s'imposent que si le pouvoir adjudicateur formalise sa procédure de sélection qualitative. Dans ce dernier cas, la sélection s'opérera, en

formaliseert. In dat laatste geval gebeurt de selectie, afhankelijk van de referenties en bewijsstukken die volgens de regelgeving kunnen geëist worden, hetzij op grond van een selectiedossier neergelegd door de geraadpleegde ondernemingen, hetzij op grond van de eisen vastgelegd in de uitnodiging tot het indienen van een offerte;

— wanneer de onderhandelingsprocedure niet geformaliseerd is, wordt verwacht dat de aanbestedende overheid de draagkracht van de ondernemingen die zij raadpleegt kent;

— wanneer de opdracht gewoon gegund wordt met een aangenomen factuur, is de aanwending van een geformaliseerde procedure van kwalitatieve selectie op zich uitgesloten.

II. Aanbevelingen voor de aanbestedende overheden

Rekening houdend met sommige praktijken die sedert de inwerking-treding van de nieuwe wetgeving door de Commissie voor de overheidsopdrachten werden vastgesteld, worden de volgende aanbevelingen geformuleerd.

1. Inzake de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

1.1. Algemeen genomen wordt de aanbestedende overheden aanbevolen

— niet globaal te verwijzen naar de artikelen van de koninklijke besluiten van 8 en 10 januari 1996 over de kwalitatieve selectie. De reglementaire bepalingen inzake de kwalitatieve selectie zijn immers opgesteld in algemene bewoordingen. Dat is het geval voor de artikelen 16 en volgende, 42 en volgende en 68 en volgende van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en duidelijker nog voor de artikelen 16 en volgende, 38 en volgende en 59 en volgende van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. De meeste van die bepalingen vormen als zodanig dus geen selectiecriteria en dienen dus, zoals duidelijk gemaakt in punt II. 2.1. hierna, uitdrukkelijk vermeld te worden in de aankondiging van opdracht om de ondernemingen in staat te stellen de gevraagde, nauwkeurige inlichtingen te verstrekken;

— in de aankondiging van opdracht alle gestelde eisen te vermelden. Deze vermelding is des te belangrijker daar deze aankondiging een oproep tot de kandidaten inhoudt voor een individuele opdracht of desgevallend, bij beperkte procedure en onderhandelingsprocedure met bekendmaking, voor het opmaken van een lijst van geselecteerde kandidaten. De eisen van de aanbestedende overheid inzake selectie moeten dus terug te vinden zijn in de aankondiging vermits de belangstellende ondernemingen hun kandidatuur binnen een soms vrij korte termijn moeten indienen.

De voorgaande modaliteiten zijn, voor de speciale sectoren, evenwel niet van toepassing op de aankondiging betreffende het bestaan van een kwalificatiestelsel in de zin van de artikelen 7, 29 en 50 en van de bijlage 4 bij het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Die aankondiging kan immers slechts het adres vermelden waar de voorschriften inzake het kwalificatiestelsel kunnen worden bekomen;

— enkel afdoende eisen te stellen. Zo bijvoorbeeld heeft het geen zin :

- voor de beoordeling van de economische en financiële draagkracht van een aannemer, alleen het voorleggen van een verbintenis tot het verlenen van een borgstelling door een kas van collectieve borgstelling toe te staan, wanneer de kandidaat of inschrijver aannemer verklaard is. Zelfs wanneer het verstrekken van dergelijk document in dit stadium geen hoofdzaak is voor dergelijke kas, kan men er toch vanuit gaan dat daardoor het vertrouwen in de economische en financiële draagkracht van een kandidaat of inschrijver tot uiting komt. In die zin kan het document een van de andere bewijskrachtige referenties zijn in de zin van de artikelen 18, 44 en 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, ter vervanging van een bankverklaring. Daartegenover staat dat die opgelegde eis, zonder andere toegestane bewijsmogelijkheid, ertoe leidt dat kandidaten of inschrijvers die geen lid zijn van dergelijke kas, niet kunnen deelnemen. Op dezelfde wijze zal die eis de vorming van de borgstelling volgens de wijzen uiteengezet in artikel 5 van de algemene aannemingsvoorwaarden in de weg staan;

- referenties te eisen die in wanverhouding staan tot het voorwerp en de moeilijkheidsgraad van de opdracht;

- referenties te eisen die enkel betrekking hebben op de overheidssector of op een bepaalde agglomeratie, op verrichtingen ten bate van gemeenten of van die of die intercommunales, of referenties in een bepaald aardrijkskundig gebied of die verband houden met verrichtingen uitgevoerd volgens een bepaald type-bestek;

- ISO EN - certificaties of gelijkaardige certificaties te vragen, behalve wanneer de noodwendigheden en de kenmerken van de opdracht dit vereisen;

- te bepalen dat, op straffe van uitsluiting, de kandidaat of inschrijver niet in een geschil met de aanbestedende overheid mag verwickeld zijn, behalve wanneer dat geschil voortvloeit uit een feit dat het de aanbestedende overheid mogelijk maakt de uitsluiting van de kandidaat of inschrijver te verantwoorden;

fonction des références et preuves qui peuvent être exigées selon la réglementation, soit sur la base d'un dossier de sélection déposé par les entreprises consultées, soit sur la base des exigences fixées dans l'invitation à présenter une offre;

— si la procédure négociée n'est pas formalisée, l'on s'attend à ce que le pouvoir adjudicateur connaisse les aptitudes des entreprises qu'il consulte;

— si le marché est passé sur simple facture acceptée, la mise en oeuvre d'une procédure de sélection qualitative formalisée est en soi exclue.

II. Recommandations aux pouvoirs adjudicateurs

Tenant compte de certaines pratiques constatées par la Commission des marchés publics depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, les recommandations suivantes sont formulées.

1. En ce qui concerne les marchés publics de travaux, de fournitures et de services

1.1. De façon générale, il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs :

— de ne pas se référer globalement aux articles des arrêtés royaux des 8 et 10 janvier 1996 traitant de la sélection qualitative. Les dispositions réglementaires traitant de la sélection qualitative sont en effet libellées en termes généraux. C'est le cas pour les articles 16 et sv., 42 et sv. et 68 et sv. de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et plus nettement encore pour les articles 16 et sv., 38 et sv. et 59 et sv. de l'arrêté royal du 10 janvier 1996. La plupart de ces dispositions ne sont donc pas susceptibles de constituer comme telles des critères de sélection et doivent donc, comme spécifié au point II. 2.1. ci-après, être explicitées afin de permettre aux entreprises de fournir les informations précises demandées;

— de mentionner dans l'avis de marché toutes les exigences requises. Cette précision est d'autant plus importante que cet avis constitue un appel aux candidatures pour un marché individuel ou, le cas échéant, en procédure restreinte et en procédure négociée avec publicité, en vue de l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés. Les exigences du pouvoir adjudicateur en matière de sélection doivent donc se trouver dans l'avis car les entreprises intéressées doivent présenter leur candidature dans un délai qui est parfois assez bref.

Les modalités qui précèdent ne s'appliquent cependant pas, dans les secteurs spéciaux, à l'avis concernant l'existence d'un système de qualification au sens des articles 7, 29 et 50 et de l'annexe 4 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996. En effet, cet avis peut n'indiquer que l'adresse à laquelle les règles concernant le système de qualification peuvent être obtenues;

— de ne prévoir que des exigences pertinentes. Il n'est par exemple pas pertinent :

- de ne permettre, pour apprécier la capacité économique et financière d'un entrepreneur, que la présentation d'un engagement d'une caisse de cautionnement collectif d'octroyer le cautionnement si le candidat ou soumissionnaire est déclaré adjudicataire. Même si la délivrance d'un tel document à ce stade n'entre pas dans l'objet essentiel d'une telle caisse, on peut considérer qu'elle traduit une confiance dans la capacité économique et financière d'un candidat ou soumissionnaire. En ce sens, ce document peut constituer une des autres références probantes au sens des articles 18, 44 et 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, pouvant se substituer à une déclaration bancaire. Par contre, cette exigence imposée sans que soit permise une autre possibilité de preuve conduit à empêcher la participation de candidats ou soumissionnaires non affiliés à une telle caisse. De même, elle ne permettra pas la constitution du cautionnement selon un des modes spécifiés à l'article 5 du cahier général des charges;

- d'exiger des références disproportionnées par rapport à l'objet et à la difficulté du marché;

- d'exiger des références se rapportant uniquement au secteur public ou à une agglomération déterminée, à des prestations au profit de communes ou de telles ou telles intercommunales, ou des références dans un ressort géographique déterminé ou se rapportant à des prestations exécutées selon un cahier des charges-type déterminé;

- de demander des certifications ISO EN ou similaires, sauf si les nécessités et les caractéristiques du marché l'exigent;

- de prévoir, sous peine d'exclusion que le candidat ou soumissionnaire ne soit pas en litige avec le pouvoir adjudicateur, sauf si ce litige résulte d'un fait permettant au pouvoir adjudicateur de justifier l'exclusion du candidat ou soumissionnaire;

- in het stadium van de kandidatuurstelling bij beperkte procedure of onderhandelingsprocedure met bekendmaking, monsters te eisen die reeds een voorstelling zijn van een prototype van het product dat het voorwerp uitmaakt van de opdracht, behalve wanneer het gaat om producten van gewone makelij;

- om een keuze te maken tussen de kandidaten, een criterium te vermelden zoals de evenredige verhouding die verkregen wordt door de omzet van de onderneming te delen door het aantal personen die zij tewerkstelt; die evenredige verhouding wordt hier enkel gezien ten opzichte van een gemiddelde van de kandidaatondernemingen of de inschrijvende ondernemingen voor een gegeven opdracht en leidt er dus niet noodzakelijkerwijs toe te kunnen bepalen waardoor een onderneming minder waard is dan haar mededingers. Bovendien kan een dergelijk criterium niet beschouwd worden als voorafgaand bepaald terwijl haar toepassing niet enkel afhangt van de kenmerken eigen aan dergelijke kandidaat, maar ook van onbekende variabelen zoals het aantal concurrenten die voldoen aan de minimale vereisten en net als hun eigen evenredige verhoudingen;

— niet systematisch documenten en attesten te vragen wanneer andere daarvoor kunnen dienen. Dat is zeer in het bijzonder het geval voor de opdrachten voor aanneming van werken, rekening houdend met de voor de erkenning van de aannemers gevraagde documenten. Deze aanbeveling geldt vooral voor de getuigschriften van goed zedelijk gedrag bestemd voor een bestuur en verstrekt door het gemeentebestuur, en voor de getuigschriften van niet-faillissement of gelijkaardige toestand, uitgaande van de griffie van de handelsrecht-bank of van een bevoegde overheid in een andere Staat;

— toe te staan dat voor elke opdracht van een bepaalde aanbestedende overheid, een onderneming verwijst naar de terzake doende en recente referenties die vroeger reeds overgemaakt werden en die ze indien nodig bijwerkt. Zo niet zou het kunnen dat een onderneming die vaak deelneemt aan gunningsprocedures van een bepaalde aanbestedende overheid, systematisch dezelfde referenties en documenten moet opsturen voor dezelfde soorten te sluiten opdrachten.

De aanbestedende overheid zou eveneens een verklaring op ere-woord van de kandidaat of de inschrijver kunnen eisen op het ogenblik van de kandidatuurstelling of het indienen van de offerte, al naargelang de gebruikte procedure. Een inschrijver of kandidaat die zich in ernstige mate schuldig maakt aan het afleggen van valse verklaringen, kan immers uitgesloten worden van deelneming aan de opdracht. Met die verklaring zou de inschrijver of kandidaat bevestigen zich niet in een persoonlijke toestand te bevinden die aanleiding zou kunnen geven tot zijn uitsluiting van deelneming aan de opdracht. Met die mogelijkheid om te vermelden welke inlichtingen en documenten zij in dat verband over de eigen toestand van de kandidaat of inschrijver wenst te bekomen - wat door de regelgeving toegestaan is -, zou de aanbestedende overheid dan kunnen overgaan tot het vereiste nazicht van enkel de inschrijvers die in aanmerking komen voor de gunning of het sluiten van de opdracht, door hun te vragen de vereiste documenten en bewijsstukken te bezorgen, vooraleer welke beslissing ook genomen wordt over de gunning of het sluiten. Wanneer als hulp bij het nemen van de beslissing gebruik gemaakt wordt van wiskundige modellen die steunen op berekeningen die rekening houden met het aantal geselecteerde kandidaten, zou dergelijke oplossing evenwel kunnen leiden tot een verplichte herziening van het hele dossier van gunning van de opdracht, wanneer zou blijken dat een inschrijver moet uitgesloten worden op het einde van de procedure.

Daarentegen is het redelijk in de aankondiging van opdracht te eisen dat de onderneming het bewijs levert dat zij haar verplichtingen inzake belastingen en heffingen nagekomen is, door het voorleggen van een recent attest van de directe belastingen (model 276 C2) en een afschrift van de laatste afrekening, of van een door het bevoegde kantoor voor de B.T.W.-ontvangsten verstrekte verklaring, of van evenwaardige bewijsstukken in een andere Staat. Hetzelfde geldt voor de sociale zekerheid; daar moet, zo nodig, een nieuw bewijs bijgevoegd worden aan de offerte of voorgelegd vóór de opening der offertes;

— enkel documenten en attesten te eisen die bruikbaar zijn voor de selectie van de kandidaten of inschrijvers. Zo moet een aanbestedende overheid, in de veronderstelling dat zij balansen, uittreksels van balansen of jaarrekeningen vraagt, in staat zijn daar een beoordeling ten opzichte van de opgelegde eisen uit af te leiden, vermits haar beslissing tot selectie of niet-selectie formeel gemotiveerd moet zijn;

— na te gaan, wanneer bepaalde documenten en getuigschriften niet werden ingediend, of deze indiening werd opgelegd op straffe van nietigheid;

— te bepalen of de documenten of een gedeelte ervan, originelen moeten zijn of dat een eenvoudig afschrift aanvaardbaar is, hetgeen een ander aspect is dat het formalisme kan doen afnemen. De door de daartoe gemachtigde overheid voor eensluidend gewaarmerkte afschriften zijn gelijkgesteld met originelen.

- d'exiger, au stade de la candidature en procédure restreinte ou en procédure négociée avec publicité, la production d'échantillons consistant déjà en la présentation d'un prototype du produit faisant l'objet du marché, sauf s'il s'agit de produits de fabrication courante;

- de préciser, pour départager les candidats, un critère tel que le ratio obtenu en divisant le chiffre d'affaires du candidat par le nombre de personnes qu'il emploie, ratio ici envisagé uniquement par rapport à une moyenne des entreprises candidates ou soumissionnaires dans un marché déterminé, qui ne permet donc pas nécessairement d'apprécier en quoi une entreprise est moins valable que ses concurrents. En outre, un tel critère ne peut être considéré comme étant préalablement défini dès lors que sa mise en oeuvre dépend non seulement des caractéristiques propres à tel candidat mais aussi de variables inconnues telles que le nombre de concurrents satisfaisant aux conditions minimales ainsi que leurs propres ratios;

— de ne pas réclamer systématiquement des documents et attestations lorsqu'ils font double emploi avec d'autres. C'est tout particulièrement le cas pour les marchés de travaux, compte tenu des documents exigés pour l'agrément des entrepreneurs. Cette recommandation vaut spécialement pour les certificats de bonne conduite, vie et moeurs destinés à une administration et délivrés par l'administration communale ainsi que pour les attestations de non-faillite ou de situation analogue émanant du greffe du tribunal de commerce ou d'une autorité compétente dans un autre Etat;

— de permettre que pour chaque marché d'un pouvoir adjudicateur déterminé, une entreprise renvoie aux références pertinentes et récentes déjà transmises précédemment, en les actualisant si besoin est. A défaut, une entreprise participant fréquemment à des procédures de passation d'un pouvoir adjudicateur déterminé, risque de devoir lui envoyer systématiquement les mêmes références et documents pour les mêmes types de marchés à conclure.

Le pouvoir adjudicateur pourrait également exiger une déclaration sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire lors de la remise de la candidature ou de l'offre, selon le type de procédure utilisé. En effet, un soumissionnaire ou candidat se rendant gravement coupable d'une fausse déclaration peut être exclu de la participation au marché. Par cette déclaration, le soumissionnaire ou candidat confirmerait ne pas se trouver dans une situation personnelle permettant son exclusion de la participation au marché. Tout en ayant la possibilité de préciser quels renseignements et documents il entend obtenir à propos de la situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire - ce que permet la réglementation - le pouvoir adjudicateur pourrait ainsi procéder aux vérifications requises à l'égard des seuls soumissionnaires restant en lice pour l'attribution ou la conclusion du marché en leur demandant de fournir les documents et preuves réclamés, et ce avant toute décision sur l'attribution ou la conclusion. En cas d'utilisation de modèles mathématiques d'aide à la décision fondés sur des calculs tenant compte du nombre de candidats sélectionnés, une telle solution pourrait cependant conduire à l'obligation de revoir l'ensemble du dossier d'attribution de marché s'il devait apparaître qu'un soumissionnaire doit être exclu en fin de procédure.

Par contre, il est raisonnable d'exiger dans l'avis de marché que l'entreprise apporte la preuve du respect de ses obligations en matière d'impôts et taxes, par la présentation d'une attestation récente des contributions directes (modèle 276 C2) et d'une copie du dernier extrait de compte ou d'un certificat délivré par le bureau compétent de recette de la TVA, ou de preuves équivalentes dans un autre Etat. Il en va de même en matière de sécurité sociale, un nouveau certificat devant, le cas échéant, être joint à l'offre ou produit avant l'ouverture des offres;

— de n'exiger que des documents et attestations qu'ils sont en mesure d'exploiter pour opérer la sélection des candidats ou soumissionnaires. Ainsi, dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur demande des bilans, des extraits de bilans ou des comptes annuels, il doit être en mesure d'en tirer une appréciation eu égard aux exigences imposées, car sa décision de sélection ou de non-sélection devra être formellement motivée;

— de vérifier, lorsque certains documents et attestations n'ont pas été remis, si cette exigence a été ou non prescrite à peine de nullité;

— de déterminer si les documents, ou partie d'entre eux, doivent être des originaux ou si des copies simples sont acceptables, ce qui est un autre aspect susceptible de réduire le formalisme. Quant aux copies certifiées conformes par l'autorité habilitée pour ce faire, elles sont assimilées à des originaux.

1.2. De bankverklaring

Onder de referenties die de financiële en economische draagkracht van een onderneming kunnen rechtvaardigen bevindt zich het afleggen van gepaste bankverklaringen. Vaak gaan de voorgelegde bankverklaringen immers niet verder dan eenvoudige verklaringen over de bekendheid : die bank erkent dat die onderneming haar bekend is en een rekening bij haar heeft.

Het Verslag aan de Koning benadrukt evenwel het feit dat de aanbestedende overheid, wanneer zij dat nuttig of nodig acht om de draagkracht van de onderneming te beoordelen, kan eisen dat die verklaring gepast is, wat wil zeggen dat het document dan duidelijk een bepaalde toestand moet vaststellen ten opzichte van de bijzondere eisen van de opdracht, en op zijn minst een omstandige verklaring van de bank moet bevatten.

In dat verband kan een document aanvaard worden dat als volgt opgesteld wordt :

« Met betrekking tot :

Overheidsopdracht n°..., gepubliceerd in..., op datum van...

Hierbij bevestigen wij U dat de (naam vennootschap) onze cliënt is sinds (datum).

Wat betreft de financiële relatie bank-client

De financiële relaties die wij onderhouden met (naam vennootschap) hebben tot op heden, (datum), beantwoord aan onze verwachtingen.

Op basis van de gegevens waarover onze bank vandaag beschikt hebben wij geen ongunstige elementen vastgesteld en de (naam vennootschap) heeft tot op heden, voor zover wij kunnen nagaan en met betrekking tot de ons gekende contracten en projecten, de financiële capaciteit gehad om de contracten of projecten uit te voeren die haar werden toegewezen.

De (naam vennootschap) geniet ons vertrouwen en

ofwel : onze bank stelt op dit ogenblik volgende kredietlijnen ter beschikking van deze vennootschap (alleen vermelden met de voorafgaandelijke schriftelijke toestemming van de klant) :...

ofwel : onze bank stelt op dit ogenblik kredietlijnen ter beschikking van de vennootschap.

ofwel : onze bank is bereid eventuele kredietaanvragen of een aanvraag voor borgstelling met het oog op de uitvoering van de opdracht te onderzoeken.

ofwel : (geen van de drie voorafgaande verklaringen).

Deze verklaring houdt geen verbintenis in van onzentwege voor de toekomst en onze bank neemt dienaangaande geen enkele verantwoordelijkheid.

Wat betreft de notoriëteit van de cliënt

De (naam vennootschap) bekleedt een belangrijke plaats (ofwel : is actief) in de sector van (...). Tot op heden en voor zover we konden nagaan heeft ze een uitstekende (ofwel : goede) technische reputatie en is gebleken dat ze werd geleid door bekwame en achtbare personen. De bank kan niet verantwoordelijk worden gesteld voor de juistheid en de volledigheid van haar verschaft informatie.

De feiten die in de toekomst deze verklaring zouden beïnvloeden kunnen U niet automatisch worden medegedeeld.

Opgemaakt te (plaats), op (datum),
(handtekeningen) »

Volgens de omstandigheden kunnen door de aanbestedende overheid andere eisen gesteld worden.

1.3. Tijdelijke vereniging en selectie.

Voor de kandidatuurstellingen of offertes ingediend door tijdelijke verenigingen moet uiteraard voor elke deelgenoot afzonderlijk nagegaan worden of hij zich niet in een toestand van uitsluiting bevindt. De uitsluiting van een van de deelgenoten maakt de kandidatuurstelling of de offerte van de vereniging dientengevolge waardeloos. Nochtans dient vermeld te worden dat de eisen inzake economische, financiële en technische draagkracht door een, door meerdere of door alle deelgenoten kunnen vervuld worden. Inzake werken, bepaalt artikel 11 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken immers dat het dergelijke verenigingen toegestaan is de werken uit te voeren voor zover minstens één van de deelgenoten voldoet aan de gestelde eisen al naar gelang de klasse, categorie of sub-categorie van erkenning. De andere deelgenoten moeten, naast ingeschreven zijn in het handels- of beroepsregister, voldoen aan de eisen die nodig zijn om te kunnen besluiten tot het niet-bestaan van een toestand van uitsluiting (afwezigheid van faillissement, van veroordeling wegens een misdrijf dat de beroepsmoraal aantast, betaling van de sociale en fiscale schulden...).

1.2. L'attestation bancaire

Parmi les références permettant de justifier la capacité financière et économique d'une entreprise figure la remise de déclarations bancaires appropriées. Souvent en effet, les déclarations bancaires présentées sont de simples déclarations de notoriété, telle banque reconnaissant par là que telle entreprise lui est connue et détient un compte chez elle.

Le Rapport au Roi insiste cependant sur le fait que le pouvoir adjudicateur peut, s'il l'estime utile ou nécessaire pour apprécier la capacité de l'entreprise, exiger que la déclaration soit appropriée, ce qui signifie que le document doit alors constater clairement une situation déterminée, eu égard aux exigences particulières du marché, et contenir à tout le moins une déclaration circonstanciée de la banque.

Sur ce point, peut être accepté un document établi comme suit :

« Concerne :

Marché public n°..., publié dans..., en date du...

Nous confirmons par la présente que (nom de la société) est notre client(e) depuis le (date).

Relation financière banque-client

Les relations financières que nous entretenons avec (nom de la société) nous ont jusqu'à ce jour (date) donné entière satisfaction.

Sur la base des données dont notre banque dispose actuellement, nous n'avons eu à constater aucun élément négatif et (nom de la société) a disposé jusqu'à présent, pour autant que nous ayons pu nous en assurer et en ce qui concerne les contrats et projets dont nous avons connaissance, de la capacité financière lui permettant de mener à bien les contrats et projets qui lui ont été confiés.

(nom de la société) jouit de notre confiance et

soit : notre banque met actuellement à la disposition de cette société les lignes de crédit suivantes (à ne mentionner qu'avec l'accord écrit préalable du client) :...

soit : notre banque met actuellement des lignes de crédit à la disposition de la société.

et/ou : notre banque est disposée à examiner d'éventuelles demandes de crédit ou une demande de cautionnement en vue de l'exécution du marché.

soit : (aucune des trois déclarations susmentionnées) .

Cette déclaration n'implique aucun engagement de notre part pour l'avenir et notre banque n'assume aucune responsabilité à ce propos.

Notoriété du client

(nom de la société) occupe une place importante (ou : exerce ses activités) dans le secteur de (...). Jusqu'ici et pour autant que nous ayons pu nous en assurer, cette société bénéficie d'une excellente (ou : bonne) réputation technique et est dirigée par des personnes compétentes et fiables. La banque ne peut pas être tenue pour responsable du caractère éventuellement inexact ou incomplet des informations qui lui ont été fournies.

Les faits qui pourraient, dans l'avenir, influencer cette déclaration ne pourront pas vous être communiqués automatiquement.

Fait à (lieu), le (date),
(signatures) »

Selon les circonstances, d'autres exigences peuvent être requises par le pouvoir adjudicateur.

1.3. Association momentanée et sélection.

Des candidatures ou des offres pouvant être présentées par des associations momentanées, il est évident que l'absence de situation d'exclusion doit se vérifier dans le chef de chacun des associés. L'exclusion d'un associé vicié dès lors la candidature ou l'offre de l'association. Cependant, il convient de préciser que les exigences en matière de capacité économique, financière et technique peuvent être remplies par un, par plusieurs ou par l'ensemble des associés. Rappelons qu'en matière de travaux, l'article 11 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, prévoit que de telles associations sont admises à exécuter des travaux pour autant qu'un des associés au moins satisfasse aux exigences requises en fonction de la classe, de la catégorie ou sous-catégorie d'agrégation. Les autres associés doivent, quant à eux, outre être inscrits au registre de commerce ou professionnel, répondre aux exigences permettant de conclure à l'absence de situation d'exclusion (absence de faillite, absence de condamnation pour un délit affectant la moralité professionnelle, paiement des dettes sociales et fiscales...).

2. Inzake de overheidsopdrachten voor aanneming van werken

2.1. De bepalingen gewijd aan de kwalitatieve selectie in de koninklijke besluiten van 8 en 10 januari 1996 gelden « onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van de aannemers van werken » (artikelen 17 tot 20 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 17 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996). Zoals in het Verslag aan de Koning dat de twee koninklijke besluiten voorafgaat benadrukt wordt, legt de erkenning van de aannemers van werken de minimale voorschriften inzake financiële, economische en technische draagkracht vast; zij kunnen door de aanbestedende overheid aangevuld worden volgens de specificiteiten van de opdracht, en in de speciale sectoren volgens de specificaties van haar eventuele kwalificatiestelsel (artikel 7 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996).

Het bezit van een erkenningsgetuigschrift houdt dus een vermoeden van niet-uitsluiting, en algemener, van economische, financiële en technische draagkracht van de aannemer in.

Nochtans, zoals de Raad van State verduidelijkt heeft (RvS, arrest nr. 31.908 van 13 juni 1986), verbindt geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling het behoud van de erkenning (en eveneens van de registratie) aan een onweerlegbaar vermoeden van bekwaamheid om de betrokken werken uit te voeren, en een vermoeden van kredietwaardigheid van de aannemer. Een aanbestedende overheid kan het vermoeden omkeren en is er dus niet toe verplicht de intrekking van de erkenning en de inschrijving van een aannemer uit te lokken voordat zijn offerte werd afgewezen om redenen die verband houden met de vereiste draagkracht en zijn kredietwaardigheid.

In de mate dat de aanbestedende overheid verder wenst te gaan dan de erkenningseisen, moet zij bijkomende eisen opleggen en de gepaste documenten vragen. Bij beperkte procedure of onderhandelingsprocedure met bekendmaking zijn het noodzakelijkerwijs die bijkomende eisen die het zullen mogelijk maken het aantal kandidaten te verminderen en slechts diegenen te behouden die het meest geschikt geoordeeld worden om de opdracht uit te voeren. Daarbij zal de aanbestedende overheid er moeten op toezien dat geen bekwaamheidsniveau vastgelegd worden die, rekening houdend met de omvang en de moeilijkheidsgraad van de werken, de verplichtingen verbonden aan de omgeving waarin de prestaties zullen moeten worden uitgevoerd..., niet op redelijke wijze kunnen gerechtvaardigd worden. Zo is het bijvoorbeeld redelijk dat, wanneer het gaat om werken die moeten uitgevoerd worden op een luchthavenbaan of in een belangrijke voetgangerswinkelizeone van een stad, de aanbestedende overheid de aannemers uitnodigt het bewijs te leveren van specifieke bekwaamheden, zelfs wanneer het bedrag van de opdracht niet erg hoog is.

Wanneer de aanbestedende overheid daarentegen onterecht hoge eisenniveaus vastlegt, riskeert zij de mededinging af te sluiten, met name in de laagste erkenningsklassen, voor kleine en middelgrote ondernemingen die nochtans over voldoende draagkracht beschikken om de opdracht uit te voeren.

2.2. De wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken voorziet drie bewijsmogelijkheden van de draagkracht van de aannemers. Een aannemer, Belg of buitenlander, die zich kandidaat wenst te stellen of die een offerte wenst in te dienen voor werken die in het erkenningsgebied vallen, moet aan de aanbestedende overheid immers het volgende voorleggen :

- ofwel het bewijs van zijn erkenning in overeenstemming met de klasse en de categorie of sub-categorie van de betrokken werken;
- ofwel het bewijs van zijn inschrijving op een officiële lijst van aannemers erkend in een andere Staat, evenals de eventuele aanvullende documenten; die documenten dienen door de aanbestedende overheid aan de Erkenningscommissie overgemaakt te worden;
- ofwel een dossier waaruit blijkt dat de aannemer voldoet aan de in aanmerking te nemen eisen van de klasse en de categorie of sub-categorie van de erkenning. Dit dossier, voor elke opdracht afzonderlijk ingediend, moet eveneens door de aanbestedende overheid aan de Erkenningscommissie overgemaakt worden.

Ondanks het bestaan van die drie bewijsmiddelen, voorzien bij de wet van 20 maart 1991, wordt vastgesteld dat in sommige aankondigingen van opdracht, vanaf de fase van de kwalitatieve selectie, een eigenlijk erkenningsgetuigschrift geëist wordt. Rekening houdend met de voorgaande bemerkingen, moet de tekst van de aankondiging van opdracht zodanig opgesteld zijn dat die drie modaliteiten erin vervat zijn, zoals bijvoorbeeld « voldoen aan de voorwaarden tot erkenning in klasse 6, categorie D ».

2.3. Inzake voor te leggen documenten, zoals vermeld in punt II. 1.1., wordt eveneens aanbevolen overlappingsen te vermijden ten opzichte van wat op het vlak van de erkenning reeds geëist wordt van een aannemer.

Zo betekent het verlenen van een erkenning het overmaken van veelvuldige documenten zoals bijvoorbeeld :

- voor het strafregister, een nationaliteitsbewijs en een getuigschrift van goed zedelijk gedrag, bestemd voor een bestuur en afgegeven door het gemeentebestuur (voor de bestuurder of de zaakvoerder wanneer het om kapitaalvennootschappen gaat, voor elke vennoot wanneer het

2. En ce qui concerne les marchés publics de travaux

2.1. Les dispositions consacrées à la sélection qualitative dans les arrêtés royaux des 8 et 10 janvier 1996 sont prévues « sans préjudice des dispositions relatives à l'agrément d'entrepreneurs de travaux » (articles 17 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 17 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996). Comme le souligne le Rapport au Roi précédant les deux arrêtés royaux, l'agrément d'entrepreneurs de travaux établit les règles minimales en matière de capacité financière, économique et technique, lesquelles peuvent être complétées par le pouvoir adjudicateur selon les spécificités du marché et, dans les secteurs spéciaux, selon les spécifications de son éventuel système de qualification (article 7 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996).

La détention d'un certificat d'agrément constitue dès lors une présomption de non-exclusion et, plus généralement, de capacité économique, financière et technique de l'entrepreneur.

Cependant, comme l'a précisé le Conseil d'Etat (CE, arrêt n° 31.908 du 13 juin 1986), aucune disposition légale ou réglementaire n'attache au maintien de l'agrément (et également de l'enregistrement) une présomption irréfragable d'aptitude à exécuter les travaux considérés et une présomption de solvabilité de l'entrepreneur. Un pouvoir adjudicateur peut renverser la présomption et n'est donc pas tenu de provoquer le retrait de l'agrément et de l'enregistrement d'un entrepreneur avant d'écarter son offre pour des raisons liées aux aptitudes requises et à sa solvabilité.

Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur souhaite aller au-delà des exigences de l'agrément, il doit alors imposer des exigences supplémentaires et réclamer des documents appropriés. En procédure restreinte ou en procédure négociée avec publicité, ce sont nécessairement ces exigences supplémentaires qui permettront de réduire le nombre de candidats et de ne retenir que ceux jugés les plus aptes à exécuter le marché. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur devra veiller à ne pas fixer des niveaux de capacité non raisonnablement justifiables eu égard à l'importance et au degré de difficulté des travaux, à des contraintes liées au milieu dans lequel les prestations devront être exécutées... Ainsi, par exemple, s'il s'agit de travaux à exécuter sur la piste d'un aéroport ou dans une importante artère commerçante piétonnière d'une ville, il est raisonnable que le pouvoir adjudicateur invite les entrepreneurs à prouver des niveaux spécifiques de capacité, même si le marché n'est pas d'un montant très élevé.

En revanche, si le pouvoir adjudicateur fixe indûment des niveaux élevés d'exigence, il risque de fermer la concurrence, notamment dans les classes d'agrément les plus basses, à des entreprises petites et moyennes ayant cependant une capacité suffisante pour exécuter le marché.

2.2. La loi du 20 mars 1991 relative à l'agrément d'entrepreneurs de travaux prévoit trois modes possibles de preuve de la capacité des entrepreneurs. Qu'il soit belge ou étranger, un entrepreneur qui souhaite poser sa candidature ou remettre offre pour des travaux entrant dans le champ de l'agrément doit en effet présenter au pouvoir adjudicateur :

- soit la preuve de son agrément correspondant à la classe et à la catégorie ou sous-catégorie des travaux concernés;
- soit la preuve de son inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre Etat, ainsi que les documents complémentaires éventuels; ces documents doivent être transmis par le pouvoir adjudicateur à la Commission d'agrément;
- soit un dossier dont il ressort que l'entrepreneur satisfait aux exigences de la classe et de la catégorie ou sous-catégorie d'agrément à prendre en considération. Ce dossier, introduit marché par marché, doit également être transmis par le pouvoir adjudicateur à la Commission d'agrément.

Malgré l'existence de ces modalités de preuve prévues par la loi du 20 mars 1991, on constate que certains avis de marchés exigent, dès la phase de sélection qualitative, la remise d'un certificat d'agrément proprement dit. Au vu des observations qui précèdent, le texte des avis de marchés doit être rédigé de façon telle qu'il couvre ces trois modalités, comme par exemple « satisfaire aux exigences de l'agrément en classe 6, catégorie D ».

2.3. En matière de documents à présenter, comme indiqué au point II. 1.1., il est également recommandé d'éviter des doubles emplois par rapport aux exigences déjà requises d'un entrepreneur sur le plan de l'agrément.

Ainsi, l'octroi d'une agrément implique la remise de nombreux documents, comme par exemple :

- pour ce qui concerne le casier judiciaire, un certificat de nationalité et de bonne conduite, vie et moeurs destiné à une administration et délivré par l'administration communale (pour l'administrateur ou le gérant s'il s'agit de sociétés à capitaux, pour chaque associé s'il s'agit de

om personenvennootschappen gaat, voor de aannemer wanneer het om een individuele onderneming gaat);

— een volledig afschrift van de inschrijving in het nationaal handels- of ambachtsregister;

— een getuigschrift van de griffie van de handelsrechtbank dat bevestigt dat er geen faillissement of akkoord bestaat;

— het bewijs van registratie als aannemer.

Voor de beoordeling van de volledige lijst van de gevraagde documenten wordt verwezen naar het ministerieel besluit van 27 september 1991 betreffende de bij de aanvragen voor een erkenning, een voorlopige erkenning, een overdracht van erkenning of bij de beoordeling van de bewijzen vereist met toepassing van artikel 3, § 1, 2° van de wet van 20 maart 1991, houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken (*Belgisch Staatsblad* van 18 oktober 1991), voor te leggen documenten.

2.4. In het stadium van de selectie kan de registratie van de aannemers een van de middelen uitmaken die het bewijs leveren van de naleving van de sociale en fiscale verplichtingen (zie punt II. 1.1.). Nochtans moet een onderneming, op het ogenblik dat zij zich kandidaat stelt of een offerte indient, andere aannemelijke bewijzen van naleving van haar sociale en fiscale verplichtingen kunnen leveren dan een getuigschrift van registratie. Er moet immers pas aan de bepalingen van de wetgeving inzake de registratie voldaan zijn op het ogenblik van de gunning van de opdracht, overeenkomstig de artikelen 90, § 7, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en 78, § 7, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

Mijn Diensten (Kanselarij, afdeling overheidsopdrachten, tel. 02/501.02.11, fax 02/513.08.73) staan ter beschikking van de aanbestedende overheden voor alle bijkomende inlichtingen.

De Eerste Minister,
J.-L. Dehaene.

sociétés de personnes, pour l'entrepreneur s'il s'agit d'une entreprise individuelle);

— une copie complète de l'inscription au registre national de commerce ou de l'artisanat;

— un certificat du greffe du tribunal de commerce attestant l'absence de faillite ou de concordat;

— la preuve de l'enregistrement comme entrepreneur.

Afin d'apprécier la liste complète des documents demandés, il est renvoyé à l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 relatif aux documents à produire lors des demandes d'agrément, d'agrément provisoire, de transfert d'agrément ou de l'appréciation des preuves requises en application de l'article 3, § 1^{er}, 2°, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux (*Moniteur belge* du 18 octobre 1991).

2.4. Au stade de la sélection, l'enregistrement des entrepreneurs peut constituer un des modes de preuve du respect des obligations en matière sociale et fiscale (voir le point II. 1.1.). Cependant, une entreprise doit pouvoir, au moment du dépôt de sa candidature ou de son offre, fournir d'autres preuves admissibles du respect de ses obligations sociales et fiscales que la remise d'un certificat d'enregistrement. Il ne doit en effet être satisfait aux dispositions de la législation relative à l'enregistrement qu'au moment de l'attribution du marché, conformément à l'article 90, § 7, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 78, § 7, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

Mes Services (Chancellerie, section des marchés publics, tél. 02/501.02.11, fax. 02/513.08.73) sont à la disposition des pouvoirs adjudicateurs pour toute information complémentaire.

Le Premier Ministre,
J.-L. Dehaene.

MINISTERIE VAN JUSTITIE

[98/09118]

Rechterlijke Orde

Bekendmaking van de voordrachten van het hof van beroep te Brussel en van de provincieraad van Vlaams-Brabant tot twee plaatsen van raadsheer vakant in het hof van beroep te Brussel

Eerste plaats :

Kandidaten voorgedragen, in dezelfde orde, door het hof van beroep en door de provincieraad :

Eerste kandidaat :

de heer Boon, J., beslagrechter in de rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

Tweede kandidaat :

de heer Raes, S., rechter in de rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

Tweede plaats :

Kandidaten voorgedragen, in dezelfde orde, door het hof van beroep en door de provincieraad :

Eerste kandidaat :

de heer Senaev, P., advocaat, plaatsvervangend rechter in het vredegerecht van het eerste kanton Leuven.

Tweede kandidaat :

de heer Claeys Bouúaert, Ph., jeugdrechter in de rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

[98/09117]

Notariaat

Bekendmaking van een openstaande plaats :

— notaris ter standplaats Vilvorde : 1.

De kandidaturen voor een benoeming tot notaris moeten bij een ter post aangetekend schrijven worden gericht aan de heer Minister van Justitie, Directoraat-Generaal, Rechterlijke Organisatie, Dienst Personeelszaken, 3/P/R.O. I., Waterloolaan 115, 1000 Brussel, binnen een termijn van één maand na de bekendmaking van de vacature in het *Belgisch Staatsblad*.

Voor elke kandidatuur dient een afzonderlijk schrijven te worden gericht.

MINISTERE DE LA JUSTICE

[98/09118]

Ordre judiciaire

Publication des présentations de la cour d'appel de Bruxelles et du conseil provincial du Brabant flamand à deux places de conseiller vacantes à la cour d'appel de Bruxelles

Première place :

Candidats présentés, dans le même ordre, par la cour d'appel et par le conseil provincial :

Premier candidat :

M. Boon, J., juge des saisies au tribunal de première instance de Bruxelles.

Second candidat :

M. Raes, S., juge au tribunal de première instance de Bruxelles.

Seconde place :

Candidats présentés, dans le même ordre, par la cour d'appel et par le conseil provincial :

Premier candidat :

M. Senaev, P., avocat, juge suppléant à la justice de paix du premier canton de Louvain.

Second candidat :

M. Claeys, Bouúaert, Ph., juge de la jeunesse au tribunal de première instance de Bruxelles.

[98/09117]

Notariat

Publication d'une place vacante :

— notaire à la résidence de Vilvorde : 1.

Les candidatures à une nomination de notaire doivent être adressées par lettre recommandée à la poste à M. le Ministre de la Justice, Direction générale de l'Organisation judiciaire, Service du Personnel, 3/P/O.J. I., boulevard de Waterloo 115, 1000 Bruxelles, dans un délai d'un mois à partir de la publication de la vacance au *Moniteur belge*.

Une lettre séparée doit être adressée pour chaque candidature.