Overgemaakt aan de R.

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 11e april 1975 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "betreffende het sluiten van overheidsovereenkomsten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", door de Eerste Minister op 20 juni 1975 geamendeert, heeft de 27e juni 1975 het volgend advies gegeven :

ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Premier Ministre, le 11 avril 1975, d'une demande d'avis sur un projet de loi "relative aux marchés de travaux, de fournitures et de services", amendé par le Premier Ministre le 20 juin 1975, a donné le 27 juin 1975 l'avis suivant :

A. ALGEMENE OPMERKINGEN.

Het voorontwerp van wet strekt ertoe het afsluiten van overeenkomsten voor aanneming van werken, leveringen en diensten voor rekening van de Staat of van de andere publiekrechtelijke personen op een algemene en eenvorminge wijze te regelen.

Doordat de nieuwe wet ook gelding zal hebben voor de publiekrechtelijke personen andere dan de Staat, zal haar toepassingsgebied breder zijn dan dat van de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat. Daar die wet sedertdien door het koninklijk besluit nr. 88 van 11 november 1967 op de aan de wet van 16 maart 1954 onderworpen publiekrechtelijke personen principieel toepasselijk werd gemaakt, zal, wat het ruimer toepassingsgebied van de ontworpen regeling betreft, vooral de uitbreiding tot de provincies, de gemeenten en andere territoriaal gedecentraliseerde besturen belangrijk zijn.

Voor de publiekrechtelijke personen, waarop zoals reeds gezegd, de wet van 4 maart 1963 principieel van toepassing werd verklaard of waarvoor reeds in enige regeling is voorzien, zal de nieuwe wet een einde maken aan de verscheidenheid van regels die het gevolg is, hetzij van aan sommige instellingen eigen bepalingen, hetzij van de door de wet gelaten mogelijkheid om van de voor de Staat geldende regeling af te wijken. In die zin komt de nieuwe wet neer op een veralgemening van in ruime mate reeds bestaande regels.

.../...

Is de nieuwe wet aldus gewild als van algemene en eenvormige toepassing op de overheidspersonen, in haar concreet toepassingsgebied laat zij niettemin onzekerheid bestaan doordat het bergip "publiekrechtelijk persoon" nog steeds niet vast omlijnd is, vooral niet wat betreft een reeks van rechtspersonen die de rechtsleer als gemengde economische ondernemingen aanwijst en waartoe gerekend worden de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, de Nationale Bank van België, de Nationale Maatschapij voor Krediet aan de Nijverheid, de SABENA en andere.

In het verleden, onder meer ter gelegenheid van de totstandkoming van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut en van de wet van 2 augustus 1963 op het gebruik der talen in bestuurszaken, is al gebleken dat een sluitende omschrijving van de publiekrechtelijke persoon haast onoverkomelijke moeilijkheden stelt. Er is wel een opsomming van publiekrechtelijke personen in de wet van 16 maart 1954 of het criterium ter toepassing van de taalwet; er is ook de jurisprudentiële vestiging van het begrip "administratieve overheid", inzonderheid door de afdeling administratie van de Raad van State met betrekking tot de aard van de persoon van wie de bestreden rechtshandeling uitgaat. De vraag te weten welke personen in dit ontwerp met de term "publiekrechtelijke personen" precies bedoeld zijn, blijft evenwel volledig, reeds omdat het oogmerk van de ontworpen regeling niet noodzakelijk gelijk loopt met dat van de wet van 16 maart 1954 of met dat van de taalwet van 2 augustus 1963, noch identiek is aan de overwegingen die tot het vestigen van de aangehaalde rechtspraak hebben geleid.

.../...

Het antwoord op de vraag is bovendien niet zonder nut voor de lezing van de opheffingsbepaling onder artikel 27 van het ontwerp naar luid waarvan de organieke of statutaire bepalingen betreffende de organismen bedoeld in artikel 2, die strijdig of niet in overeenstemming zijn met de nieuwe wet, zullen ophouden uitwerking te hebben.

Ter illustratie van het gesteld probleem mag bij wijze van voorbeeld gewezen worden op het bepaalde in artikel 18 van de wet van 23 juli 1926, gewijzigd bij de wet van 1 augustus 1960, waarbij voor de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen voorzien is in een regeling van goedkeuring, door de bevoegde Minister, van de aanbestedingscontracten. Naargelang van het al dan niet van toepassing zijn van de nieuwe wet op de N.M.B.S., zal de betrokken bepaling al dan niet ophouden gelding te hebben.

Om die redenen zou het aanbeveling verdienen dat de Regering haar zienswijze omtrent het toepassingsgebied van de nieuwe wet in de memorie van toelichting nader zou verduidelijken, met name wat betreft de rechtspersonen die door de rechtsleer als gemengde economische ondernemingen worden aangewezen. Mocht de Regering een extensieve interpretatie voorstaan, dan zou dat best in de tekst van het ontwerp zelf tot uiting worden gebracht, hetzij door de rechtspersonen, waarvan de aard van publiekrechtelijk persoon niet algemene aanvaard is, nominatim aan te duiden, hetzij door een bepaling op te nemen naar luid waarvan, voor de toepassing van de wet, met een publiekrechtelijk persoon

.../...

worden gelijkgesteld, bijvoorbeeld, de rechtspersonen waarin de Staat, provincie of gemeente een overwegend belang hebben.

II. Naar luid van artikel 11, § 1, van het ontwerp moet de bevoegde overheid wanneer zij besluit de overeenkomst te sluiten, dit, op straffe van schadevergoeding, doen met de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend. Die bepaling is overgenomen van artikel 8 van de wet van 4 maart 1963. Wel is eraan toegevoegd dat het bedrag van de schadevergoeding maximaal tien percent van de inschrijvingssom kan bedragen.

De toekenning van een recht op schadeloosstelling aan de geweerde laagste regelmatige inschrijver was een novum van de wet van 4 maart 1963. Tot dan hadden de hoven en rechtbanken de eis tot schadeloosstelling afgewezen omdat de geweerde geen recht op toewijzing van de overeenkomst kon doen gelden.

In zijn advies van 19 maart 1962 over het ontwerp dat de wet van 4 maart 1963 is geworden, heeft de Raad van State over die bepaling breed uitgeweid (Gedr. St., Senaat, 1961-1962, nr. 364, blz. 43 tot 53). Het voordeel van de bepaling onderschrijvende, heeft de Raad van State niettemin gemeend Regering en Parlement te moeten wijzen op sommige onvolmaaktheden die bedoelde bepaling insluit of uit de toepassing daarvan voortvloeien.

Die opmerkingen van de Raad van State behouden nog steeds hun volle gelding. Zij betreffen de beperkte mogelijkheid van toepassing van het toegekende recht op schadeloosstelling alsmede de splitsing van het contentieux betreffende de regelmatigheid der aanbestedingen die daarvan het gevolg was.

.../...

Ervan uitgaande dat schadeloosstelling uitzondering moet blijven, beperken de wet van 4 maart 1963 en ook deze wet in ontwerp het recht op schadeloosstelling inderdaad tot de enkele hypothese van de persoon die, aan een openbare of beperkte aanbesteding deel nemende, de overeeenkomst niet toegewezen krijgt, ofschoon zijn inschrijving regelmatig en de laagste was. Buiten die hypothese heeft de thans besproken bepaling aan de vóór de wet van 4 maart 1963 bestaande toestand niets toegevoegd. In meergenoemd advies zijn zo een aantal gevallen opgesomd waarin de ten onrechte geweerde inschrijver zijn aanspraak op schadeloosstelling maar kan doen gelden volgens de regels van het gemeen recht, dit is door zich te beroepen op het bepaalde in artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, welke mogelijkheid door de last van het bewijs uiteraard minder kansen biedt.

Wat de verdeling van bedoeld contentieux betreft, is het zo dat, doordat de wetgever het recht op schadeloosstelling niet anders heeft gekwalificeerd, dit als een subjectief recht van burgerrechtelijke aard moet worden beschouwd waarover, in geval van betwisting, de uitspraak aan de hoven en rechtbanken toekomt. Omdat de Raad van State als rechter van de machtsoverschrijding te oordelen heeft over de wettigheid van de administratieve rechtshandelingen die het sluiten van overheidsovereenkomsten voorafgaan, heeft de bepaling van artikel 8 van de wet van 4 maart 1963 een opsplitsing van het contentieux over de regelmatigheid der aanbestedingen met zich gebracht, welke opsplitsing niet vrij van kritiek is omdat de rechter over de regelmatigheid van de aan het contract voorafgaande verrichtingen, die alle gegevens van het administratief dossier kent, blijkbaar

.../...

het best geplaatst is om de eventuele vergoedingen te bepalen ingeval de voorgeschreven regels niet in acht mochten zijn genomen.

Overwegende dat de wetgever het recht op vergoeding van de onregelmatig geweerde inschrijver als een politiek recht mag beschouwen aangezien de ondernemer of de leverancier geroepen is aan een openbare dienst mede te werken, heeft de Raad van State destijds dan ook gesuggereerd de geheelheid van het contentieux in zoverre het betrekking heeft op de regelmatigheid van de administratieve rechtshandelingen aan de rechter van de machtsoverschrijding op te dragen, met volheid van rechtsmacht ten einde over de zaak in haar geheel uitspraak te kunnen doen.

De Regering is toen die mening niet bijgetreden oordelende "dat het uitwerken van een bijzondere wetgeving niet de gepaste gelegenheid vormt voor het wijzigen van algemene wetten inzake bevoegdheid" (memorie van toelichting, Gedr. St., Senaat, 1961-1962, nr. 364, blz. 13).

Mocht de Regering thans een andere mening zijn toegedaan en een unificatie van bedoeld contentieux inzake aanbestedingen wenselijk achten, dan kan dat geschieden door het ontwerp aan te vullen met een artikel te stellen als volgt :

"Artikel ...

Artikel 16 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt aangevuld met een bepaling luidende als volgt :

.../...

"5° de geschillen betreffende de onregelmatige toepassing van de wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten met inbegrip van de eisen tot schadeloosstelling in de gevallen als in die wet voorzien".

Mocht de Regering bovendien van oordeel zijn dat aan de onregelmatig benadeelde inschrijver een ruimer recht op schadeloosstelling moet worden toegekend dan zulks in artikel 11 van het ontwerp het geval is, dan zouden in het voorstel van tekst de woorden "met inbegrip van de eisen tot schadeloosstelling in de gevallen als in die wet voorzien" moeten vervangen worden door de woorden "en op de eisen tot schadeloosstelling die in zodanige onregelmatigheden hun grond vinden". Die wijziging zou vanzelfsprekend de schrapping meebrengen, in artikel 11 van het ontwerp, van de woorden "op straffe van schadevergoeding". Wel zou dan, in het tekstvoorstel voor 5°, in een begrenzing van het bedrag van de schadeloosstelling moeten worden voorzien.

Het bepaalde in artikel 92 van de Grondwet in acht genomen, blijven de geschillen betreffende de overeenkomst zelf, zowel die welke de geldigheid van het contract als die welke de regelmatige uitvoering ervan aangaan, als geschillen over burgerrechtelijke rechten, uiteraard aan de uitsluitende beoordeling van de hoven en rechtbanken voorbehouden.

.../...

III. In hetzelfde advies van 19 maart 1962 is nog een lans gebroken om aan de rechter van de machtsoverschrijding, wanneer voor hem een onregelmatigheid in de administratieve procedure die het sluiten van de overeenkomst voorafgaat, wordt ingeroepen de bevoegdheid te verlenen om de opschorting van de voortzetting van de procedure te bevelen. Dienomtrent stelt het advies wat volgt :

"Opschorting is in de administratieve geschillenprocedure niet onbekend. Zij bestaat onder meer in de Franse wetgeving; de invoering ervan in België wordt voorgesteld in het voorstel van wet DE STAERCKE-TINDEMANS (Buitengewone Zitting 1961, Kamer van Volksvertegenwoordigers, Gedr. St., nr. 148). Zij zou niet automatisch worden toegepast. De hierboven overwogen termijn van tien dagen en het beroep tot nietigverklaring, gepaard met een vraag om opschorting, zouden de administratie weliswaar verhinderen de aannemer definitief aan te wijzen en dus het aanvatten van het werk te gelasten, alvorens over de opschorting uitspraak is gedaan, maar een bijzondere zitting zou op korte termijn worden gehouden om over het toestaan van de opschorting te debatteren. Partijen zouden er over de spoed van de zaak kunnen beraadslagen en vermoedelijk zou de opschorting in België, zoals in Frankrijk het geval is, alleen worden toegestaan indien de middelen tot nietigverklaring van de aanwijzing van de voorlopige aannemer zeer ernstig blijken te zijn. Houdt men er voorts rekening mede, dat de administratie in de ontwerp-regeling een ruimere beoordeling heeft over de spoed die het sluiten van onderhandse overeenkomsten wettigt, en dat de Raad van State, volgens de

.../...

hier gegeven wenken, bevoegd zou zijn om schadevergoeding toe te kennen ingeval hij, na eerst te hebben geoordeeld geen opschorting te kunnen toestaan, desondanks de aanwijzing van de aannemer toch vernietigt, dan mag worden aangenomen dat dit novum noch aan de behoeften van het bestuursbeleid, noch aan de wettige belangen van particulieren afbreuk zou doen" (Gedr. St., Senaat, 1961-1962, nr. 364, blz. 47).

De wetgever is destijds aan die opmerking voorbijgegaan.

Het probleem van de macht tot opschorting van de tenuitvoerlegging van bestreden bestuursbeslissingen is, doch dan in algemene termen gesteld, opnieuw ter sprake gebracht tijdens de bespreking van het ontwerp dat de wet van 3 juni 1971 tot wijziging van de wetten betreffende de Raad van State geworden is.

De tekst, zoals hij een eerste maal door de Senaat was aangenomen, bevatte volgende bepaling :

"Op verzoek van de eiser kan de afdeling administratie evenwel, na partijen te hebben gehoord, bevelen de tenuitvoerlegging van de bestreden handelingen, reglementen en beslissingen uit te stellen. Het uitstel kan altijd worden opgeheven hetzij door de afdeling administratie, hetzij bij met redenen omklede beslissing van de in raad vergaderede ministers" (Gedr. St., Kamer van Volksvertegenwoordigers, 1964-1965, nr. 1004/1, blz. 2, onder artikel 5).

.../...

De geciteerde tekst, die het gevolg was van een parlementair amendement (Gedr. St., Senaat, zitt. 1964-1965, nr. 18 bleef in de Kamer van Volksvertegenwoordigers niet behouden, blijkbaar omdat gevreesd werd "de actiemogelijkheden van de administratie" te hinderen (Gedr. St., Kamer van Volksvertegenwoordigers, 1964-1965, nr. 1004/5, blz. 13).

Het thans voor advies voorliggend ontwerp kan de vraag naar de wenselijkheid van een zodanige opschortingsmogelijkheid opnieuw doen stellen. Er is inderdaad reeds herhaalde malen gewezen op het platonisch effect van een vernietingsarrest van de Raad van State ter zake van aanbestedingen. Doordat de vernietiging van de bestreden bestuurshandeling zonder gevolg is op de ondertussen gesloten overeenkomst, is het door de verzoeker nagestreefde rechtsherstel niet bereikt.

In het licht van die beschouwing meent de Raad van State het probleem van de toekenning van een opschortingsbevoegdheid aan de rechter van de machtsoverschrijding, aan de aandacht van de wetgever opnieuw te mogen voorleggen. Het spreekt vanzelf dat, in geval van opschorting, de uitspraak over de zaak zelf onverwijld moet kunnen volgen. Vandaar noodzaak om in aangepaste procedureregels en termijnen te voorzien, welke taak zonder bezwaar aan de Koning kan worden opgedragen.

Een en ander zou in volgender voege kunnen gesteld worden :

"Artikel ...

Artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt aangevuld met de volgende bepaling :

.../...

"Wanneer het geschil de onregelmatige toepassing betreft van de wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, kan de afdeling administratie, op verzoek van de eiser, na partijen te hebben gehoord, bevelen de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing uit te stellen. Het uitstel kan altijd worden opgeheven, hetzij door de afdeling administratie, hetzij bij met redenen omklede beslissing van de in raad vergaderde ministers. De Koning stelt de procedureregels en de termijnen vast opdat onverwijld over de zaak zelf uitspraak kan worden gedaan".

Mocht de Regering ingaan op de suggestie betreffende de unificatie van het contentieux over de regelmatigheid der aanbestedingen, als uiteengezet in de algemene opmerking onder II, dan zou het tekstvoorstel betreffende de opschorting onmiddellijk moeten aansluiten op het tekstvoorstel onder II, beginnende met de woorden : "Op verzoek van de eiser, kan de afdeling administratie, ...".

IV. Tot de doelstellingen van de hervorming die met de wet van 4 maart 1963 werd bewerkstelligd, behoorde ook de zorg om de regeling betreffende het gunnen van overheidsopdrachten aan te passen aan de noodwendigheden van het economisch leven ten einde, door het voorzien in meer vormen van gunning, de nationale ondernemingen op gelijke voet geplaatst te zien met die van de andere E.E.G.-Lidstaten waar soortgelijke mogelijkheden reeds voorhanden waren (zie Gedr. St., Senaat, 1961-1962, nr. 364, blz. 4).

.../...

De gelijkheid van behandeling moet ook vanuit een andere hoek worden beschouwd. Artikel 7 van het E.E.G.-Verdra huldigt het beginsel van het verbod van discriminatie op grond van de nationaliteit. Dat beginsel vindt toepassing op de overheidsopdrachten waarvan het economisch belang groeit naarmate de taken van de Staat toenemen.

Sinds de totstandkoming van de wet van 4 maart 1963 zijn een reeks E.E.G.-maatregelen genomen, waarvan de ene betrekking hebben op het gunnen van overheidsopdrachten voor uitvoering van werken, de andere op het gunnen van overheidsopdrachten voor leveringen.

Met betrekking tot overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken moeten worden vermeld :

1) de richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen voor het verrichten van dienst op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en van de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agentschappen en filialen (Publikatieblad E.G. van 16 augustus 1971, nr. L. 185/1 en bijlage);

2) de richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (Publikatieblad E.G. van 16 augustus 1971, nr. L. 185/5);

3) de verklaring van de vertegenwoordigers van de Regeringen der Lid-Staten, in het kader van de Raad bijeen, inzake de procedures die moeten worden gevolgd met betrekking tot concessies voor de uitvoering van werken (Publikatieblad E.G. van 16 augustus 1971, nr. C/82/13);

.../...

4) het besluit van de Raad van 26 juli 1971 tot instelling van een Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (Publikatieblad E.G. van 16 augustus 1971, nr. L. 185/15);

5) de richtlijn van de Raad van 26 juli 1972 betreffende de voorschriften voor de bekendmaking in het publikatieblad van de E.G. van de aankondigingen van overheidsopdrachten en concessies voor uitvoering van werken (Publikatieblad E.G. van 3 augustus 1972, nr. 176/12).

Met de inhoud van die E.E.G.-maatregelen houdt het ontwerp rekening en worden de nodige aanpassingen in de nationale wetgeving doorgevoerd.

Wat betreft de sector van overheidsopdrachten voor leveringen, bestaat er de E.E.G.-richtlijn van de Commissie van 17 december 1969 betreffende leveringen aan de Staat, aan zijn territoriale lichamen en aan andere publiekrechtelijke personen (Publikatieblad E.G. van 19 januari 1970, nr. L.13/1). Vooralsnog geeft die E.E.G.-maatregel geen aanleiding tot een specifieke aanpassing van de nationale wetgeving. In wezen beperkt die richtlijn zich tot het stellen van het beginsel van de vrije toegang tot de uitvoering van overheidsopdrachten voor leveringen. Daarop moet normaliter nog een richtlijn volgen met regels ter bekendmaking van de voornemens tot het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen. Mochten in de toekomst ten gevolge van een zodanige

.../...

richtlijn of van andere nieuwe E.E.G.-maatregelen nog aanpassingen van de wetgeving geboden blijken, dan kunnen zij door de Koning worden gedaan, met toepassing van de wet van 20 juli 1973 waarbij aan de Koning de nodige macht is verleend om, bij een in Ministerraad overlegd besluit, inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, leveringen en diensten, alle vereiste maatregelen te treffen ter uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit het E.E.G.-Verdrag en de krachtens het Verdrag genomen internationale besluiten, welke maatregelen de opheffing of de wijziging van de wetsbepalingen kunnen inhouden. Een zodanige maatregel is trouwens reeds genomen bij een koninklijk besluit van 11 april 1974 waarbij de besluitwet van 3 februari 1947 betreffende de erkenning van aannemers is gewijzigd (Staatsblad van 15 mei 1974).

Volledigheidshalve weze aangestipt dat in een omzendbrief van 27 december 1972, verschenen in het Belgisch Staatsblad van 11 januari 1973, de Regering aan de diensten van de Staat, de provincies, de gemeenten en de openbare instellingen de nodige directieven heeft verstrekt ter toepassing van de verplichtingen die uit het E.E.G.-Verdrag en de op grond daarvan genomen maatregelen voortvloeien.

V. Het voorontwerp herneemt de terminologie van de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat. Naar aanleiding van het onderzoek van het ontwerp dat het koninklijk besluit van 3 december 1973 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 oktober 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat geworden is, heeft de Raad van State reeds doen opmerken dat die terminologie niet altijd

.../...

strookt met die van de E.E.G.-richtlijnen waarvan in de vorige algemene opmerking sprake is. Doordat die richtlijnen meer afgestemd zijn op de Nederlandse wetgeving, is de afwijking het meest opvallend in de Nederlandse versie. Dit voorontwerp biedt de gelegenheid om die afwijking te milderen ten einde, in het belang van een ruimere rechtszekerheid, tot een meer eenvormige terminologie te komen. Minstens verdient het aanbeveling in de Nederlandse versie van het opschrift en van het ontwerp, naar het voorbeeld van meergenoemde E.E.G.-richtlijnen, de woorden "overheidsovereenkomst" en "overeenkomst" te vervangen respectievelijk door "overheidsopdracht" en "opdracht", welke woorden, omdat ze een ruimere betekenis toelaten, een juistere weergave zijn van hetgeen bedoeld wordt namelijk het geheel van overheidshandelingen die zowel het gunnen van de opdracht voorafgaan als in het contract zelf hun beslag krijgen. Het "sluiten van de overheidsovereenkomst" of "het toewijzen van de overheidsovereenkomst" zou dan vervangen worden door "het gunnen van de overheidsopdracht".

Het woord "overeenkomst" mag uiteraard behouden blijven waar het op de aanbesteding of offerteaanvraag volgende contract wordt bedoeld, zoals bijvoorbeeld in artikel 16 § 2.

In de voorstellen van tekst die de Raad van State verder in het advies in overweging geeft, wordt de aanbevolen terminologie gebruikt.

.../...

B. BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Artikel 1.

Artikel 1 van het voorontwerp stelt de basisbeginselen vast volgens welke de overheidsopdrachten worden gegund en bepaalt het toepassingsgebied van de beoogde reglementering. In de algemene opmerkingen is reeds gewezen op de verruiming, in vergelijking met de wet van 4 maart 1963, van het toepassingsgebied en op de onzekerheid die blijft doordat het begrip "publiekrechtelijk persoon", dat determinerend is voor de omschrijving van het toepassingsgebied, tot heden niet volledig een vaste inhoud heeft.

Artikel 1 doet nog een ander probleem rijzen. In § 2, die een gans nieuwe bepaling vormt, is namelijk gesteld dat de Koning, met naleving van bepaalde vormen, de wet van toepassing kan verklaren op "privaatrechtelijke personen die vanwege de openbare machten subsidies ontvangen". In de memorie van toelichting wordt hierbij, bij wijze van voorbeeld, melding gemaakt onder meer van de vrije universiteiten "zij het dat deze reeds aan het principe van de reglementering inzake overheidsovereenkomsten zijn onderworpen, bij toepassing van de wet van 27 juli 1971, en dit door verwijzing naar de Rijksuniversiteiten". Bedoeld is kennelijk het bepaalde in artikel 42 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universiteire instellingen.

.../...

Dat artikel 42 heeft voor alle universitaire instellingen, zowel van het Rijk als vrije instellingen, eenzelfde regeling ingevoerd, wat betreft hun overeenkomsten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten die te financieren zijn met gelden welke, voor de toepassing van bedoelde financieringswet, gewone uitgaven zijn. Tot de eenvormige regeling behoren de speciale bepalingen waarbij van de algemene regeling inzake overheidsovereenkomsten wordt afgeweken met name wat betreft de didactische en wetenschappelijke aankopen die steeds onderhands mogen geschieden en, meer algemeen, de vrijstelling van raadpleging van het bevoegd ministerieel comité als aangewezen in de artikelen 48 en 51 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1964, wanneer de overeenkomst onderhands of na offerteaanvraag zal worden gesloten.

De algemeen gestelde opheffingsbepaling van artikel 3 van de ontwerp-wet lijkt geen uitzondering in te houden voor de Rijksuniversiteiten. Als begrepen in de overheidspersonen aangeduid in § 1 van artikel 1 van de ontwerp-wet en dienvolgens onder het toepassingsgebied van de nieuwe wet komende, zullen zij zich niet meer kunnen beroepen op de speciale regeling van artikel 42 van de wet van 27 juli 1971. Gevolg daarvan zal zijn dat de eenvormige regeling, welke met laatstgenoemd artikel werd bereikt, verbroken wordt, minstens tot de Koning, in toepassing van artikel 1, § 2, van de ontwerp-wet, de nieuwe wet integraal op de vrije universitaire instellingen toepasselijk zou verklaren waardoor ook voor die instellingen aan de afwijkende speciale regels een einde zou worden gesteld.

.../...

Wil men de in 1971 voor alle universitaire instellingen bereikte eenvormige regeling behouden, dan zouden, ofwel de Rijksuniversiteiten uit het bepaalde in artikel 1, § 1, van het ontwerp uitdrukkelijk moeten worden gelicht, ofwel de vrije universitaire instellingen door de wet zelf en integraal onder de gelding van de nieuwe wet moeten worden gebracht.

Voor het overige ziet de Raad van State geen andere privaatrechtelijke personen waarop krachtens een wetsbepaling het stelsel van de overheidsopdrachten reeds van toepassing zou zijn.

De aandacht moet ook gevestigd worden op een passus uit de memorie van toelichting naar luid waarvan het bepaalde in § 2 niet slaat op de ondernemingen die van overheidswege tegemoetkomingen ontvangen in het raam van de wetten op de economische expansie. Het zou aanbeveling verdienen die intentie de waarde van een norm te verlenen door de uitzondering in de tekst van de wet op te nemen.

Ten slotte bevat § 2 nog een andere onduidelijkheid. De tekst stelt dat, wanneer de Koning aan privaatrechtelijke personen de naleving van de wet oplegt, hij "andere wettelijke bepalingen in dit verband" kan opheffen of wijzigen. De memorie van toelichting bevat dienomtrent geen verduidelijking. Een nadere toelichting ware wenselijk. Hoe dan ook, in haar vaagheid mag de bevoegdheidsopdracht niet ertoe leiden dat de Koning in de inrichting van privaatrechtelijke personen zou ingrijpen.

.../...

Artikel 2.

In artikel 2 wordt de overheidspersoon of het orgaan aangeduid die over het sluiten en het uitvoeren van de in de ontwerp-wet gereglementeerde overeenkomsten moet beslissen. Voor de Staat en voor de instellingen die onder het gezag van een minister staan, is dat de bevoegde minister. Voor de andere publiekrechtelijke personen is dat het orgaan of de overheid die door de wet of de statuten, die bedoelde rechtspersoon inrichten, aangewezen is.

De wet laat toe dat de beslissingsbevoegdheid wordt overgedragen, binnen de grenzen evenwel die de Koning zal vaststellen. De overdracht mag in geen geval betrekking hebben op de bevoegdheid als vastgelegd in de ontwerp-wet betreffende de macht om af te wijken van de regel dat, in geval van aanbesteding, de opdracht moet gegund worden aan de laagste regelmatige inschrijver.

Het hoort niet tot de bedoeling van de Regering van de organieke regels, die de betrokken rechtspersoon betreffen, te doen afwijken.

De Raad van State geeft volgende tekst in overweging :

"Artikel 2.-

§ 1. Iedere minister kan, voor zover zijn bevoegdheid reikt, de beslissingen nemen inzake het gunnen en uitvoeren van opdrachten voor rekening van de Staat en van de instellingen die onder zijn hiërarchisch gezag staan.

.../...

Binnen de grenzen die de Koning bepaalt kan de minister de bevoegdheid tot beslissen overdragen, met uitzondering van die welke hem in artikel 11, § 2, is toegekend.

§ 2. Voor de andere dan in § 1 vermelde publiekrechtelijke personen, worden de beslissingen inzake het gunnen en uitvoeren van de opdrachten genomen door de overheidspersoon of het orgaan die de wet of de statuten, die de betrokken rechtspersoon inrichten, aanwijzen.

Wanneer de in het eerste lid bedoelde wet of statuten het toelaten, kan de overheidspersoon of het orgaan, overeenkomstig de organieke regels die op de betrokken rechtspersoon van toepassing zijn en binnen de grenzen die de Koning bepaalt, de bevoegdheid tot beslissen overdragen, met uitzondering van die welke hem in artikel 11, § 2, is toegekend".

Artikel 3.

Het tweede lid van § 1 van artikel 3 stelle men als volgt :

"Wanneer de persoon aan wie de opdracht is gegund, een beroep heeft gedaan op een onderaannemer, moet deze, in geval van herziening, ook in het voordeel daarvan delen, voor zoveel evenwel de herziening betrekking heeft op door hem uitgevoerde prestaties".

.../...

Artikel 5 van het voorontwerp behelst een principieel verbod van promotieovereenkomst en van concessieovereenkomst.

Artikel 5.

Volgende redactie wordt in overweging gegeven :

"Artikel 5.-

Geen overheidsopdracht mag bij wege van een promotieovereenkomst of van een concessieovereenkomst worden gegund dan in de voorwaarden vastgesteld bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit.

Voor de toepassing van deze wet geldt als promotieovereenkomst, de overeenkomst die tegelijk de financiering en de uitvoering van werken of leveringen betreft alsmede, in voorkomend geval, de studie daarvan.

Voor de toepassing van deze wet geldt als concessieovereenkomst, de overeenkomst waarin als tegenprestatie voor het werk het recht op exploitatie wordt verleend, al dan niet gepaard gaande met een prijs of een retributie".

Artikel 6.

Artikel 6 stelt een onverenigbaarheid in tussen hem die voor de gunnende overheidspersoon optreedt en de inschrijve voor een opdracht.

Er valt op te merken vooreerst dat de bepaling zoals ze gesteld is, door het gebruik van de term "inschrijver", niet telt wanneer de overheidsopdracht onderhands geschiedt,

.../...

vervolgens dat de onverenigbaarheid gemeten wordt alleen aan de verwantschap of de aanverwantschap; een belangengemeenschap tussen de gunnende overheidspersoon en de inschrijver is dus geen zaak van algemene onverenigbaarheid.

Verder, ten einde er geen twijfel over te laten bestaan dat de toepassing van artikel 6 in voorkomend geval moet gecumuleerd worden met die van de ten dele gelijkaardige verbodsbepalingen die in bijzondere wetten, verordeningen of statuten voorkomen, stelle men artikel 6 als volgt :

"Artikel 6.-

Onverminderd de toepassing van andere wettelijke, verordenende of statutaire verbodsbepalingen, is het, behoudens machtiging door de bevoegde overheid, ieder ambtenaar, ...".

Ten slotte, de door artikel 6 aan de bevoegde overheid verleende mogelijkheid om afwijkingen van die bepaling toe te staan zal in een aantal gevallen de vraag doen rijzen wat onder "bevoegde overheid" moet worden verstaan. Bijvoorbeeld, ten aanzien van een minister of op het vlak van de gemeenten, waar volgens het ontwerp de gemeenteraad en het college van burgemeester en schepenen inzake het gunnen van overheidsopdrachten elk een eigen taak hebben. Het wil de Raad van State voorkomen, dat in dit laatste geval als bevoegde overheid moet worden beschouwd het orgaan aan hetwelk, in de fase waarin men zich bevindt, het beslissingsrecht toekomt.

.../...

Artikel 7.

Artikel 7 verbiedt in zijn § 1 elke daad, conventie of verstandhouding die de normale mededingingsvoorwaarden vertekent. De sanctie daarop wordt als volgt omschreven :

"De bevoegde overheid kan ten allen tijde de inschrijvingen of offertes, die ten gevolge van zulke daad, conventie of verstandhouding werden ingediend, nietig verklaren, wat de ontbinding van het contract impliceert".

Op die wijze voorziet het voorontwerp in een regeling van vernietigbaarheid van inschrijvingen en offertes; mocht inmiddels een contract tot stand zijn gekomen, dan houdt de nietigverklaring van de inschrijvingen en de offertes, de ontbinding van het contract in. Aldus laat de ontwerpwet aan de besturende overheid het recht om, zij het indirect, eenzijdig over de ontbinding van een contract te beslissen. Volgens de basisbeginselen van ons recht komt zodanige bevoegdheid aan de hoven en rechtbanken toe.

Bij de formulering van de nagestreefde rechtsregel, zal men vooreerst degelijk onderscheiden tussen afgesproken offertes en inschrijvingen aan de ene kant, en daaropvolgende contracten aan de andere kant. Voor eerstgenoemde moet als eerste regel gelden dat ze zullen worden geweerd. Voor contracten die inmiddels mochten gesloten zijn, verdient het aanbeveling, om de reden hoger aangehaald, dat de wet zelf in de nietigheid ervan voorziet. In dat laatste geval kan in de praktijk wel een probleem rijzen wanneer de uitvoering van de opdracht reeds een aanvang zou hebben genomen. Het algemeen belang kan inderdaad bij een voortzetting van de uitvoering gebaat zijn. Aan de wetgever in dat geval uit te maken of in een correctie van de prijs moet voorzien worden.

.../...

Onder dat voorbehoud geeft de Raad van State volgende tekst in overweging :

"Artikel 7.-

§ 1. Elke handeling, overeenkomst of verstandhouding die van aard is om de normale mededingingsvoorwaarden te vertekenen, is verboden. Inschrijvingen en offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of verstandhouding zijn ingediend, moeten worden geweerd. Wanneer zodanige handeling, overeenkomst of verstandhouding tot het gunnen van een overheidsopdracht heeft geleid, dan wordt die opdracht als niet-bestaande beschouwd en moet elke uitvoering van de opdracht worden stopgezet, tenzij de bevoegde overheid bij met redenen omkleed besluit anders beslist.

De toepassing van dit artikel kan in geen geval leiden tot schadeloosstelling van de persoon aan wie de opdracht gegund is".

Artikel 8.

De tekst ware beter gesteld als volgt :

"Artikel 8.-

De overheidsopdrachten worden gegund, hetzij bij aanbesteding of door offerteaanvraag naar keuze van de bevoegde overheid, hetzij bij onderhandse overeenkomst in de gevallen als door artikel 16 toegelaten.

De keuze van de wijze van gunning kan door de Koning afhankelijk worden gesteld van voorwaarden die Hij bepaalt".

.../...

Artikel 9.

De Raad van State acht het verkieslijk de uitdrukking "beroep op mededinging" te behouden. Voorts wordt voor artikel 9 volgende tekst voorgesteld :

"Artikel 9.-

De aanbesteding wordt "openbaar" genoemd wanneer zij geschiedt met bekendmaking van een beroep op mededinging in het door de Staat gepubliceerd bulletin en met opening der inschrijvingen en afkondiging der prijzen in het openbaar.

Voor de opdrachten waarop de richtlijnen ... moet het beroep op mededinging ... (voorts zoals in het voorontwerp)".

Artikel 10.

Volgende tekst wordt voorgesteld :

"Artikel 10.-

De aanbesteding wordt "beperkt" genoemd indien zij een beroep op mededinging behelst, beperkt tot de aannemers of leveranciers die de bevoegde overheid beslist te raadplegen.

In de gevallen als voorzien in de richtlijnen van de Europese Gemeenschappen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, wordt het voornemen van beperkte aanbesteding met uitnodiging van kandidaturen tot inschrijving bekendgemaakt in de vormen en volgens de voorschriften als door die richtlijnen opgelegd.

.../...

Alleen de geraadpleegde aannemers of leveranciers mogen inschrijvingen indienen. Alleen de inschrijvers mogen de opening van de inschrijving en de afkondiging der prijzen, die verplicht is, bijwonen".

Artikel 11.

In § 1 wordt als regel gesteld dat, in geval van aanbesteding, de opdracht aan de laagste regelmatige inschrijver moet worden gegund. Gebeurt dat niet, dan heeft die inschrijver een recht op schadeloosstelling.

In de algemene opmerkingen is dienomtrent gewezen op de verdeling van het contentieux over de regelmatigheid der aanbestedingen die uit genoemde bepaling resulteert, op de beperkte hypothese waarin de inschrijver een recht op schadeloosstelling verwerft en op de mogelijkheid het voorontwerp aan te vullen met een bepaling waarbij in een procedure wordt voorzien tot opschorting van voortzetting van de aanbesteding.

Met betrekking tot het recht op schadeloosstelling moet nog worden opgemerkt dat het voorontwerp, evenmin als de wet van 4 maart 1963, regels bevat tot raming der opgelopen schade. Wel is thans bepaald dat het bedrag van de schadeloosstelling maximaal tien percent van de inschrijvingssom mag bedragen.

.../...

In § 2 wordt voor de overheid de mogelijkheid geopend af te wijken van de regel dat de opdracht aan de laagste regelmatige inschrijver moet worden gegund. Telkens wordt de overheidspersoon aangewezen die zodanige "beslissing" kan nemen. Voor opdrachten van de Staat of van de instellingen die onder het hiërarchisch gezag van een minister staan, is dat de Eerste Minister. Voor opdrachten van instellingen die onder het toezicht van een minister staan, is dat de toezichthoudende minister. Voor opdrachten van provincies, gemeenten, federaties van gemeenten, verenigingen van gemeenten, "andere organismen die van de provincies en van de gemeenten afhangen", de wateringen en de polders, is dat de provinciegouverneur.

Volgens de gemachtigde ambtenaar zou de toepassing van het bepaalde in § 2 geen overdracht van bevoegdheid inhouden ingeval de afwijking een opdracht betreft te gunnen door een openbare instelling of door een ondergeschikt bestuur. De "beslissing tot afwijking" zou in feite een "machtiging tot afwijking" zijn. Zodanige bedoeling blijkt niet uit de tekst zelf.

Men zal opmerken dat de aanduiding "andere organismen die van de provincies en de gemeenten afhangen" tot verwarring kan leiden, omdat het niet steeds duidelijk is of een instelling, als bijvoorbeeld de kerkfabriek, moet beschouwd worden als een instelling die onder het toezicht van een minister staat, in welk geval het bepaalde in 2° geldt, dan wel van de provincies of gemeenten afhangt, in welk geval het bepaalde in 3° van toepassing is. Eenzelfde probleem stelt zich met betrekking tot de agglomeraties van

.../...

gemeenten die nergens uitdrukkelijk worden vermeld. Het zou aanbeveling verdienen de woorden "andere organismen die van de provincies en de gemeenten afhangen" te vervangen door een nominatieve aanwijzing van de bedoelde instellingen.

Voor de gemeenten die deel uitmaken van een agglomeratie komt het stelsel dat door het ontwerp wordt ingevoerd niet overeen met het bepaalde in artikel 56, § 1, van de wet van 26 juli 1971 houdende organisatie van de agglomeraties en de federaties van gemeenten, naar luid waarvan het administratief toezicht op die gemeenten aan de Koning is voorbehouden. Een gelijkaardige opmerking geldt voor de gevallen waarin het toezicht op beslissingen inzake overheidsopdrachten van de in § 2, 3°, vermelde overheden door een andere overheid als provinciegouverneur wordt uitgeoefend (bijvoorbeeld artikel 54, § 2, derde lid, van de wet van 10 maart 1925, zoals het gewijzigd wordt door artikel 21 van het voorliggend ontwerp).

Onder dat dubbel voorbehoud zou de tekst van § 2 als volgt kunnen verbeterd worden :

a. in het eerste lid leze men in de inleidende zin : "Er kan van het bepaalde in § 1 ..." en, in 1° : "... en van de instellingen die onder het hiërarchisch gezag van een minister staan";

b. nog in het eerste lid, zou het bepaalde in 3° en 4° best als volgt samengevoegd worden :

"3° van de provinciegouverneur : voor de opdrachten ... wateringen en polders. In de gevallen als bedoeld in artikel 54, § 1, derde lid, van de wet van 10 maart 1925 tot regeling van de openbare onderstand, wordt de beslissing evenwel genomen door de minister die de openbare onderstand in zijn bevoegdheid heeft";

.../.

c. in het tweede lid leze men : "Tot afwijking van de regel als bepaald in § 1 kan nochtans bij met redenen omklede beslissing door de bevoegde overheid besloten worden, indien het verschil ...";

d. het derde lid leze men : "De beslissingen tot afwijking als bedoeld in het eerste lid, 2° en 3°, en in het tweede lid, worden ter kennis van de Eerste Minister gebracht als het gaat om opdrachten die onder de toepassing vallen van de richtlijnen van de Europese Gemeenschappen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten".

Artikel 12.

Volgende tekst wordt voorgesteld :

"Artikel 12.-

§ 1. De offerteaanvraag wordt "algemeen" genoemd wanneer zij geschiedt met bekendmaking van een beroep op mededinging in het door de Staat gepubliceerd bulletin en met opening der offertes en afkondiging der prijzen in het openbaar. Van die openbaarheid mag worden afgezien wanneer het gaat om de aanneming van leveringen.

Voor de opdrachten waarop ... (voorts zoals in het voorontwerp).

§ 2. De offerteaanvraag wordt "beperkt" genoemd indien zij een beroep op mededinging behelst beperkt tot

.../...

de aannemers of leveranciers die de bevoegde overheid beslist te raadplegen.

In de gevallen als voorzien in de richtlijnen van de Europese Gemeenschappen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, wordt het voornemen van beperkte offerteaanvraag met uitnodiging van kandidaturen tot inschrijving bekendgemaakt in de vormen en volgens de voorschriften als door die richtlijnen opgelegd.

Alleen de geraadpleegde aannemers of leveranciers mogen offertes indienen. Alleen de inschrijvers mogen de opening van de inschrijvingen en de afkondiging der prijzen bijwonen, doch enkel wanneer het gaat om de aanneming van werken of van diensten".

Artikel 15.

Voorgesteld wordt :

"Artikel 15.-

De uitvoering van werken, diensten of leveringen voor rekening van verschillende publiekrechtelijke personen mag in het algemeen belang worden samengevoegd in één enkele opdracht, die bij aanbesteding of door offerteaanvraag wordt gegund in de voorwaarden als in deze wet bepaald.

De betrokken publiekrechtelijke personen duiden de overheidspersoon of het orgaan aan die, in hun gezamenlijke naam, bij de gunning en de uitvoering van de opdracht zal optreden".

.../...

Artikel 16.

Artikel 16 somt de gevallen op waarin de opdracht onderhands mag worden gegund. Zoals in de memorie van toelichting is aangestipt, zijn in de ontwerp-regeling de aanpassingen opgenomen die resulteren uit de meergenoemde E.E.G.-richtlijnen.

In § 1 leze men : "De opdracht wordt "onderhands" genoemd ... en de opdracht vrij toewijst aan ...".

In § 2, 3°, leze men : "... voorbehouden aan de houders van een octrooi of licentie van uitvinding of verbetering, of die slechts kunnen toevertrouwd worden ...".

In § 2, 5°, ware het woord "ontwikkeling" beter vervangen door "vervolmaking" .

In § 2, 7°, leze men : "wanneer de opdracht werken, leveringen of diensten betreft die overeenkomstig wettelijke, verordenende of administratieve voorzieningen een geheim karakter hebben dat onverenigbaar is met elke vorm van mededinging en bekendmaking, of wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van 's lands veiligheid een zodanige geheimhouding vereist;".

.../...

In § 2, 8°, leze men : "... het bedrag van de eerste overeenkomst niet overtreft en op voorwaarde dat die werken ... niet kunnen worden gescheiden of, alhoewel ze van de uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst kunnen worden gescheiden, voor de vervolmaking ervan strekt noodzakelijk zijn;".

In § 2, 10°, leze men : "... van een eerste overeenkomst gesloten na aanbesteding of offerteaanvraag ... reeds bij het uitschrijven van de eerste opdracht worden vermeld; ...".

In § 2, 13°, leze men : "... veiling of op de plaats van productie of van opslag in een Lid-Staat van de Europese Gemeenschap worden gekocht;".

Het bepaalde in § 2, 14°, laat toe dat "wanneer de prijzen in feite onttrokken zijn aan het normale spel van mededinging" onderhands wordt gegund. De memorie van toelichting weidt hierover uit om aan te tonen dat het behoud van die bepaling verenigbaar is met de E.E.G.-richtlijn van 26 juli 1971. Hoe lofwaardig de ingeroepen motieven mogen zijn, de Raad van State kan die mening niet delen en is van oordeel dat de bepaling, zoals ze gesteld is, niet verenigbaar is met bedoelde richtlijn tenzij ze uitdrukkelijk tot leveringen en diensten zou beperkt worden.

Het bepaalde in § 2, 15°, is maar verenigbaar met meergenoemde richtlijn wanneer het aankopen betreft die buiten het grondgebied van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen moeten worden gedaan. De woorden "in het buitenland" dienen dan ook vervangen te worden door "buiten het grondgebied van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen".

.../...

Artikelen 17, 18 en 19.

Het ontwerp beoogt de onttrekking van de overheidsopdrachten aan de toepassing van de artikelen 81 en 82 van de gemeentewet en de invoering van een autonome regeling voor die opdrachten. Met dat doel wordt de materie van artikel 81, na uitsluiting van de overheidsopdrachten uit de toepassing van die bepaling, overgebracht naar artikel 77 van de gemeentewet (artikel 17 van het ontwerp), wordt een nieuwe regeling inzake overheidsopdrachten onder de vorm van een nieuw artikel 81 in de gemeentewet ingevoegd (artikel 18 van het ontwerp) en wordt artikel 82 van de gemeentewet gewijzigd (artikel 19 van het ontwerp).

De overbrenging van de inhoud van artikel 81 van de gemeentewet naar artikel 77 van die wet moet worden afgeraden, alleen reeds omdat, vooral dan in een wet die 140 jaar oud is, de overbrenging van een materie naar een artikel waaronder zij aanvankelijk niet thuishoorde nutteloze werwarring sticht bij het raadplegen van de rechtsleer en de rechtspraak omtrent die bepaling. Bovendien zou de invoeging van artikel 81 in het eerste lid van artikel 77 tot gevolg hebben dat, krachtens het tweede lid van artikel 77, voortaan tegen de beslissingen die de bestendige deputatie op grond van die bepaling neemt bij de Koning een beroep zou kunnen worden ingesteld dat thans niet bestaat en dat men wellicht ook niet de bedoeling gehad heeft in te voeren. Indien de inhoud van artikel 81 niet naar artikel 77 wordt overgeplaatst, zou ook de samenhang tussen de artikelen 81 en 82 worden bewaard, waarbij dan de bijzondere regeling die het ontwerp inzake overheidsopdrachten invoert heel logisch onder een artikel 82bis zou kunnen aansluiten.

.../...

Om redenen van wetgevingstechniek en ook als tegemoetkoming aan de wens die de wetgever in artikel 95 van de wet van 26 juli 1971 houdende organisatie van de agglomeraties en de federaties van gemeenten heeft uitgesproken, zou de tekst van de bepalingen die door het ontwerp in de gemeentewet worden vervangen of ingevoegd in overeenstemming moeten gebracht worden met de voorschriften van artikel 56 van de genoemde wet van 26 juli 1971 inzake het toezicht op de gemeenten die van een agglomeratie of een federatie deel uitmaken.

Aan de hand van die opmerkingen worden, ter vervanging van de artikelen 17, 18 en 19 van het ontwerp, de volgende teksten in overweging gegeven :

"Artikel 17.-

Artikel 81 van de gemeentewet, gewijzigd bij de wetten van 19 juli 1947 en 19 juli 1974, wordt door de volgende bepaling vervangen :

Artikel 81. De gemeenteraad bepaalt de voorwaarden van de huur of de pacht en van elk ander gebruik van de opbrengsten en inkomsten van de eigendommen en rechten der gemeente.

Wanneer het jaarlijkse bedrag van de huur of de pacht meer dan 200.000 frank bedraagt, voor de gemeenten die onder het toezicht van de arrondissementscommissaris staan, of meer dan 500.000 frank, voor de andere gemeenten, of wanneer de verhuring of de verpachting voor meer dan negen jaar geschiedt, zijn de voorwaarden van verhuring of verpachting onderworpen aan de goedkeuring van de Koning, voor de gemeenten die deel uitmaken van een agglomeratie, of aan de goedkeuring van de bestendige deputatie, voor de andere gemeenten.

De bedragen vermeld in het tweede lid kunnen door de Koning worden gewijzigd".

"Artikel 18.-

Artikel 82 van de gemeentewet wordt door de volgende bepaling vervangen :

Artikel 82. De gemeenteraad verleent, in voorkomend geval, aan de huurders of pachters van de gemeente de kwijtschelding waarop zij aanspraak kunnen maken ingevolge de wet of krachtens hun contract; betreft het echter kwijtscheldingen aangevraagd op gronden van billijkheid en niet bepaald bij de wet of het contract, dan kan de raad ze niet verlenen dan met goedkeuring van de Koning, wanneer het een gemeente betreft die deel uitmaakt van een agglomeratie, of van de bestendige deputatie, wanneer het een andere gemeente betreft".

"Artikel 19.-

In de gemeentewet wordt een artikel 82bis ingevoegd luidend als volgt :

Artikel 82bis. § 1. De gemeenteraad kiest de wijze waarop de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen of diensten worden gegund en stelt de voorwaarden vast.

Hij kan die bevoegdheden voor de opdrachten die betrekking hebben op het dagelijks beheer van de gemeente overdragen aan het college van burgemeester en schepenen, binnen de perken van de daartoe op de gewone begroting ingeschreven kredieten.

In gevallen van dringende spoed die voortvloeien uit onvoorziene omstandigheden, kan het college van burgemeester en schepenen, op eigen initiatief, de in het eerste lid bedoelde bevoegdheden van de raad uitoefenen.

.../...

§ 2. De besluiten van de gemeenteraad bedoeld in § 1, eerste lid, en de besluiten van het college van burgemeester en schepenen bedoeld in § 1, tweede lid, zijn onderworpen aan de goedkeuring van de Koning, wanneer het een gemeente betreft die deel uitmaakt van een agglomeratie, of aan de goedkeuring van de provinciegouverneur, wanneer het een andere gemeente betreft.

Geen goedkeuring is vereist, wanneer de totale waarde van de opdracht 600.000 frank ... (zoals in het ontwerp).

De goedkeuring wordt als verworven beschouwd bij ontstentenis van betekening van een andersluidende beslissing binnen negentig dagen nadat het besluit op het provinciaal gouvernement is ingekomen.

De in het tweede lid vermelde bedragen kunnen door de Koning worden gewijzigd.

§ 3. Het college van burgemeester en schepenen stelt de procedure in en gunt de opdracht. Het kan aan de overeenkomst iedere wijziging aanbrengen die het bij de uitvoering nodig acht, in zover hieruit geen bijkomende uitgaven van meer dan 10 t.h. voortvloeien.

§ 4. De besluiten van het college van burgemeester en schepenen houdende gunning van een opdracht voor aanneming van werken, diensten of leveringen, moeten aan de provinciegouverneur worden meegedeeld; zij zijn slechts uitvoerbaar vanaf de dag waarop zij niet meer vatbaar zijn voor schorsing of vernietiging met toepassing van de artikelen 86 en 87.

.../...

Het in het eerste lid bepaalde is niet van toepassing op :

1° de opdrachten bedoeld in artikel 16, § 2, 6°, van de wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

2° de opdrachten die overeenkomstig § 2 van dit artikel niet aan goedkeuring onderworpen zijn".

Artikel 20.

De strekking van dit artikel, de enige bepaling van het ontwerp waarbij de wet van 26 juli 1971 houdende organisatie van de agglomeraties en de federaties van gemeenten wordt gewijzigd, is niet duidelijk.

Uit het feit dat alleen artikel 56, § 2, van de wet van 26 juli 1971 wordt gewijzigd, zou men kunnen afleiden dat het enkel de bedoeling is om, in afwijking van die bepaling, het administratief toezicht op de federaties en de gemeenten die van een federatie deel uitmaken aan de provinciegouverneur op te dragen in plaats van aan de bestendige deputatie, wanneer het om overheidsopdrachten gaat.

Indien die interpretatie, die strookt met de memorie van toelichting, de juiste zou zijn, zou moeten worden opgemerkt dat de verwijzing naar artikel 81, § 2, te ruim is en de verwijzing naar artikel 81, § 4, geen zin heeft.

Beter ware dan artikel 56, § 2, van de wet van 26 juli 1971 aan te vullen met een tweede lid, dat als volgt zou kunnen luiden :

.../...

"Het goedkeuringstoezicht bedoeld in artikel (82bis) van de gemeentewet wordt evenwel, zowel ten aanzien van de federaties als van de gemeenten die er deel van uitmaken, uitgeoefend door de provinciegouverneur".

Volgens de verklaringen van de gemachtigde ambtenaren, zou het echter ook de bedoeling zijn dat niet alleen de bepalingen van de §§ 2 en 4, maar zelfs die van de §§ 1 en 3 van het door het ontwerp in de gemeentewet ingevoegde artikel 81 van toepassing zouden zijn, en dit zowel op de agglomeraties als op de federaties.

Mocht dit werkelijk het geval zijn, dan zou daartoe een uitdrukkelijke bepaling in het ontwerp dienen te worden opgenomen, en dit liefst onder de vorm van een, naar het voorbeeld van het nieuwe artikel 81 van de gemeentewet geredigeerde, autonome bepaling die in hoofdstuk IV, afdeling II, van de wet van 26 juli 1971 zou worden ingevoegd.

Mocht op die laatste suggestie worden ingegaan alsmede op het voorstel om de voorgenomen wijzigingen van de gemeentewet aan te passen aan artikel 56, §§ 1 en 2, van de wet van 26 juli 1971, dan zou de aanvulling van artikel 56, § 2, van die wet waarvan hiervoren spake was overbodig worden.

Artikel 21.

Bij dit artikel, dat betrekking heeft op de commissies van openbare onderstand, dient te worden opgemerkt dat er in de bepalingen die het toezicht regelen (§ 1, tweede lid, en § 2, tweede lid) alleen sprake is van de opdrachten voor aanneming van werken of leveringen en de opdrachten voor diensten dus niet worden vermeld. Mocht dit een vergetelheid zijn, dan zouden de teksten op dit punt moeten worden aangevuld.

.../...

Onder dit voorbehoud, wordt voor artikel 21 de volgende redactie voorgesteld :

"Artikel 21.-

Artikel 54 van de wet van 10 maart 1925 tot regeling van de openbare onderstand, gewijzigd bij de wet van 7 augustus 1974, wordt door de volgende bepaling vervangen :

Artikel 54. § 1. De commissie van openbare onderstand kiest de wijze waarop de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen of diensten worden gegund en stelt de voorwaarden vast.

De besluiten betreffende de opdrachten voor aanneming van werken of leveringen te gunnen bij wege van beperkte aanbesteding ... (zoals in het ontwerp).

De goedkeuring van de gouverneur ... (zoals in het ontwerp) ... voor opdrachten van werken die ... (zoals in het ontwerp).

Bij ontstentenis van betekening van een andersluidende beslissing binnen negentig dagen volgend op ... (zoals in het ontwerp). Indien de goedkeuring gevraagd wordt na het verlenen van de machtiging bedoeld in artikel 53, wordt zij, bij ontstentenis van betekening van een andersluidende beslissing, binnen 20 dagen volgend op de ontvangst van de aanvraag, als verworven beschouwd.

Geen goedkeuring is vereist voor de opdrachten voor werken die luidens artikel 53 aan geen machtiging onderworpen zijn, voor de opdrachten tot levering van voedingswaren

.../...

Of roerende goederen die aan de algemene en periodieke behoeften van de commissie van openbare onderstand voldoen en voor de opdrachten tot leveringen waarvan de waarde 1.000.000 frank niet te boven gaat. Hetzelfde geldt voor de opdrachten tot leveringen die, overeenkomstig artikel 16, § 2, 6°, van de wet betreffende het gunnen van de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, onderhands kunnen worden gegund.

§ 2. De commissie van openbare onderstand zet de procedure in en gunt de opdracht.

De besluiten houdende gunning van opdrachten voor aanneming van werken of leveringen, vergezeld van de verschillende stukken betreffende de gunning der opdracht en van het bestek, worden onderworpen aan de goedkeuring van het college van burgemeester en schepenen, voor de gemeentelijke commissies, of van de provinciegouverneur, voor de intercommunale commissies.

De gunning van opdrachten voor aanneming van werken of leveringen die door de Staat of voor rekening van de Staat worden gesubsidieerd, wordt echter onderworpen aan de goedkeuring van de Minister die de toelage verleent.

Bij ontstentenis van betekening van een andersluidende beslissing binnen veertig dagen volgend op de ontvangst van de aanvraag, wordt de goedkeuring van het college van burgemeester en schepenen of van de provinciegouverneur als verworven beschouwd.

Geen goedkeuring is evenwel vereist voor de besluiten tot gunning van de in § 1, vijfde lid, bedoelde opdrachten".

.../...

Op 8 april 1975 heeft de Minister van Volksgezondheid een ontwerp van wet betreffende de centra voor maatschappelijk welzijn bij de Senaat ingediend (Gedr. St., Senaat, 1974-1975, nr. 581/1). Het spreekt vanzelf dat laatstgenoemd wetsontwerp ten gepasten tijde aan de inhoud van het huidig wetsontwerp moet worden aangepast.

Artikel 22.

Dit artikel stelle men als volgt :

"Artikel 22.-

Artikel 85 van de wet van 5 juli 1956 betreffende de wateringen wordt door de volgende bepaling vervangen :

Artikel 85. Het bestuur van de watering kiest de wijze waarop de opdrachten voor aanneming van werken (leveringen of diensten) worden gegund en stelt de voorwaarden vast; het stelt de procedure in en gunt de opdracht.

Het bestuur kan afwijken van de wettelijke en verordenende bepalingen betreffende de erkenning van de aannemers, de bij de besluitwet van 3 februari 1947 ingestelde commissie voor erkenning gehoord.

Behoudens in de gevallen van hoogdringendheid bedoeld in artikel 83, wordt het besluit tot gunning van de opdracht onderworpen aan de goedkeuring van de provinciegouverneur.

De goedkeuring wordt als verworven beschouwd bij ontstentenis van betekening van een andersluidende beslissing binnen veertig dagen nadat het besluit op het provinciaal gouvernement is ingekomen".

*

* *

.../...

Artikel 23.

Men wijzige de redactie van dit artikel in dezelfde zin als voorgesteld wordt voor artikel 22.

Artikelen 24, 24bis, 25 en 26.

Deze artikelent wijzigen de besluitwet van 3 februari 1947 betreffende de erkenning van de aannemers, zoals zij ter uitvoering van de richtlijnen nrs. 71/304 en 71/305 van 26 juli 1971 werden gewijzigd bij het koninklijk besluit van 11 april 1974.

Doel van de voorgestelde wijzigingen is :

1. het stelsel van de erkenning toepasselijk te maken op de deelneming aan overheidsopdrachten uitgaande van alle in het ontwerp van wet bedoelde publiekrechtelijke personen en als regel te stellen dat ook de ondernemingen van publiekrechtelijke aard die zodanige werken uitvoeren, de aannemerserkenning moeten bezitten;

2. de commissie voor erkenning van aannemers aan te vullen met vertegenwoordigers van ondernemingen van publiekrechtelijke aard die overheidsopdrachten uitvoeren;

3. de administratieve sancties vervat in artikel 6, § 2, van de besluitwet, namelijk de sanctie van intrekking van erkenning en de sanctie van uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten, uit te breiden tot de gevallen van verstandhouding waardoor de mededingingsvoorwaarden kunnen vertekend worden zoals omschreven in artikel 7 van het wetsontwerp;

.../...

4. een toevoeging te doen, in de vorm van een § 5, aan de bestaande tekst van artikel 6 van de besluitwet, door aan de in het ontwerp bedoelde bevoegde overheden de verplichting op te leggen, in wel bepaalde gevallen, bij het beëindigen van de werken, een attest omtrent de uitvoering van de werken aan de commissie voor erkenning mede te delen, dit met het oog op het vergemakkelijken van de taak van de commissie;

5. de afwijkingsregeling vervat in artikel 8 van de besluitwet te vervolledigen door te stellen dat voor de provincies, gemeenten, federaties van gemeenten en andere instellingen die van de provinciale of gemeentelijke overheden afhangen, de provinciegouverneur bevoegd is om bedoelde afwijking toe te staan.

Met het oog op de door het ontwerp bedoelde uitbreiding van het toepassingsgebied worden door de artikelen 24 en 25 de woorden "publiekrechtelijk persoon", in de inleidende zin van artikel 1, A, en in artikel 6, § 2, van vermelde besluitwet, ingelast.

In de eerste plaats dient erop te worden gewezen dat, wat de Nederlandse tekst betreft, de terminologie van de vervangde teksten niet steeds in overeenstemming is met die welke in het wijzigende koninklijk besluit van 11 april 1974 voorkomt.

Bovendien is door het ongewijzigd overnemen van 4° van artikel 1, A, in artikel 24, de beoogde aanpassing, wat het uitgebreide toepassingsgebied betreft, over het hoofd gezien.

.../...

Verder weze nog opgemerkt dat het aanbeveling verdient in de te wijzigen tekst te preciseren dat het gaat om publiekrechtelijke personen "in de zin van de wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten".

Artikel 25, 2°, van het ontwerp stelt dat "de administratieve sancties bepaald in § 2 van artikel 6 van de besluitwet van 1947 toepasselijk zijn op de tekortkomingen bedoeld in artikel 7 van de wet ...". Volgens de tekst van die paragraaf gaat het om de in het eerste lid aangegeven sanctie van intrekking van erkenning, welke slechts in vijf onder a) tot e) van dit lid voorkomende gevallen kan worden toegepast. De tweede sanctie waarnaar wordt verwezen, is de uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten; ze kan slechts worden toegepast in drie onder c), d) en e) van het eerste lid aangegeven gevallen.

Aldus wordt door de besluitwet van 1947 een limitatieve opsomming van de voor deze sancties voorziene gevallen gegeven, waaraan het geval van de "verstandhouding" zal dienen te worden toegevoegd. Ten einde tegenstrijdigheid uit de weg te gaan, dient , eerder dan de geciteerde tekst in de vorm van een § 3 in artikel 6 in te lassen, de in § 2 van dit artikel voorkomende opsomming te worden aangevuld met een punt f) waar de sanctionering van de verboden verstandhouding wordt voorzien.

Ten slotte, weze nog opgemerkt dat, zoals naar aanleiding van artikel 11 reeds is uiteengezet, het aanbeveling zou verdienen in het bepaalde in artikel 26 van het

.../...

voorontwerp nader te verduidelijken welke de instellingen zijn die van de provinciale en gemeentelijke overheden afhangen.

Onder voorbehoud van de laatste opmerking wordt ter vervanging van de artikelen 24, 24bis, 25 en 26 van het voorontwerp de volgende tekst in overweging gegeven :

"Artikel ...-

De bepaling onder A van artikel 1 van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning van de aannemers, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 11 april 1974, wordt door de volgende tekst vervangen :

"De uitvoëring van werken die door de Staat of door een ander publiekrechtelijk persoon in de zin van de wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, uitgeschreven, gefinancierd of gesubsidieerd worden, onder om het even welke vorm, mag slechts worden toevertrouwd aan aannemers, zo openbare als private personen, die voldoen aan de volgende voorwaarden :

1° van Belgische nationaliteit zijn of uit hoofde van hun nationaliteit ressorteren onder een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen, en gevestigd zijn binnen deze Gemeenschappen; indien het een vennootschap betreft, moet deze opgericht zijn in overeenstemming met de Belgische wetgeving of met die van een andere Lid-Staat van de Gemeenschappen, en haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging binnen de Gemeenschappen hebben of er haar maatschappelijke zetel hebben op voorwaarde in dit geval dat haar werkzaamheden daadwerkelijk en duurzaam verband houden met de economie van een Lid-Staat;

.../...

2° ingeschreven zijn in het handelsregister of in het beroepsregister volgens de eisen van de wetgeving van de Lid-Staat waar zij zijn gevestigd;

3° niet in staat van faillissement verkeren, noch onderwerp zijn van een procedure tot faillietverklaring of soortgelijke;

4° van de deelneming aan overheidsopdrachten van de Staat of de andere publiekrechtelijke personen niet zijn uitgesloten bij toepassing van artikel 6 van deze besluitwet.

De Koning kan bepalen dat de publiekrechtelijke personen aan sommige van de voorwaarden niet moeten voldoen.

Artikel ...

Artikel 3, eerste lid, 2°, a, van deze besluitwet wordt door de volgende bepaling vervangen :

"a. vertegenwoordigers ... (zoals in het ontwerp)".

Artikel ...

§ 1. Artikel 6, § 2, van dezelfde besluitwet, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 11 april 1974, wordt aangevuld als volgt :

"f) die het in artikel 7 van de wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten gestelde verbod van verstandhouding niet heeft nageleefd".

§ 2. Paragraaf 2, tweede lid, van hetzelfde artikel wordt door de volgende bepaling vervangen :

"De uitsluiting van deelneming aan de door de Staat of ieder ander publiekrechtelijk persoon uitgeschreven, gefinancierde of gesubsidieerde opdrachten kan enkel worden

opgelegd om de redenen die onder c, d, e en f, worden vermeld".

§ 3. Paragraaf 3 van hetzelfde artikel wordt door de volgende tekst vervangen :

"§ 3. De commissie voor erkenning is ermede belast haar advies uit te brengen over alle dossiers die haar door de bevoegde overheden van de publiekrechtelijke personen als bedoeld in artikel 1, A, van deze besluitwet worden voorgelegd en die betrekking hebben op al dan niet erkende aannemers, die enigerlei schuld ten laste wordt gelegd welke aanleiding kan geven tot toepassing van een administratieve sanctie als bedoeld in de §§ 1 en 2.

Na de aannemer in zijn verweermiddelen te hebben gehoord, stelt de commissie de toe te passen sanctie voor aan de Minister van Openbare Werken, in een met redenen omkleed advies. De Minister kan besluiten tot klasseverlaging, schorsing, intrekking van erkenning, uitsluiting voor een tijd die hij bepaalt of definitief van deelneming aan overheidsopdrachten voor rekening van de Staat of van ieder ander publiekrechtelijk persoon.

Van de besluiten wordt door de Minister van Openbare Werken kennis gegeven aan de andere Ministers en aan de bevoegde overheden van de publiekrechtelijke personen".

§ 4. Een als volgt gestelde § 4 wordt aan hetzelfde artikel toegevoegd :

"§ 4. ... (tekst van § 5 van het wetsontwerp)".

.../...

Artikel ...

Artikel 8 van dezelfde besluitwet wordt met de volgende twee leden aangevuld :

"Wanneer de werken in aanbesteding gegeven worden door een provincie, een federatie van gemeenten, een gemeente, een vereniging van gemeenten of een van de andere instellingen die van de provincies en gemeenten afhangen en zij door de Staat in generlei vorm gesubsidieerd of gefinancierd worden, wordt de afwijking onder dezelfde voorwaarden toegestaan door de provinciegouverneur.

De bevoegdheid om de afwijking toe te staan kan niet worden overgedragen".

*

Verder komt het de Raad van State voor dat ook artikel 5, derde lid, en artikel 8, eerste lid, van de besluitwet van 3 februari 1947 enige aanpassing behoeven aan de nieuwe wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Het komt de Regering toe te beslissen over de gewenste aanpassing.

Artikel 27.

Het eerste lid stelt dat "de organieke of statutaire bepalingen betreffende de organismen bedoeld in artikel 2, §§ 1 en 2, die strijdig of niet in overeenstemming zijn met de bepalingen van deze wet", ophouden uitwerking te hebben.

.../...

De inhoud van die bepaling gaat uiteraard samen met de omschrijving van het toepassingsgebied van de wet in ontwerp. In de algemene opmerkingen is erop gewezen dat het toepassingsgebied onzeker is, met name wat de gemengde economische ondernemingen betreft. Die onzekerheid heeft dan ook haar gevolgen op de lezing van het eerste lid van artikel 27 van het ontwerp.

Het tweede lid ware beter gesteld als volgt :

"Bij in Ministerraad overlegd besluit, kan de Koning de tekst van de organieke en statutaire bepalingen van de in het eerste lid bedoelde instellingen met de bepalingen van deze wet in overeenstemming brengen".

Artikel 28.

In 4° worden sommige artikelen van een koninklijk besluit opgeheven; het is niet gebruikelijk dat bepalingen van een koninklijk besluit bij de wet worden opgeheven of gewijzigd.

Artikel 29.

Een betere tekst ware :

"Artikel 29.-

Bij in Ministerraad overlegd besluit, bepaalt de Koning de dag waarop deze wet in werking treedt. Artikel 5 van deze wet treedt evenwel in werking op de dag waarop het

.../...

desbetreffend uitvoeringsbesluit in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt".

SLOTOPMERKINGEN.

Het voorontwerp wijzigt een reeks belangrijke organieke wetten als de gemeentewet, de wet op de agglomeraties en federaties, de onderstandswet, het decreet op de kerkfabrieken en de wetten op de polders en wateringen. Het is dan ook geboden dat minstens de Ministers van Binnenlandse Zaken, van Volksgezondheid, van Justitie en van Landbouw bij de medevoordracht en de medeonderteking ervan worden betrokken.

*

In de lijn van de door de Raad van State aanbevolen terminologie, wordt volgend opschrift voorgesteld :

"Ontwerp van wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten".

A. OBSERVATIONS GENERALES.

L'avant-projet de loi tend à régler de manière générale et uniforme la passation des marchés de travaux, de fournitures et de services au nom de l'Etat ou des autres personnes de droit public.

Visant également les personnes de droit public autres que l'Etat, la nouvelle loi aura un champ d'application plus étendu que celui de la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'Etat. Comme, depuis lors, l'arrêté royal n° 88 du 11 novembre 1967 a rendu cette loi applicable en principe aux personnes de droit public soumises à la loi du 16 mars 1954, c'est principalement, du point de vue du champ d'application de la réglementation en projet, son extension aux provinces, aux communes et aux autres administrations territorialement décentralisées qui est à retenir.

A l'égard des personnes de droit public auxquelles, ainsi qu'il vient d'être dit, la loi du 4 mars 1963 a été rendue applicable en principe ou pour lesquelles une certaine réglementation est déjà prévue, la nouvelle loi mettra fin à la diversité des règles qui résultait soit des dispositions propres à certains organismes, soit de la faculté laissée par la loi de déroger à la réglementation applicable à l'Etat. Dans ce sens, on peut dire que la loi en projet ne fait que généraliser des règles qui, pour une large part, existaient déjà.

.../...

Si la nouvelle loi se veut d'application générale et uniforme aux autorités, elle laisse néanmoins subsister quelque incertitude quant à la délimitation concrète de son champ d'application du fait que les contours de la notion de "personne de droit public" ne sont toujours pas nettement arrêtés, plus particulièrement à l'égard d'une série de personnes morales que la doctrine qualifie d'entreprises économiques mixtes et au nombre desquelles il faut compter, la Société nationale des Chemins de fer belges, la Banque nationale de Belgique, la Société nationale de crédit à l'industrie, la SABENA et d'autres encore.

Déjà, dans le passé, notamment lors du vote de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public et de la loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative, il est apparu que la recherche d'une définition adéquate de la notion de personne de droit public se heurte à des difficultés quasi insurmontables. Certes, il y a l'énumération de personnes de droit public donnée dans la loi du 16 mars 1954 et le critère d'application de la loi linguistique; il y a aussi l'élaboration jurisprudentielle de la notion d'autorité administrative, notamment par la section d'administration du Conseil d'Etat en ce qui concerne la nature de la personne dont l'acte attaqué émane. La réponse à la question de savoir quelles sont exactement les personnes visées par les termes "personnes de droit public" utilisées dans le projet n'en demeure pas moins incomplète, pour la seule raison déjà que l'objectif de la réglementation projetée n'est pas nécessairement parallèle à celui de la loi du 16 mars 1954 ou de la loi linguistique du 2 août 1963 ni ne se confond avec les préoccupations qui ont conduit à l'élaboration de la jurisprudence précitée.

.../...

La réponse à la question soulevée ci-dessus n'est d'ailleurs pas sans intérêt pour l'interprétation de la disposition abrogatoire de l'article 27 du projet, aux termes de laquelle les dispositions organiques et statutaires des organismes visés à l'article 2, contraires ou non conformes aux dispositions de la nouvelle loi, cesseront d'avoir effet.

Pour illustrer le problème, on peut signaler, à titre d'exemple, la disposition de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1926, modifié par la loi du 1er août 1960, qui prévoit, pour la Société nationale des Chemins de fer belges, un système d'approbation des contrats d'adjudication par le ministre compétent. Selon que la nouvelle loi sera applicable ou non à la S.N.C.B, la disposition précitée cessera ou non d'avoir effet.

Il serait utile, dès lors, que le Gouvernement précisât sa conception du champ d'application de la nouvelle loi dans l'exposé des motifs, notamment à l'égard des personnes morales que la doctrine qualifie d'entreprises économiques mixtes. Si le Gouvernement envisage une interprétation extensive, il importe d'exprimer cette intention dans le texte même du projet, soit en désignant nommément les personnes morales dont le caractère de personne de droit public n'est pas généralement admis, soit en insérant dans le projet une disposition qui, pour l'application de la loi, assimile aux personnes de droit public, par exemple, les personnes morales où l'Etat, la province ou la commune possède un intérêt prépondérant.

.../...

II. Aux termes de l'article 11, § 1er, du projet, l'autorité qui décide d'attribuer le marché doit confier celui-ci, sous peine de dommages-intérêts, au soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la plus basse. Cette disposition reprend l'article 8 de la loi du 4 mars 1963 en ajoutant, il est vrai que le montant des dommages-intérêts pourra s'élever au maximum à dix pour cent de celui de la soumission.

L'octroi d'un droit aux dommages-intérêts au soumissionnaire qui se voit évincé, bien qu'ayant introduit l'offre régulière la plus basse, constituait l'une des innovations de la loi du 4 mars 1963. Jusque là, les cours et tribunaux avaient toujours débouté ce soumissionnaire de sa demande de dommages-intérêts pour le motif qu'il n'avait aucun droit à être adjudicataire.

Dans son avis du 19 mars 1962 concernant le projet qui est devenu la loi du 4 mars 1963, le Conseil d'Etat a longuement examiné cette disposition (Doc. parl. Sénat 1961-1962, n° 364, pages 43 à 53). Tout en reconnaissant ses avantages, il a cru devoir attirer l'attention du Gouvernement et du Parlement sur certaines imperfections qu'elle présentait ou qui pouvaient résulter de son application.

Ces observations du Conseil d'Etat gardent toute leur valeur. Elles concernent la possibilité restreinte d'application du droit aux dommages-intérêts reconnu par la loi ainsi que le démembrement du contentieux de la régularité des adjudications qui en résultait.

.../...

Partant du principe que l'octroi de dommages-intérêts doit rester l'exception, la loi du 4 mars 1963, de même que la loi en projet, limitent l'octroi de dommages-intérêts à la seule hypothèse où la personne qui a participé à une adjudictation publique ou restreinte, ne s'est pas vu attribuer le marché alors qu'elle avait remis la soumission régulière la plus basse. En dehors de cette hypothèse, la disposition sous revue n'a rien ajouté à la situation telle qu'elle existait avant la loi du 4 mars 1963. L'avis précité énumèrait ainsi un certain nombre de cas où le soumissionnaire indûment évincé ne peut faire valoir son droit aux dommages-intérêts qu'en suivant les règles du droit commun, c'est à dire en invoquant la disposition de l'article 1382 du Code civil, ce qui offre évidemment moins de chances d'aboutir, étant donné la charge de la preuve.

Quant au démembrement du contentieux susvisé, il y a lieu d'observer que, le législateur ne l'ayant pas autrement qualifié, le droit aux dommages-intérêts doit être considéré comme un droit subjectif à caractère civil, au sujet duquel, en cas de constestation, il appartient aux cours et tribunaux de se prononcer. Etant donné que c'est le Conseil d'Etat qui, en tant que juge de l'excès de pouvoir, est appelé à apprécier la légalité des actes administratifs qui précèdent la passation des marchés publics, la disposition de l'article 8 de la loi du 4 mars 1963 a entraîné un démembrement du contentieux de la régularité des adjudications, démembrement qui n'est pas à l'abri de toute critique, le juge de la

.../...

régularité des opérations préalables au contrat, qui connaît tous les éléments du dossier administratif, étant apparemment le mieux placé pour déterminer les indemnités éventuelles au cas où les règles prescrites n'auraient pas été observées.

Dès lors que le droit soumissionnaire irrégulièrement évincé à des dommages-intérêts peut être considéré par le législateur comme un droit politique, l'entrepreneur ou le fournisseur étant appelé à collaborer à un service public, le Conseil d'Etat avait suggéré, à l'époque, que l'ensemble du contentieux, en tant qu'il concerne la régularité des actes administratifs, soit déféré avec compétence de pleine juridiction au juge de l'excès de pouvoir, afin qu'il puisse être statué sur l'ensemble de l'affaire.

Le Gouvernement ne s'est pas rallié à cette suggestion, estimant "que ce n'est pas à l'occasion de l'élaboration d'une législation particulière qu'il y a lieu de modifier des lois générales de compétence". (Exposé des motifs, Doc. parl. Sénat, 1961-1962, n° 364, p. 13).

Si, à présent, le Gouvernement devait en juger autrement et considérer l'unification de ce contentieux des adjudictations comme souhaitable, on pourrait à cet effet compléter le projet par un article, rédigé comme suit :

"Article ...

L'article 16 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est complété par la disposition suivante :

.../...

"5° sur les constestations relatives à l'application irrégulière de la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, y compris les demandes de dommages-intérêts dans les cas prévus par la loi".

Si, en outre, le Gouvernement estimait devoir reconnaître au soumissionnaire irrégulièrement évincé un droit aux dommages-intérêts plus étendu que celui prévu à l'article 11 du projet, il conviendrait dans le texte proposé ci-dessus, de substituer aux mots "y compris les demandes de dommages-intérêts dans les cas prévus par la loi" les mots "et sur les demandes de dommages-intérêts qui trouvent leur cause dans de telles irrégularités". Cette modification entraînerait évidemment la supression, à l'article 11 du projet, des mots "sous peine de dommages-intérêts". Par contre, il faudrait, dans ce cas, inscrire la limitation du montant des dommages-intérêts dans le texte du 5° proposé ci-dessus.

Eu égard au prescrit de l'article 92 de la Constitution, les contestations relatives au contrat lui-même, tant celles qui concernent sa validité que celles qui ont trait à la régularité de son exécution, demeurent évidemment de la compétence exclusive des cours et tribunaux, étant des contestations qui ont pour objet des droits civils.

.../...

III. Le même avis du 19 mars 1962 plaidait en faveur de l'octroi au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un irrégularité de la procédure administrative préalable à la passation du marché, du pouvoir d'ordonner le sursis à la procédure. Il considérait à cet égard :

"Quant au sursis, il ne constitue nullement une mesure inconnue en procédure contentieuse adminstrative. Il est prévu, notamment, par la législation française et son institution en Belgique est envisagée par la proposition de loi DE STAERCKE-TINDEMANS (session extraordinaire, 1961, Chambre des Représentants, Doc. parl. n° 148). Ce sursis n'interviendrait nullement de manière automatique. S'il est exact que le délai de dix jours ci-dessus prévu, ainsi que le recours en annulation auquel serait jointe une demande de sursis, empêcheraient l'administration de désigner définitivement l'adjudicataire et donc de donner ordre de commencer les travaux avant qu'il ne soit statué sur le sursis, une audience spéciale serait prévue à bref délai pour débattre de l'octroi de celui-ci, les parties pourraient y discuter l'urgence, et il est à présumer qu'en Belgique comme en France, le sursis ne serait accordé qu'au cas où les moyens d'annulation de la désignation de l'adjudicataire provisoire apparaîtraient comme très sérieux. Si l'on tient compte par ailleurs que dans le système du projet, l'administration peut plus largement apprécier l'urgence autorisant à conclure des marchés de gré à gré, si l'on prend en considération aussi, que, suivant les suggestions ici faites, le Conseil d'Etat serait compétent pour octroyer des

.../...

dommages et intérêts au cas où, n'ayant pas estimé pouvoir accorder le sursis, il viendrait malgré cela à annuler la désignation de l'adjudicataire, il est permis de penser que cette innovation ne compromettrait ni les nécessités de l'action administrative, ni les intérêts légitimes des particuliers".(Doc. parl. Sénat, 1961-1962, n° 364, p. 47).

Le législateur de l'époque ne s'est pas arrêté à cette observation.

Le problème du pouvoir de suspendre l'exécution des décisions administratives attaquées a été posé à nouveau, mais alors en termes généraux, à l'occasion de la discussion du projet qui est devenu la loi du 3 juin 1971 modifiant les lois relatives au Conseil d'Etat.

Ce texte, tel qu'il avait été adopté une première fois par le Sénat, contenait une disposition ainsi conçue :

"Toutefois, sur demande du requérant, la section d'administration peut, après audition des parties, ordonner le sursis à l'exécution des actes, règlements et décisions attaqués. Le sursis peut à tout moment être levé, soit par la section d'administration, soit par délibération motivée des ministres réunis en conseil"(Doc. parl. Chambre des Représentants, 1964-1965, n° 1004/1, p. 2, article 5).

.../...

Le texte reproduit ci-dessus, qui résultait d'un amendement parlementaire (Doc. parl. Sénat, session 1964-1965, n° 18), n'a pas été maintenu par la Chambre des Représentants, de crainte, apparemment, que "l'action de l'administration" ne s'en trouve "paralysée" (Doc. parl. Chambre des Représentants, 1964-1965, n° 1004, p. 13).

Le présent projet peut faire rebondir le problème de l'opportunité de pareille faculté de sursis. On a, en effet, souligné à plusieurs reprises l'effet platonique des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat en matière d'adjudications. L'annulation de l'acte administratif attaqué étant sans influence sur le contrat conclu entretemps, le rétablissement de la légalité recherché par le requérant n'est pas obtenu.

A la lumière de cette considération, le Conseil d'Etat estime pouvoir à nouveau soumettre à l'attention du législateur le problème de l'octroi d'un pouvoir de sursis au juge de l'excès de pouvoir. Il va de soi qu'en cas de sursis la décision au fond doit pouvoir intervenir incessamment. D'où la nécessité de prévoir des règles et des délais de procédure appropriés, matière que l'on peut toutefois, sans inconvénient, confier aux soins du Roi.

Ce qui vient d'être dit pourrait se concrétiser dans le texte suivant :

"Article ...

L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est complété par la disposition suivante :

.../...

"Lorsque la contestation concerne l'application irrégulière de la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, la section d'administration peut, à la demande du requérant, les parties entendues, ordonner le sursis à l'exécution de la décision attaquée. Le sursis peut à tout moment être levé, soit par la section d'administration, soit par délibération motivée des ministres réunis en conseil. Le Roi fixe les règles de procédure et les délais nécessaires pour assurer qu'il puisse être statué au fond incessamment".

Si le Gouvernement se rallie à la suggestion, faite sous l'observation générale II, d'unifier le contentieux concernant la régularité des adjudications, la proposition de texte relative au sursis devrait faire suite directement à la proposition de texte dfaite au II, en commençant par les mots "A la demande du requérant, la section d'administration peut ...".

IV. L'un des objectifs de la réforme consacrée par la loi du 4 mars 1963 était d'adapter la réglementation des marchés publics aux nécessités de la vie économique de sorte que, grâce à une différenciation des modes de passation des marchés, les entreprises nationales fussent placées sur un pied d'égalité avec celles des autres Etats membres de la C.E.E. où de telles possibilités existaient déjà (voyez Doc. perl. Sénat, 1961-1962, n° 364, p. 4).

.../...

L'égalité de traitement doit être envisagée sous un autre angle encore. L'article 7 du traité de la C.E.E. consacre le principe de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité. Ce principe s'applique aux marchés publics, dont l'importance économique va croissant à mesure que les tâches de l'Etat se multiplient.

Depuis le vote de la loi du 4 mars 1963, la C.E.E. a pris une série de mesures qui ont trait, les unes, à l'attribution des marchés publics de travaux, les autres à l'attribution des marchés publics de fournitures.

En ce qui concerne les marchés publics de travaux, il y a lieu de mentionner :

1) la directive du Conseil du 26 juillet 1971 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales (Journal officiel C.E. du 16 août 1971, n° L. 185/1 et annexe);

2) la directive du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (Journal officiel C.E. du 16 août 1971, n° L. 185/5);

3) la déclaration des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, sur les procédures à suivre en matière de concessions de travaux (Journal officiel C.E. du 16 août 1971, n° C/82/13);

.../...

4) la décision du Conseil du 26 juillet 1971 instituant un Comité consultatif pour les marchés publics de travaux (Journal officiel C.E. du 16 août 1971, n° L. 185/15);

5) la directive du Conseil du 26 juillet 1972 relative aux modalités et conditions de publication des avis de marchés et de concessions de travaux publiés au Journal officiel des Communautés européennes (Journal officiel C.E. du 3 août 1972, n° 176/12).

Le projet tient compte du contenu de ces mesures et apporte à la législation nationale les adaptations qu'elles requièrent.

Quant au secteur des marchés publics de fournitures, il y a la directive C.E.E. de la commission du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales de droit public (Journal officiel du 19 janvier 1970, n° L. 13/1). Cette mesure de la C.E.E. n'a pas donné lieu, jusqu'à présent, à une adaptation spécifique de notre législation nationale. En substance, elle se borne à poser le principe du libre accès à l'exécution des marchés publics de fournitures. Elle doit normalement être suivie d'une autre directive réglant les modalités d'annonce des marchés publics de fournitures projetés. Si, à l'avenir, d'autres adaptations de notre législation devaient s'avérer nécessaires

.../...

par suite de la publication d'une telle directive ou d'autres mesures de la C.E.E., ces adaptations pourraient être réalisées par le Roi en application de la loi du 20 juillet 1973. Celle-ci a, en effet, habilité le Roi à prendre en matière de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, toute mesure nécessaire à l'exécution des obligations résultant du traité C.E.E. et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci, ces mesures pouvant comprendre l'abrogation ou la modification des dispositions légales. Une telle mesure a du reste déjà été prise par arrêté royal du 11 avril 1974 modifiant l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs (Moniteur du 15 mai 1974).

Il y a lieu de signaler, pour être complet, que, par circulaire du 27 décembre 1972, publiée au Moniteur belge du 11 janvier 1973, le Gouvernement a donné aux adminstrations de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics les instructions nécessaires à l'exécution des obligations qui résultent du traité C.E.E. et des mesures prises sur la base de celui-ci.

V. L'avant-projet reprend la terminologie de la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'Etat. Lors de l'examen du projet qui est devenu l'arrêté royal du 3 décembre 1973 modifiant l'arrêté royal du 14 octobre 1963 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat, le Conseil d'Etat a déjà fait observer que cette terminologie n'était pas en tous points conforme à celle des directives C.E.E. dont il a été question dans l'observation générale précédente. Ces directives étant plutôt

.../...

axées sur la législation des Pays-Bas, c'est dans la version néerlandaise que l'écart est le plus frappant. L'occasion offerte par le présent projet pourrait être mise à profit pour atténuer cet écart afin d'en arriver, dans l'intérêt de la sécurité juridique, à une terminologie plus uniforme. Il se recommande, à tous le moins, de remplacer dans la version néerlandaise de l'intitulé et du texte du projet, à l'instar des directives précitées de la C.E.E.,les mots "overheidsovereenkomst" et "overeenkomst" respectivement par les mots "overheidsopdracht" et "opdracht", qui admettent un sens plus large et constituent, dès lors, un reflet plus fidèle de ce qui est réellement visé, à savoir l'ensemble des actes accomplis en la matière par l'autorité tant ceux qui précèdent l'attribution du marché que ceux qui se concrétisent dans le contrat lui-même. Aux expressions "sluiten van de overheidsovereenkomst" ou "het toewijzen van de overeenkomst" on substituera donc l'expression "het gunnen van de overheidsopdracht".

Le terme "overeenkomst" peut évidemment être maintenu là où c'est le contrat consécutif à l'adjudication ou à l'appel d'offres qui est visé, comme c'est le cas, par exemple, à l'article 16, § 2.

Les textes que le Conseil d'Etat propose dans la suite du présent avis utilisent la terminologie préconisée ci-dessus.

.../...

B. OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Article 1er.

L'article 1er de l'avant-projet établit les principes de base qui régissent l'attribution des marchés publics et définit le champ d'application de la réglementation envisagée. L'attention du Gouvernement a déjà été attirée, dans les observations générales, sur l'extension donné à ce champ d'application par rapport à celui de la loi du 4 mars 1963 et sur l'incertitude qui subsiste en raison du fait que la notion de "personne de droit public", déterminante pour la délimitation du champ d'application du projet, n'a pas reçu, jusqu'à présent, de contenu absolument fixe.

L'article 1er soulève encore un autre problème. Le § 2, entièrement nouveau, dispose notamment que le Roi peut, moyennant certaines formes, rendre les dispositions de la nouvelle loi applicables à des "personnes de droit privé qui reçoivent des subsides des pouvoirs publics". A titre d'exemple, l'exposé des motifs cite, entre autres, les universités libres quoique celles-ci soient déjà soumises au principe de la réglementation des marchés de l'Etat, en vertu de la loi du 27 juillet 1971 et ce par référence aux universités de l'Etat". L'on vise ici manifestement la disposition de l'article 42 de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires.

.../...

Cet article 42 a instauré pour toutes les institutions universitaires, tant pour celles de l'Etat que pour les institutions privées, une réglementation identique en ce qui concerne les marchés de travaux, de fournitures et de services à financer à l'aide de fonds qui, pour l'application de la susdite loi de financement, constituent des dépenses ordinaires. Cette réglementation uniforme comprend les dispositions spéciales dérogatoires au régime général des marchés publics notamment pour les achats didactiques et scientifiques, qui peuvent toujours se faire de gré à gré et, de manière plus générale, la dispense de l'obligation de prendre l'avis du comité ministériel compétent prévu par les articles 48 et 51 de l'arrêté ministériel du 14 octobre 1964, lorsque le marché sera conclu de gré à gré ou à la suite d'un appel d'offres.

Libellée en termes généraux, la disposition abrogatoire de l'article 27 de la loi en projet ne paraît comporter aucune exception en faveur des universités de l'Etat. Comprises parmi les personnes de droit public visées au § 1er de l'article 1er de la loi en projet et, partant, soumises à celle-ci, les universités de l'Etat ne pourront plus se prévaloir du régime spécial de l'article 42 de la loi du 27 juillet 1971. Il en résultera une distorsion de la réglementation uniforme réalisée par le susdit article, du moins jusqu'à ce que le Roi, en application de l'article 1er, § 2, de la loi en projet, aura éventuellement rendu la nouvelle loi intégralement applicable aux institutions universitaires libres et aura ainsi mis fin, également à l'égard de ces institutions, aux règles dérogatoires spéciales.

.../...

Si l'on entend maintenir le régime uniforme réalisé en 1971 pour toutes les institutions universitaires, il y aurait lieu ou bien d'écarter expressément les universités de l'Etat de la disposition de l'article 1er, § 1er, du projet, ou bien de soumettre intégralement, dans la loi même, les institutions universitaires libres à l'application de la nouvelle loi.

Le Conseil d'Etat ne voit pas d'autres personnes de droit privé auxquelles le régime des marchés publics serait d'ores et déjà applicable en vertu d'une disposition légale.

L'attention du Gouvernement doit également être attirée sur le passage de l'exposé des motifs où il est dit que la disposition du § 2 ne vise pas les entreprises qui reçoivent des aides publiques dans le cadre des lois d'expansion économique. Il s'indiquerait de conférer à cette déclaration d'intention la valeur d'une norme en inscrivant l'exception dans le texte même de la loi.

Enfin, le § 2 est également entaché d'imprécision en ce qu'il prévoit que le Roi, lorsqu'Il impose à des personnes de droit privé le respect des dispositions de la présente loi, peut "abroger ou modifier d'autres dispositions légales en la matière". L'exposé des motifs ne fournit à cet égard aucun éclaircissement, ce qui serait pourtant souhaitable. Quoiqu'il en soit, cette délégation de pouvoirs ne peut, dans son imprécision, aboutir à une immixtion du Roi dans l'organisation des personnes de droit privé.

.../...

Article 2.

L'article 2 désigne l'autorité -personne ou organe- appelée à décider de l'attribution et de l'exécution des marchés régis par la loi en projet. Pour l'Etat et pour les organismes relevant d'un ministre, c'est le ministre compétent. Pour les autres personnes de droit public, c'est l'organe ou l'autorité désignés par la loi ou par les statuts organiques de la personne morale.

La loi autorise une délégation du pouvoir de décision, dans des limites toutefois qui seront fixées par le Roi. La délégation ne peut en aucun cas porter sur le pouvoir, prévu par la loi en projet, de déroger à la règle selon laquelle le marché doit, en cas d'adjudication être attribué au soumissionnaire ayant remis la soumission régulière la plus basse.

Il n'entre pas dans l'intention du Gouvernement de faire déroger aux règles organiques qui concernent la personne morale intéressée.

Le Conseil d'Etat suggère le texte suivant :

"Article 2.-

§ 1er. Chaque ministre peut, dans les limites de ses attributions, prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution de marchés au nom de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique.

.../...

Dans les limites fixées par le Roi, le Ministre peut déléguer son pouvoir de décision, à l'exception de celui qui lui est conférer par l'article 11, § 2.

§ 2. Pour les personnes de droit public autres que celles visées au § 1er, les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés sont prises par l'autorité ou l'organe désignés par la loi ou par les statuts organiques de la personne morale intéressée.

si la loi ou les statuts visés à l'alinéa 1er le permettent, l'autorité ou l'organe peut, conformément aux règles organiques applicables à la personne morale intéressée et dans les limites fixées par le Roi, déléguer son pouvoir de décision, à l'exception de celui qui lui est conféré par l'article 11, § 2 ".

Article 3.

L'alinéa 2 du § 1er de cet article gagnerait à être rédigé comme suit :

"Lorsque la personne à qui le marché a été attribué a eu recours à un sous-traitant, la révision éventuelle doit également bénéficier à celui-ci pour autant toutefois qu'elle ait trait aux prestations exécutées par lui".

.../...

Article 5.

L'article 5 de l'avant-projet porte interdiction de principe de passer des marchés de promotion ou de concession.

La rédaction suivante est suggérée :

"Article 5.-

Il ne peut être passé de marché public de promotion ou de concession si ce n'est dans les conditions déterminées par arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

Est considéré comme marché de promotion pour l'application de la présente loi, le marché qui porte à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ou de fournitures ainsi que, le cas échéant, sur l'étude de ceux-ci.

Est considéré comme marché de concession pour l'application de la présente loi, le marché qui, en contrepartie du travail, accorde le droit d'exploitation, assorti ou non d'un prix ou d'une redevance.

Article 6.

L'article 6 établit une incompatibilité entre la personne qui agit pour l'autorité qui attribue le marché et la personne qui soumissionne ce marché.

Il y a lieu, d'observer tout d'abord que, telle qu'elle est formulée notamment en ce qu'elle utilise le terme "soumissionnaire", cette disposition ne jouera pas

.../...

au cas où le marché est attribué de gré à gré. On remarquera ensuite que l'incompatibilité ne se mesure qu'à la seule parenté ou alliance; la communauté d'intérêts entre l'autorité qui attribue le marché et le soumissionnaire ne constituerait donc pas une cause d'incompatibilité générale.

D'autre part, et afin de ne laisser subsister aucun doute sur le fait que l'application de l'article 6 doit, le cas échéant être cumulée avec celle des interdictions en partie similaires portées par des lois, règlements ou statuts particuliers, il s'indiquerait de rédiger l'article 6 comme suit :

"Article 6.-

Sans préjudice de l'application d'autres interdictions légales, réglementaires ou statutaires, il est interdit, sauf autorisation de l'autorité compétente, à tout fonctionnaire ...".

Enfin, la faculté que l'article 6 laisse à l'autorité compétente d'accorder des dérogations à cette disposition soulèvera, dans certains cas, la question de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par "autorité compétente". Ce sera le cas par exemple, à l'égard d'un ministre ou au niveau des communes, où le conseil communal et le collège des bourgmestre et échevins seront chacun, selon le projet, investis en matière d'attribution de marchés d'une mission qui leur est propre. Il semble au Conseil d'Etat qu'il y aura lieu, dans ce dernier cas, de considérer comme autorité compétente l'organe qui, dans le stade où l'on se trouvera, détient le pouvoir de décision.

.../...

Article 7.

L'article 7 interdit au § 1er tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. La sanction est définie en ces termes :

"L'autorité compétente peut, à tout moment, déclarer nulles les soumissions ou offres remises à la suite d'un tel acte, convention ou entente, ce qui implique la résolution du contrat".

L'avant-projet instaure ainsi un système d'annulabilité des soumissions et offres; si, entretemps, un contrat est intervenu, l'annulation des soumissions et offres entraînera la résolution de ce contrat. La loi en projet reconnaît, par là, à l'autorité administrative le droit de décider unilatéralement, encore que de manière indirecte, de la résolution d'un contrat. En vertu des principes de base de notre système juridique, ce pouvoir appartient aux cours et tribunaux.

Pour formuler la règle de droit envisagée, il faudra tout d'abord établir une nette distinction entre, d'une part, les offres et soumissions entachées de convention ou d'entente et, d'autre part, les contrats qui y font suite. A l'égard des unes, la première règle doit être celle de l'exclusion. A l'égard des contrats qui auraient été conclus dans leur intervalle, il serait souhaitable, pour le motif exposé ci-dessus, que la loi en prévoie elle-même la nullité. Dans le dernier cas,

un problème peut surgir dans la pratique lorsque l'exécution du marché aura déjà été entamée. L'intérêt général pourrait, en effet, être servi par la poursuite de cette exécution. Il appartiendra au législateur de décider si une rectification du prix doit être prévue en pareille occurence.

Sous cette réserve, le Conseil d'Etat propose le texte suivant :

"Article 7.-

§ 1er. Est interdit tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Les soumissions et offres remises à la suite d'un tel acte, convention ou entente, doivent être écartées. Si un tel acte, convention ou entente a abouti à l'attribution du marché public, ce marché est considéré comme inexistant et toute exécution doit en être arrêtée, à moins que l'autorité compétente n'en décide autrement par arrêté motivé.

L'application du présent article ne peut en aucun cas donner lieu à dédommagement de la personne qui s'est vu attribuer le marché".

Article 8.

L'article serait mieux rédigé comme suit:

"Article 8.-

Les marchés sont passés soit par adjudication ou sur appel d'offres, au choix de l'autorité compétente, soit de gré à gré, dans les cas autorisés par l'article 16.

Le choix du mode de passation peut être subordonné par le Roi aux conditions qu'Il détermine".

Article 9.

Il parait préférable, dans la version néerlandaise, de maintenir l'expression "beroep op mededinging". Pour le surplus, la rédaction suivante est proposée :

"Article 9.-

L'adjudication est dite "publique" lorsqu'elle se fait avec publication d'un appel à la concurrence dans le bulletin publié par l'Etat et avec ouverture des soumissions et proclamation des prix en public.

Pour les marchés auxquels sont applicables les directives ..., l'appel à la concurrence doit ... (suite comme au projet).

Article 10.

La rédaction suivante est suggérée :

"Article 10.-

L'adjudication est dite "restreinte" lorsqu'elle comporte un appel à la concurrence limité aux seuls entrepreneurs ou fournisseurs que l'autorité compétente décide de consulter.

Dans les cas prévus par les directives des Communautés européennes en matière de coordination des procédures de passation des marchés, l'intention de procéder à une adjudication restreinte, avec invitation de faire acte de candidature, est annoncée dans les formes et selon les prescriptions imposées par ces directives.

.../...

Seuls les entrepreneurs ou fournisseurs consultés sont autorisés à remettre des soumissions. Seuls les soumissionnaires sont admis à assister à l'ouverture des soumissions et à la proclamation des prix, qui est obligatoire".

Article 11.

Le § 1er énonce la règle qu'en cas d'adjudication le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la plus basse, à défaut de quoi cette soumission ouvre un droit à des dommages-intérêts.

Dans les observations générales, l'attention du Gouvernement a été attirée sur le démembrement du contentieux de la régularité des adjudications qui résulte de cette disposition, sur le caractère restreint de l'hypothèse ou le soumissionnaire acquiert un droit aux dommages-intérêts et sur l'utilité qu'il y aurait à compléter le projet par une disposition organisant une procédure de sursis.

Quant au droit aux dommages-intérêts, il y a lieu de signaler, en outre, que pas plus que la loi du 4 mars 1963 l'avant-projet ne prévoit de règles relatives à l'estimation du dommage subi. Il est vrai que, dorénavant, le montant de ces dommages-intérêts ne pourra excéder dix pour cent du montant de la soumission.

.../...

Le § 2 permet à l'autorité de déroger à la règle de l'attribution du marché au soumissionnaire ayant permis la soumission régulière la plus basse. Il désigne, dans chaque cas, l'autorité habilitée à prendre cette "décision". Pour les marchés de l'Etat ou des organismes qui relèvent de l'autorité hiérarchique d'un ministre, c'est le Premier Ministre. Pour les marchés des organismes soumis au pouvoir de contrôle d'un ministre, c'est le ministre tutélaire. Enfin, pour les marchés des provinces, des communes, des fédérations de communes, des associations de communes "et autres organismes dépendant des provinces et des communes", des wateringues et des polders, c'est le gouverneur de la province.

Selon le fonctionnaire délégué, l'application du § 2 n'impliquerait aucune délégation de pouvoirs dans le cas ou la dérogation concerne un marché à attribuer par un établissement public ou par une administration subordonnée. La "décision de déroger" s'analyserait donc en fait en une "autorisation de déroger". Cette intention ne se dégage toutefois pas du texte même du projet.

On remarquera que l'expression "autres organismes dépendant des provinces et communes" peut prêter à confusion : il ne sera pas toujours clair si un organisme tel, par exemple, une fabrique d'église, doit être considéré comme soumis au pouvoir de contrôle d'un ministre - auquel cas c'est la disposition du 2° qui est applicable - ou comme dépendant des provinces ou communes, auquel cas c'est la disposition du 3° qui trouve à s'appliquer. Un problème analogue se pose à l'égard des agglomérations de communes, qui ne sont nulle

.../...

part mentionnées expressément. Il est recommandé de remplacer les mots "autres organismes dépendant des provinces et communes" par la désignation nominative des organismes visés".

Pour les communes qui font partie d'une agglomération, le système instauré par le projet ne se concilie pas avec la disposition de l'article 56, § 1er, de la loi du 26 juillet 1971 organisant les agglomérations et les fédérations de communes, en vertu de laquelle la tutelle administrative de ces communes est réservée au Roi. Une observation analogue s'applique aux cas où la tutelle des décisions relatives aux marchés publics des autorités mentionnées au § 2, 3°, est exercée par une autorité autre que le gouverneur de la province (par exemple, l'article 54, § 2, alinéa 3, de la loi du 10 mars 1925, tel que modifié par l'article 21 du présent projet).

Sous cette double réserve, le texte du § 2 pourrait être amélioré comme suit :

a. à l'alinéa 1er on écrira dans la phrase liminaire : "Il peut être dérogé au § 1er par décision motivée";

b. toujours à l'alinéa 1er, les dispositions du 3° et du 4° seraient mieux fusionnées comme suit :

"3° du gouverneur de la province : pour les marchés ... des wateringues et des polders. Dans les cas visés à l'article 54, § 1er, alinéa 3, de la loi du 10 mars 1925 organique de l'assistance publique, la décision est toutefois prise par le ministre qui a l'assistance publique dans ses attributions;

.../...

c. à l'alinéa 2, on écrira : "La dérogation à la règle du § 1er peut toutefois être décidée par l'autorité compétente sours forme de décision motivée, lorsque l'écart entre le montant ...";

d. à l'alinéa 3, on écrira : "Les décisions de déragation visées à l'alinéa 1er, 2° et 3°, et à l'alinéa 2, sont notifiées au Premier Ministre lorsqu"il s'agit de marchés qui tombent sous l'application des directives des Communautés européennes en matière de coordination des procédures de passation des marchés".

Article 12.

La rédaction suivante est proposée :

"Article 12.-

§ 1er. L'appel d'offres est dit "général" lorsqu'il se fait avec publication d'un appel à la concurrence dans le bulletin publié par l'Etat et avec ouverture des offres et proclamation des prix en public. Il peut être renoncé à cette publicité lorsqu'il s'agit d'un marché de fournitures.

Pour les marchés auxquels sont applicables les directives ... (suite comme au projet).

§ 2. L'appel d'offres est dit "restreint" lorsqu'il comporte un appel à la concurrence limité aux seuls entrepreneurs ou fournisseurs que l'autorité compétente décide de consulter.

.../...

Dans les cas prévus par les directives des Communautés européennes en matière de coordination des procédures de passation des marchés, l'intention de procéder à un appel d'offres restreint,avec invitation de faire acte de candidature, est annoncée dans les formes et selon les prescriptions imposées par lesdites directives.

Seuls les entrepreneurs ou fournisseurs consultés sont autorisés à remettre des offres. Seuls les soumissionnaires sont admis à assister à l'ouverture des soumissions et à la proclamation des prix mais uniquement lorsqu'il s'agit de marchés de travaux ou de services".

Article 15.

Il est proposé de rédiger cet article comme suit :

"Article 15.-

L'exécution de travaux, de services ou de fournitures pour compte de personnes de droit public différentes peut, dans l'intérêt général, faire l'objet d'un marché unique attribué par adjudication ou par appel d'offres dans les conditions déterminées par la présente loi.

Les personnes de droit public intéressées désignent l'autorité ou l'organe qui interviendra, en leur nom collectif, à l'attribution et l'exécution du marché".

.../...

Article 16.

L'article 16 énumère les cas où le marché peut être attribué de gré à gré. Ainsi que le fait observer l'exposé des motifs, la réglementation en projet réalise les adaptations qui résultent des directives de la C.E.E. précitées.

Dans la version néerlandaise du § 1er, on écrira : "De opdracht wordt "onderhands" genoemd ... en de opdracht vrij toewijst aan ...".

Au § 2, 3°, il convient d'écrire : "... dont l'exécution est réservée aux détenteurs d'un brevet ou d'une licence d'invention ou de perfectionnement ou qui ne peuvent être confiés qu'à ...".

Dans la version néerlandaise du § 2, 5°, le mot "ontwikkeling" serait mieux remplacé par "vervolmaking".

Au § 2, 7°, on écrira : "lorsque la marché a pour objet des travaux, fournitures ou services qui, en vertu des dispositions légales, réglementaires ou administratives, présentent un caractère secret incompatible avec toute forme de concurrence et de publicité, ou lorsque la protection des intérêts fondamentaux de la sécurité nationale requiert ce secret;".

.../...

Au § 2, 8°, on lira : "et que le montant ... n'excède pas 50 % du montant du premier marché et à condition que ces travaux ne puissent être techniquement ou économiquement séparés ou que, bien que séparables de l'exécution du marché initial, ils soient strictement nécessaires à son perfectionnement;".

Au § 2, 10°, il vaudrait mieux écrire : "... d'un premier contrat conclu après adjudication ou appel d'offres ..."

Au § 2, 13°, on écrira : "... à la criée publique ou au lieu de production ou d'emmagasinage dans un Etat membre de la Communauté européenne;".

La disposition du § 2, 14°, autorise l'attribution du marché de gré à gré "lorsque les prix sont, en fait, soustraits au jeu normal de la concurrence". L'exposé des motifs s'étend sur ce point et cherche à démontrer que le maintien de cette disposition se concilie avec la directive de la CEE du 26 juillet 1971. Quelque louables que soient les motifs invoqués, le Conseil d'Etat ne peut se rallier à cette thèse et estime que la disposition, telle qu'elle est formulée, est incompatible avec la susdite directive, à moins qu'elle ne soit expressément limitée aux fournitures et services.

La disposition du § 2, 15°, n'est conciliable avec la directive précitée que pour autant qu'il s'agisse d'achats qui doivent être effectués en dehors du territoire des Etats Membres des Communautés européennes. Les mots "à l'étranger" doivent dès lors être remplacés par "en dehors du territoire des Etats Membres des Communautés européennes".

.../...

Articles 17, 18 et 19.

Le projet entend soustraire les marchés publics à l'application des articles 81 et 82 de la loi communale et instaurer un régime autonome pour ces marchés. A cette fin, la matière de l'article 81 est transférée, après soustraction des marchés publics à l'application de cette disposition, à l'article 77 de la loi communale (article 77 du projet), une nouvelle réglementation de ces marchés est introduite dans la loi communale sous la forme d'un nouvel article 81 (article 18 du projet) et l'article 82 de la même loi est modifié (article 19 du projet).

Le transfert des dispositions de l'article 81 de la loi communale à l'article 77 de cette loi est à déconseiller, déjà pour la seule raison que le report d'une matière à un article où elle ne trouvait pas initialement sa place sera - d'autant qu'il s'agit d'une loi vieille de 140 ans - source de confusions inutiles lors de la consultation de la doctrine et de la jurisprudence relatives à cette disposition. L'insertion du contenu de l'article 81 dans l'alinéa 1er de l'article 77 aura, en outre, pour conséquence qu'en vertu de l'alinéa 2 de l'article 77 un recours au Roi qui n'existe pas actuellement et que l'on n'aura sans doute pas entendu organiser sera ouvert, à l'avenir, contre les décisions que la députation permanente prendra sur la base de cette disposition. Ne pas transférer le contenu de l'article 81 à l'article 77 aurait au surplus l'avantage de conserver aux articles 81 et 82 leur cohésion, la réglementation spéciale des marchés publics instaurée par le projet pouvant faire suite fort logiquement sous la forme d'un article 82bis.

.../...

Pour des raisons de légistique et pour rencontrer le voeu exprimé par le législateur à l'article 95 de la loi du 26 juillet 1971 organisant les agglomérations et les fédérations de communes, le texte des dispositions que le projet remplace ou insère dans la loi communale devrait être mis en concordance avec les prescriptions de l'article 56 de la susdite loi du 26 juillet 1971 relatives à la tutelle des communes faisant partie d'une agglomération ou d'une fédération.

Compte tenu de ces observations, il est proposé de remplacer les articles 17, 18 et 19 du projet par les textes suivants :

"Article 81.-

L'article 81 de la loi communale, modifié par les lois des 19 juillet 1947 et 19 juillet 1974, est remplacé par la disposition suivante :

"Article 81. Le conseil arrête les conditions de location ou de fermage et de tout autre usage des produits et revenus des propriétés et droits de la commune.

Lorsque le montant annuel de loyer ou du fermage dépassera 200.000 francs, pour les communes placées sous les attributions du commissiaire d'arrondissement, ou 500.000 francs, pour les autres communes, ou que les locations ou fermages seront faits pour plus de neuf ans, les conditions de location ou de fermage sont soumises à l'approbation du Roi, pour les communes faisant partie d'une agglomération, ou à l'approbation de la députation permanente, pour les autres communes.

.../...

Les sommes mentionnées à l'alinéa 2 peuvent être modifiées par le Roi".

Article 18.-

L'article 82 de la loi communale est remplacé par la disposition suivante :

"Article 82. Le conseil accorde s'il y a lieu aux locataires ou fermiers de la commune les remises qu'ils ont le droit de réclamer aux termes de la loi ou en vertu de leur contrat; toutefois, lorsqu'il s'agit de remises réclamées pour motifs d'équité et non prévues par la loi ou le contrat, le conseil ne peut les accorder que sous l'approbation du Roi, lorsqu'il s'agit d'une commune qui fait partie d'une agglomération, sous l'approbation de la députation permanente, lorsqu'il s'agit d'une autre commune".

Article 19.-

Un article 82bis rédigé comme suit est inséré dans la loi communale :

"Article 82bis. § 1er. Le conseil choisit le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services et fixe les conditions.

Il peut déléguer ces pouvoirs au collège des bourgmestre et échevins pour les marchés relatifs à la gestion journalière de la commune, dans les limites des crédits inscrits à cet effet au budget ordinaire.

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège des bourgmestre et échevins peut d'initiative exercer les pouvoirs du conseil visés à l'alinéa 1er.

.../...

§ 2. Les délibérations du conseil communal visées au § 1er, alinéa 1er, et les arrêtés du collège des bourgmestre et échevins visées au § 1er, alinéa 2, sont soumis à l'approbation du Roi, lorsqu'il s'agit d'une commune qui fait partie d'une agglomération, ou à l'approbation du gouverneur de la province lorsqu'il s'agit d'une autre commune.

Aucune approbation n'est requise lorsque la valeur globale du marché n'exède pas 600.000 francs ... (suite comme au projet).

L'approbation est réputée acquise à défaut de notification d'une décision contraire dans les nonante jours qui suivent la réception de la délibération ou de l'arrêté au gouvernement provincial.

Les sommes mentionnées à l'alinéa 2 peuvent être modifiées par le Roi.

§ 3. Le collège des bourgmestre et échevins engage la procédure et attribue le marché. Il peut apporter au contrat toute modification qu'il juge nécessaire en cours d'exécution, pour autant qu'il n'en résulte pas de dépenses supplémentaires de plus de 10 pour cent.

§ 4. Les décisions par lesquelles le collège des bourgmestre et échevins attribue des marchés de travaux, de fournitures ou de services doivent être communiquées au gouverneur de la province; elles ne sont exécutoires qu'à partir du jour ou elles ne sont plus susceptibles d'être suspendues ou annulées en application des articles 86 et 87.

.../...

La disposition de l'alinéa 1er n'est pas applicable :

1° aux marchés visés à l'article 16, § 2, 6°, de la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

2° aux marchés qui ne sont pas soumis à approbation conformément au § 2 du présent article".

Article 20.

La portée de cet article - la seule disposition du projet qui modifie la loi du 26 juillet 1971 organisant les agglomérations et fédérations de communes - n'apparaît pas clairement.

De ce que seul l'article 56, § 2, de la loi du 26 juillet 1971 est modifié, on pourrait inférer que le Gouvernement n'a d'autre intention que d'attribuer, par dérogation à cette disposition, la tutelle administrative des fédérations et des communes faisant partie d'une fédération au gouverneur de la province plutôt qu'à la députation permanente, lorsqu'il s'agit de marchés publics.

Si cette interprétation, conforme à l'exposé des motifs, est la bonne, la référence à l'article 81, § 2, est trop large et la référence à l'article 81, § 4, est sans objet.

Il vaudrait mieux compléter l'article 56, § 2, de la loi du 26 juillet 1971 par un alinéa 2, rédigé comme suit :

.../...

"Toutefois, la tutelle d'approbation prévue par l'article (82bis) de la loi communale est exercée par le gouverneur de la province tant à l'égard des fédérations que des communes qui les composent".

Selon les déclarations du fonctionnaire délégué, le Gouvernement entendrait rendre applicables, et cela tant aux agglomérations qu'aux fédérations, non seulement les dispositions des §§ 2 et 4, mais même celles des §§ 1er et 3 de l'article 81, inséré par le projet dans la loi communale.

Si telle est effectivement l'intention du Gouvernement, il y aurait lieu, à cet effet, d'insérer dans le projet une disposition expresse, de préférence sous la forme d'une disposition autonome qui d'inspirerait du nouvel article 81 de la loi communale et qui figurerait au chapitre IV, section II, de la loi du 26 juillet 1971.

L'adoption de cette dernière suggestion et de la proposition tendant à mettre les modifications apportées à la loi communale en concordance avec l'article 56, §§ 1er et 2, de la loi du 26 juillet 1971 rendrait superflu le texte complétant l'article 56, § 2, de cette loi, proposé ci-avant.

Article 21.

Au sujet de cet article, relatif aux commissions d'assistance publique, il y a lieu d'observer que les dispositions réglant la tutelle (§ 1er, alinéa 2, et § 2, alinéa 2) ne font état que des marchés de travaux ou de fournitures, à l'exclusion des marchés de services. Si ce n'est là qu'un oubli, il convient de compléter les textes sur ce point.

.../...

Sous cette réserve, il est proposé de rédiger l'article 21 comme suit :

"Article 21.-

L'article 54 de la loi du 10 mars 1925 organique de l'assistance publique, modifié par la loi du 7 août 1974, est remplacé par la disposition suivante :

"Article 54. § 1er. La commission d'assistance publique choisit le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services et fixe les conditions.

Les résolutions relatives aux marchés de travaux ou de fournitures à attribuer par voie d'adjudication restreinte ... (suite comme au projet).

L'approbation du gouverneur ... (comme au projet).

L'approbation est réputée acquise à défaut de notification d'une décision contraire dans les nonante jours qui suivent (comme au projet). Si l'approbation est sollicitée après l'octroi de l'autorisation visée à l'article 53, elle est réputée acquise à défaut de notification d'une décision contraire des les vingt jours qui suivent la réception de la demande.

Aucune approbation n'est requise pour les marchés de travaux soustraits à toute autorisation en vertu de l'article 53, pour les marchés relatifs à la fourniture

.../...

d'aliments ou de biens mobiliers qui répondent aux besoins généraux et périodiques des commissions d'assistance publique et pour les marchés de fournitures dont la valeur ne dépasse pas I.000.000 francs. Il en est de même pour les marchés de fournitures qui peuvent être attribués de gré à gré conformément à l'article 16, § 2, 6°, de la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

§ 2. La commission d'assistance publique engage la procédure et attribue le marché.

Les décisions portant attribution de marchés de travaux ou de fournitures, accompagnées des différentes actes de passation et du cahier des charges, sont soumises à l'approbation du collège des bourgmestre et échevins, pour les commissions communales, ou du gouverneur de la province, pour les commissions intercommunales.

L'attribution de marchés de travaux ou de fournitures subventionnés par l'Etat ou pour compte de l'Etat est toutefois soumise à l'approbation du Ministre qui octroie la subvention.

A défaut de notification d'une décision contraire dans les quarante jours qui suivent la réception de la demande, l'approbation du collège des bourgmestre et échevins ou du gouverneur de la province est réputée acquise.

Aucune approbation n'est toutefois requise pour les décisions portant attribution des marchés visés au § 1er, alinéa 5".

.../...

Le Ministre de la Santé publique a déposé au Sénat, le 8 avril 1975, un projet de loi organique des centres d'aide sociale (Doc. parl. Sénat; 1974-1975, n° 581/1). Il va sans dire que ce projet de loi devra être adapté, en temps opportun, aux dispositions du présent projet de loi.

Article 22.

La rédaction suivante est suggérée pour cet article :

"Article 22.-

L'article 85 de la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues est remplacé par la disposition suivante :

"Article 85. La direction des wateringues choisit le mode de passation des marchés de travaux (fournitures ou services) et fixe les conditions; il engage la procédure et attribue le marché.

La direction peut déroger aux dispositions légales et réglementaires relatives à l'agréation des entrepreneurs, la commission d'agréation instituée par l'arrêté-loi du 3 février 1947 entendue.

Sauf les cas d'urgence prévus par l'article 83, la décision d'attribution du marché est soumise à l'approbation du gouverneur de la province.

L'approbation est réputée acquise à défaut de notification d'une décision contraire dans les quarante jours de la réception de la décision au gouvernement provincial".

*

* *

.../...

Article 23.

Le texte de cet article devrait être remanié dans le sens proposé pour l'article 22.

Articles 24, 24bis, 25 et 26.

Ces articles modifient l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, tel qu'il a été modifié par arrêté royal du 11 avril 1974 en exécution des directives n°s 71/304 et 71/305 du 26 juillet 1971.

Les modifications proposées ont pour objet :

1. de rendre le système d'agréation applicable aux marchés publics de toutes les personnes de droit public visées par le projet et d'établir la règle que les entreprises à caractère de droit public qui exécutent de tels travaux doivent, elles aussi, être titulaires de l'agréation d'entrepreneur;
2. de compléter la commission d'agréation des entrepreneurs par des représentants des entreprises à caractère de droit public qui exécutent des marchés publics;
3. d'étendre les sanctions administratives prévues par l'article 6, § 2, de l'arrêté-loi, à savoir la sanction du retrait de l'agréation et la sanction de l'exclusion des marchés publics aux ententes qui sont de nature à fausser les conditions de la concurrence, telles que définies à l'article 7 du projet de loi;

.../...

4. d'ajouter au texte actuel de l'article 6 de l'arrêté-loi, sous la forme d'un § 5, une disposition qui impose aux autorités compétentes visées par le projet, dans des cas bien déterminés, l'obligation de communiquer à la commission d'agréation, à la fin des travaux, et en vue de faciliter les tâches de celle-ci, une attestation relative à l'exécution des travaux;

5. de compléter le régime de dérogations prévu par l'article 8 de l'arrêté-loi en disposant qu'en ce qui concerne les provinces, les fédérations de communes et les autres organismes dépendant des autorités provinciales ou communales, c'est le gouverneur de la province qui est compétent pour accorder la dérogation.

En raison de l'extension voulue par le projet du champ d'application de la réglementation des marchés publics, les articles 24 et 25 insèrent dans la phrase liminaire de l'article 1, A et à l'article 6, § 2, de l'arrêté-loi précité les mots "personne de droit public".

Il y a lieu de signaler tout d'abord que la terminologie néerlandaise des nouveaux textes n'est pas toujours conforme à celle qui est utilisée dans l'arrêté royal modificatif du 11 avril 1974.

D'autre part, en reprenant telle quelle la disposition du 4° de l'article 1er, A, l'article 24 perd de vue l'adaptation que ce texte doit subir en raison de l'extension du champ d'application de la réglementation.

.../...

En outre, il est recommandé de préciser dans le texte à modifier qu'il s'agit de personnes de droit public "au sens de la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services".

L'article 25, 2°, du projet dispose que "les sanctions administratives prévues au § 2 de l'article 6 de l'arrêté-loi de 1947 sont applicables aux manquements visés par l'article 7 de la loi. Selon le texte de ce paragraphe, il s'agit de la sanction de retrait d'agréation, prévue par l'alinéa 1er, qui ne peut être infligée que dans les cinq cas énumérés du a) au e) de cet alinéa. La seconde sanction visée est l'exclusion des marchés publics et ne peut être appliquée que dans les trois cas prévus au c), d) et e) de l'alinéa 1er.

L'arrêté-loi de 1947 donne ainsi une énumération limitative des cas d'application de ces sanctions, au nombre desquels il faudra ajouter celui de l'"entente". Afin d'éviter toute contradiction, il serait souhaitable, plutôt que d'insérer le texte précité dans l'article 6 sous la forme d'un § 3, de compléter l'énumération du § 2 de cet article par un littéra f) frappant de sanctions l'entente interdite.

Enfin, ainsi qu'il a déjà été exposé à propos de l'article 11, il se recommanderait de préciser à l'article 26 de l'avant-projet quels sont les organismes qui dépendent des autorités provinciales et communales.

.../...

Sous réserve de cette dernière observation, il est proposé de remplacér les articles 24, 24bis, 25 et 26 du projet par le texte suivant :

"Article ...

La disposition du A de l'article 1er de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, modifié par l'arrêté royal du 11 avril 1974, est remplacé par le texte suivant :

"L'exécution de travaux offerts, financés ou subventionnés, sous quelque forme que ce soit, par l'Etat ou par une autre personne de droit public au sens de la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne peut être confiée qu'à des entrepreneurs, tant personnes publiques que privées, qui satisfont aux conditions suivantes :

1° être de nationalité belge ou relever du chef de leur nationalité d'un autre Etat membre des Communautés européennes, et être établis à l'intérieur de ces Communautés; il s'agit d'une société, être constituée en conformité de la législation belge ou de celle d'un autre Etat membre des Communautés, et avoir son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur des Communautés, ou y avoir son siège social, à condition, dans ce cas, que son activité présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre;

.../...

2° être inscrit au registre de commerce ou au registre professionnel dans les conditions prévues par la législation de l'Etat membre où ils sont établis;

3° ne pas se trouver en état de faillite, ni faire l'objet d'une procédure en déclaration de faillite ou de tout autre procédure de même nature;

4° ne pas être exclu des marchés de l'Etat ou des autres personnes de droit public en application de l'article 6 du présent arrêté-loi.

Le Roi peut disposer que les personnes de droit publics ne doivent pas satisfaire à certaines de ces conditions.

Article ...

L'article 3, alinéa 1er, 2°, a, du même arrêté-loi est remplacé par la disposition suivante :

"a. représentants ...(suite comme au projet)".

Article ...

§ 1er. L'article 6, § 2, du même arrêté-loi, modifié par l'arrêté royal du 11 avril 1974, est complété comme suit :

"f) qui n'a pas respecté l'interdiction d'entente portée par l'article 7 de la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services".

§ 2. Le paragraphe 2, alinéa 2, du même article est remplacé par la disposition suivante :

"L'exclusion des marchés offerts, financés ou subventionnés par l'Etat ou par tout autre personne de droit public ne peut être ordonnée que pour les motifs mentionnés au c, d, e et f".

§ 3. Le paragraphe 3 du même article est remplacé par le texte suivant :

"§ 3. La commission d'agréation est chargée de donner son avis sur tous les dossiers qui lui sont soumis par les autorités compétentes des personnes de droit public visées par l'article 1er, A, du présent arrêté-loi et qui concernent des entrepreneurs, agréés ou non, accusés d'une faute quelconque pouvant justifier l'application d'une des sanctions administratives prévues aux §§ 1er et 2.

L'entrepreneur entendu dans ses moyens de défense, la commission propose au Ministre des Travaux publics, par avis motivé, la sanction à appliquer.
Le Ministre peut décider le déclassement, la suspension, le retrait de l'agréation, l'exclusion temporaire pour une durée qu'il détermine ou l'exclusion définitive des marchés publics pour le compte de l'Etat ou de tout autre personne de droit public.

Les décisions sont notifiées par le Ministre des Travaux publics aux autres ministres et aux autorités compétentes des personnes de droit public".

§ 4. Un § 4 rédigé comme suit est ajouté au même article :

"§ 4. ... (texte du § 5 du projet de loi)".

.../...

Article ...

L'article 8 du même arrêté-loi est complété par les deux alinéas suivants :

"Si les travaux sont mis en adjudication par une province, une fédération de communes, une commune, une association de communes ou l'un des autres organismes dépendant des provinces et communes et qu'ils ne soient ni financés ni subventionnés par l'Etat sous quelque forme que ce soit, la dérogation est accordée dans les mêmes conditions par le gouverneur de la province.

Le pouvoir de dérogation ne peut être délégué".

*

Le Conseil d'Etat estime en outre que l'article 5, alinéa 3, et l'article 8, alinéa 1er, de l'arrêté-loi du 3 février 1947 requièrent, eux aussi, une certaine adaptation à la nouvelle loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Il appartient au Gouvernement de décider de l'adaptation souhaitée.

Article 27.

L'alinéa 1er porte que "les dispositions organiques ou statutaires des organismes visés à l'article 2, §§ 1er et 2, contraires ou non conformes aux dispositions de la présente loi" cessent d'avoir effet.

.../...

La portée de cette disposition est évidemment fonction de la définition du champ d'application de la loi en projet. Dans les observations générales, il a été souligné que le champ d'application du projet est incertain, notamment en ce qui concerne les entreprises économiques mixtes. Cette incertitude se répercute sur l'interprétation à donner à l'alinéa 1er de l'article 27 du projet.

L'alinéa 2 gagnerait à être rédigé comme suit:

"Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, mettre le texte des dispositions organiques et statutaires des organismes visés à l'alinéa 1er en concordance avec les dispositions de la présente loi".

Article 28.

Le 4° porte abrogation de certains articles d'un arrêté royal; il n'est pas d'usage d'abroger ou de modifier des dispositions d'un arrêté royal par la voie législative.

Article 29.

L'article gagnerait à être rédigé comme suit :

"Article 29.-

Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, la date d'entrée en vigueur de la présente loi. L'article 5 de celle-ci entre toutefois en vigueur le jour de la publication au Moniteur belge de l'arrêté d'exécution y relatif".

OBSERVATIONS FINALES.

L'avant-projet modifie une série de lois organiques importantes, telles que la loi communale, la loi sur les agglomérations et fédérations, la loi sur l'assistance publique, le décret sur les fabriques d'église et les lois relatives aux polders et aux wateringues. Il s'indique dès lors d'associer à la présentation et au contreseing du projet, à tout le moins, les Ministres de l'Intérieur, de la Santé publique, de la Justice et de l'Agriculture.

*

Conformément à la terminologie préconisée par le Conseil d'Etat, il est proposé de rédiger l'intitulé néerlandais du projet comme suit :

"Ontwerp van wet betreffende het gunnen van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten".

De kamer was samengesteld uit

de Heren : F. LEPAGE,
Messieurs :

Ch. SMOLDERS,
H. COREMANS,

G. VAN HECKE,

F. DE KEMPENEER,

E. VAN VYVE,

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. Ch. SMOLDERS.
Het verslag werd uitgebracht door de H. J. NIMMEGEERS, eerste auditeur en door Mevr. J. DE KOSTER, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

E. VAN VYVE.

La chambre était composée de

eerste voorzitter,
premier président,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

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

afdelingsgriffier.
greffier de section.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. Ch. SMOLDERS.
Le rapport a été présenté par M. J. NIMMEGEERS, premier auditeur et par Mme J. DE KOSTER, auditeur.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

F. LEPAGE.