Conseil d'Etat - Raad van State
LEGISLATION - WETGEVING
- 1 -
22. NOV 1960
Transmis - Overgemaakt aan le Coordination(s)

ADV.

L. 7197/1.

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 14 juin 1960, d'une demande d'avis sur un projet de loi "sur les marchés passés au nom de l'Etat", a donné le 17 octobre 1960 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 14e juni 1960 door de Eerste-Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "betreffende de overeenkomsten gesloten in naam van de Staat", heeft de 17e oktober 1960 het volgend advies gegeven :

Le projet a comme objet de remplacer les dispositions relatives aux marchés passés au nom de l'Etat qui figurent dans la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat.

\+

\+ +

OBSERVATIONS GENERALES.

I. Le régime actuel, qui n'a subi que des modifications de détail depuis 1846, prévoit que "tous les marchés au nom de l'Etat sont faits avec concurrence, publicité et à forfait" (article 21 de la loi du 15 mai 1846). Un certain nombre d'exceptions sont cependant prévues dans lesquelles il peut être traité de gré à gré (article 22 de la même loi).

Pour les raisons qui sont reprises dans l'exposé des motifs, le projet substitue à ces modes de passation des marchés, un régime plus complexe. Si l'adjudication publique reste le principe, des dérogations pourront y être apportées dans de nombreux cas :

- il pourra être traité par adjudication sur appel restreint à la concurrence, dans les cinq cas cités à l'article 6;

.../...

- il pourra être traité par appels d'offres dans les trois cas énumérés à l'article 8; l'appel d'offres comportera un appel public à la concurrence ou, dans les cas visés à l'article 6, un appel restreint;

- il pourra être traité de gré à gré dans les onze hypothèses citées à l'article 10,alors qu'actuellement le marché de gré à gré n'est prévu que dans neuf cas.

La complexité d'un tel régime risque d'en rendre l'application difficile.

\+

\+ +

II. Selon l'exposé des motifs du projet, si un assouplissement des modes de passation des marchés publics se justifie sur le plan intérieur en raison des transformations profondes des marchés eux-mêmes, par contre "il s'impose véritablement sur le plan international" en raison de la différence entre les législations des divers partenaires de la Belgique dans la Communauté économique européenne.

Ces pays ont adopté, pour les marchés de l'Etat, des solutions "dont le trait commun est la faculté d'adaptation aux exigences de la vie économique et de son évolution".

.../...

Après avoir rappelé ces solutions, l'exposé des motifs conclut :

"Ainsi, parmi les membres de la Communauté économique européenne, la Belgique connaît le régime le plus rigide qui soit, le seul qui ne comporte, en dehors du recours exceptionnel au gré à gré, qu'une procédure unique impliquant une compétence liée à son champ d'application.

Il se conçoit aisément, dès lors, que la réforme des marchés de l'Etat, déjà justifiée sur le plan intérieur, s'impose véritablement sur le plan international. Elle répond aux voeux unanimes des organisations professionnelles intéressées, soucieuses, à bon droit, de voir mettre les entreprises nationales sur un pied d'égalité avec celles des Etats partenaires pour l'application des dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne qui intéressent la matière et notamment celle figurant à son article 7".

La Communauté économique européenne a pour mission,"par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les pays qu'elle réunit" (article 2 du traité).

.../...

Pour arriver à de telles fins, la Communauté aura notamment à veiller à "l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun" (article 3, f, du traité).

Le traité ne fait que deux allusions à la matière des marchés publics. Son article 132 prononce l'égalité devant les marchés publics pour les travaux financés en commun dans les pays d'outre-mer. L'article 20 des statuts de la Banque européenne prévoit que celle-ci peut subordonner les prêts qu'elle consentira pour les investissements en Europe, à des adjudications internationales.

Par contre, ce traité a, par son article 7, consacré un principe dont l'importance doit être soulignée :

"Dans le domaine d'application du présent traité et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le Conseil, sur proposition de la commission et après consultation de l'assemblée, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations".

D'autres dispositions de la convention sont relatives au "rapprochement des législations" (article 3, h, article 100); d'autres aux mesures qu'il y a lieu de prendre lorsqu'il existe "une distorsion" (article 101) ou lorsqu'une telle situation est à craindre (article 102).

.../...

Le régime de passation des marchés publics, pour rentrer dans l'esprit du traité de Rome, devrait permettre aux entrepreneurs et fournisseurs des divers pays de la Communauté de soumissionner avec égalité de chance aux marchés proposés dans chacun de ces pays.

Le projet, en maintenant le principe de l'adjudication publique, est certainement conforme à cet esprit.

Toutefois, comme le relève l'exposé des motifs, dans les autres pays des solutions plus larges ont été adoptées qui laissent à l'administration un choix plus grand qu'en Belgique, entre divers modes de passation des marchés.

En effet, en France, le décret du 13 mars 1956 laisse à l'administration le pouvoir de choisir entre l'adjudication (ouverte ou restreinte) et l'appel d'offres (ouvert ou restreint) ; elle ne peut traiter de gré à gré que dans certains cas (A. de GRAND'RY, "La Réforme des marchés de l'Etat en France", R.J.D.A., 1958, pp. 241 et suiv; A. de LAUBADERE, "La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat", Revue de droit public, 1958, pp. 5 et suiv).

Aux Pays-Bas, la loi sur la comptabilité de 1927 prévoit, en son article 33, le principe de l'adjudication publique mais en permettant d'y déroger par arrêté motivé "soit pour une série déterminée de cas similaires, soit pour des cas particuliers".

.../...

Dans la République fédérale d'Allemagne, l'ordonnance du 31 décembre 1922, revisée le 30 avril 1938, dispose, en son § 46, que les contrats doivent être précédés d'une adjudication publique pour autant que la nature de la transaction ou des circonstances spéciales ne justifient une dérogation à cette procédure.

L'Italie connaît, elle aussi, le principe de l'adjudication publique et, dans des cas spéciaux, l'adjudiciation restreinte, le marché de gré à gré et le concours (loi du 20 mars 1865 et R.D. 18 novembre 1923 - 23 mai 1924). Mais, en pratique, il est généralement recouru au procédé de l'adjudication restreinte (rapport du Conseil d'Etat d'Italie 1931 - 1935 - cité par G. ROEHRSSEN DI CAMMERATA. I Contratti della pubblica administrazione, T.I. p.174).

Au Grand-Duché de Luxembourg, le régime est assez semblable à celui qui existe actuellement en Belgique. La loi du 27 juillet 1936 sur la comptabilité de l'Etat prévoit, en son article 36, que les marchés publics doivent être passés avec concurrence et publicité; l'adjudication restreinte est cependant, en même temps que le marché de gré à gré, prévue dans des cas particuliers.

C'est pour mettre les entreprises nationales sur pied d'égalité avec celles de ces pays que le projet, tout en continuant à consacrer le principe de l'adjudication publique, prévoit de nouveaux modes de passation qui laissent à l'administration un pouvoir plus large dans le choix des soumissionnaires et du cocontractant, telle la procédure de l'adjudication restreinte et de l'appel d'offres.

.../...

Ce faisant, le projet répond-il complètement au but poursuivi, qui est de mettre les entreprises nationales sur un pied d'égalité avec celles des Etats de la Communauté économique européenne ?

Cette égalité ne serait entièrement réalisée que si, comme dans les autres pays, l'administration avait le choix entre divers procédés de passation de marchés. Sans la réalisation de cette réforme, notre législation restera moins souple que celle des autres partenaires du Marché commun.

Il faut cependant constater que le système envisagé par le Gouvernement est conforme à l'esprit du traité de Rome; dès lors, ce serait dans la direction envisagée par le projet que l'harmonisation des diverses législations devrait se faire.

III. Une troisième observation générale a trait au contentieux des marchés publics.

Avant la création du Conseil d'Etat, les contestations relatives aux modes de passation des marchés étaient dépourvues de recours juridictionnels; les soumissionnaires évincés ne pouvaient agir pour faire statuer sur la régularité de la procédure employée.

.../...

La section d'administration du Conseil d'Etat, compétente pour connaître des recours en annulation contre les actes des autorités administratives (article 9 de la loi du 23 décembre 1946), adopta, dès qu'elle fut saisie d'une demande d'annulation d'une adjudication, la théorie française "des actes détachables". La passation d'un contrat par les pouvoirs publics constitue une opération complexe; le contrat est entouré de divers actes administratifs qui, s'ils peuvent en être détachés, sont susceptibles d'être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (M.VAUTHIER, "Analyse d'une construction juridique : les actes détachables en droit administratif", Journal des Tribunaux, 1958,pp. 413 et suiv.). C'est ainsi qu'elle se reconnaît compétente pour annuler notamment la décision d'adjuger qui termine la procédure d'adjudication et la décision de ne pas suivre cette procédure et de traiter de gré à gré.

Dès les premières décisions d'annulation d'un acte détachable, la doctrine s'est posé la question de l'efficacité de ces décisions.

Théoriquement, puisque l'arrêt d'annulation a effet erga omnes, l'acte détachable est supprimé ab initio et les opérations qui ne peuvent se concevoir sans lui , - en l'espèce le contrat -,ne sauraient subsister puisqu'un élément essentiel leur manque.

Mais, dans la réalité, l'arrêt intervient généralement lorsque l'exécution du marché est déjà très avancée,soit même complètement terminée.

.../...

Sans doute, la jurisprudence du Conseil d'Etat a-t-elle exercé une influence certaine sur l'évolution du droit des marchés, sur les études qui ont été effectuées concernant cette importante matière de notre droit administratif, et sur la jurisprudence administrative. Toutefois, à l'égard du soumissionnaire évincé qui a obtenu l'annulation de l'acte adjugeant le marché à un tiers, les arrêts semblent être purement platoniques et ce d'autant plus que jusqu'à présent, les tribunaux de l'ordre judiciaire lui ont refusé des dommages-intérêts en se basant sur le motif qu'il n'avait aucun droit à être adjudicataire (Civ. Bruxelles, 22 novembre 1956, au Journal des Tribunaux, 1957, p. 317,et la note de M. FLAMME; au R.J.D.A. 1957, p. 152,et la note de de GRAND'RY; Civ. Bruxelles, 10 janvier 1959 (inédit); Appel Bruxelles, 20 mars 1959 (inédit)).

Un tel état de choses "crée une situation regrettable qui donne l'impression que l'intervention de l'appareil judiciaire, en cette matière, est vaine et que les arrêts du Conseil d'Etat sont inopérants" (J.SUETENS, Discours prononcé à l'occasion du 25ème anniversaire de l'Institut belge des sciences administratives - Livre du 2ème anniversaire, tome II, page 11).

Le projet ne contient aucune disposition relative au contentieux des marchés publics,alors que l'efficacité du nouveau régime prévu est nécessairement liée à l'organisation d'un contentieux adéquat. Des solutions sont cependant possibles qui devraient comprendre non seulement une abréviation des délais de recours et

.../...

de procédure, mais également l'organisation d'un sursis à la décision définitive octroyant le marché (J. POORTERMAN, "Entreprises de travaux publics et de fournitures", 1953, p. 201: M. FLAMME, au Journal des Tribunaux, 1957, pp. 322-323; F.M. REMION, "Communication faite au séminaire organisé à Chaudfontaine en mai 1960 par la commission droit et vie des affaires de la faculté de droit de Liège"- Annales de la faculté de droit de Liège - 1960, n° 3, p. 427).

\+

\+ +

EXAMEN DES ARTICLES.

L'intitulé du projet gagnerait à être rédigé comme suit :

"Loi relative aux marchés passés au nom de l'Etat".

\+

\+ +

Article 1er.

L'article 1er du projet fixe les règles générales qui doivent être suivies pour tous "les marchés de travaux et de fournitures de biens ou de services" passés au nom de l'Etat.

.../...

En définissant de cette manière les marchés qui seront soumis aux règles fixées par le projet, celui-ci reprend la terminologie du projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat (session 1958-1959, Sénat, Doc. parl. n° 160 - articles 7 et 22).

L'intention du Gouvernement est de comprendre sous la notion "fourniture de services", non seulement les marchés relatifs à des transports comme les textes actuels le prévoient (arrêté royal du 5 octobre 1955), mais également d'autres "services" tels les travaux de nettoyage, d'entretien des appareils de sécurité contre l'incendie,et d'autres. Il comprend donc sous les mots "fourniture de services" des contrats de louage d'industrie au sens donné à ces mots par la doctrine (DE PAGE dans le tome IV de son traité élémentaire de droit civil).

Cette précision pourrait utilement être donnée dans l'exposé des motifs.

L'article 1er du projet dispose que les marchés "sont passés après mise en concurrence, avec publicité et à forfait". La formule plus ramassée de l'article 21 de la loi du 15 mai 1846 semble meilleure ; tous les marchés "sont faits avec concurrence, publicité et à forfait".

\+

\+ \+

.../...

Article 2.

L'alinéa 1er de l'article 2 a trait à la revision des prix qui ont été fixés forfaitairement; l'alinéa 2, par contre, prévoit qu'il est possible de passer des marchés sans fixation forfaitaire des prix. Ces deux alinéas procèdent d'ordres d'idées différents; ils devraient faire l'objet de deux paragraphes distincts.

Suivant l'article 2, alinéa 1er, du projet, "le caractère forfaitaire des marchés ne fait pas obstacle à la revision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social".

Après avoir rappelé que l'article 2 légalise les clauses de revision de prix qui sont des dérogations à la règle du forfait, l'exposé des motifs ajoute :

"Le forfait est ainsi limité aux risques techniques découlant :
1° de l'importance réelle des travaux;
2° des difficultés d'exécution ,
les clauses de revision couvrant les entrepreneurs contre les risques d'ordre économique ou social".

.../...

S'il entre dans les intentions du Gouvernement de prémunir non seulement l'adjudicataire mais également l'administration à l'égard des variations des divers éléments constitutifs du prix, il y aurait lieu de compléter l'exposé des motifs; celui-ci, en effet, pourrait provoquer une interprétation de l'article 2, alinéa 2, au seul bénéfice des cocontractants de l'Etat.

L'article 2, alinéa 2, du projet gagnerait à être rédigé comme suit :

"§ 2. Peuvent être passés sans fixation forfaitaire des prix, des marchés qui, en cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles, ont trait à des travaux urgents dont la nature et les possibilités de réalisation sont difficiles à définir".

Tel qu'il est rédigé, cet article 2, alinéa 2, n'a trait qu'aux seuls marchés de travaux publics. Si l'intention du Gouvernement était de permettre la dérogation prévue également pour des marchés de fournitures de biens ou de services, le projet devrait être complété.

+

\+ +

.../...

Article 4.

L'article 4 du projet dispose :

"Des avances à titre de provision ne peuvent être octroyées que dans les conditions déterminées par le Roi".

Aucune disposition générale ne permet actuellement le paiement d'avances à titre de provision. La loi du 14 décembre 1946, modifiant la loi du 15 mai 1846 organique de la comptabilité de l'Etat, a toutefois pris une disposition spéciale pour les marchés ayant trait aux matériels et munitions indispensables aux besoins de l'armée, lorsque ces marchés sont passés à l'étranger (article 5 complétant l'article 20 de la loi du 15 mai 1846).

D'autres dispositions à caractère non permanent ont été prises par des lois de budgets.

L'article 4 du projet inscrit dans la loi le principe de l'octroi d'avances à titre de provision. Tel qu'il est rédigé, cet article ne répond pas parfaitement aux intentions du Gouvernement qui, dans l'exposé des motifs, écrit que cet octroi d'avances "doit demeurer exceptionnel, comme l'indique la formulation négative du texte légal".

Il est proposé, pour répondre à ces intentions, de rédiger l'article 4 de la manière suivante :

.../...

"Article 4.-

Dans des cas exceptionnels, des avances peuvent être accordées, à titre de provision, suivant les conditions et les modalités que le Roi détermine".

+

+ +

Article 5.

L'article 5 du projet contient deux dispositions d'ordre différent. La première , qui forme les alinéas 1er et 3, énumère les divers modes de passation de marchés et prévoit que le choix d'une procédure autre que celle de l'adjudication publique doit faire l'objet d'une décision motivée.

La seconde, qui forme l'alinéa 2, donne les caractéristiques de l'adjudication publique quant à l'appel à la concurrence et à la publicité des séances d'ouverture des soumissions.

Il serait souhaitable de rédiger les alinéas 1er et 3 sous forme d'article séparé,qui figurerait en tête du chapitre II.

Concernant la décision motivée de choisir une autre procédure que celle de l'adjudication publique, on lit dans l'exposé des motifs :

.../...

"Précisons que cette motivation ne doit pas être rendue dans une forme spéciale; elle peut être constituée par l'accord préalable ou même par l'approbation finale du marché par l'autorité compétente, celle-ci faisant ainsi siens les motifs du service. Mais en exigeant une décision motivée, la loi veut que les services ne se contentent pas de viser l'article invoqué; ils sont tenus d'en justifier in concreto l'applicabilité, sous le contrôle de la Cour des comptes".

Une telle explication est en contradiction avec le texte proposé. A partir du moment où l'on charge le Ministre de prendre une décision motivée , on ne peut concevoir que cette décision soit contenue implicitement dans l'acte d'approbation final du marché. L'admettre serait rendre l'article 5, alinéa 3, inutile; les articles 6, 8 et 10 du projet prévoient les cas dans lesquels il peut être dérogé à la règle de l'adjudication publique; une décision de dérogation doit donc nécessairement exister avant la procédure de passation du marché.

Suivant l'article 5, alinéa 3, du projet la décision de choisir une procédure autre que celle de l'adjudication publique "est communiquée à la Cour des comptes".

.../...

Comme il vient d'être dit, l'exposé des motifs explique la nécessité de motiver une telle décision en précisant que les services sont tenus d'en justifier concrètement les raisons "sous le contrôle de la Cour des comptes".

Un autre article du projet contient une disposition similaire. Selon l'article 7, alinéa 2, la décision du Ministre de déroger dans un cas spécial au principe de l'octroi du marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, doit également être motivée "et communiquée à la Cour des comptes".

Suivant les explications données au Conseil d'Etat, en prévoyant dans le projet l'obligation de communiquer ces deux décisions à la Cour des comptes, le Gouvernement n'entend nullement modifier, en quoi que ce soit, la compétence de cette Haute Cour. Il veut simplement permettre à celle-ci de remplir sa mission légale en lui donnant tous les documents qui lui sont nécessaires.

Cette obligation de faire parvenir à la Cour des comptes les diverses pièces constituant le dossier des marchés de l'Etat trouverait mieux sa place dans un texte réglementaire. Dans la matière des marchés de l'Etat, c'est traditionnellement le Roi qui établit une telle obligation (arrêté royal du 10 décembre 1868 portant règlement général sur la comptabilité publique, articles 96, 97 et 98; arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat , articles 43 et 44).

.../...

Si le Gouvernement suit cette suggestion, la mention relative à la communication à la Cour des comptes des décisions préalables devrait être omise aux articles 5 et 7, de même que l'allusion dans l'exposé des motifs au contrôle de la Cour des comptes.

Tenant compte de ces observations, l'article 5 nouveau pourrait être rédigé comme suit :

"Article 5.-

Les marchés sont passés par voie d'adjudication publique. Ils peuvent toutefois être passés par voie d'adjudication restreinte, par appel d'offres ou de gré à gré dans les cas prévus par la loi, notamment dans ceux qui sont mentionnés au présent chapitre.

Hormis les cas dont il est question aux articles 6, alinéa 2, 1°, et 10, alinéa 3, 1°, le choix d'une procédure autre que celle de l'adjudication publique doit faire l'objet d'une décision motivée du Ministre (ou de son délégué)" (voir les observations communes aux articles 5 à 10) .

.../...

L'article 5, alinéa 2, énumère certains éléments de la procédure d'adjudication publique. Il devrait faire l'objet d'un article 6; le numérotage des articles qui suivent devra, en conséquence, être modifié.

\+

\+ \+

Article 6.

L'article 6, alinéa 1er, gagnerait à être rédigé comme suit :

"L'adjudication restreinte comporte un appel à la concurrence, limité aux seuls entrepreneurs ou fournisseurs que le Ministre (ou son délégué) décide de consulter; ils sont seuls admis à remettre des soumissions et à assister à l'ouverture de celles-ci" (voir les observations communes aux articles 5 à 10 ci-dessous).

Le liminaire de l'article 6, alinéa 2, serait mieux rédigé comme suit :

"Peuvent être passés par voie d'adjudication restreinte, les marchés : ... ".

.../...

L'article 6, alinéa 2, prévoit que peuvent être passés par voie d'adjudication restreinte, notamment les marchés :

"1° dont l'évaluation ne dépasse pas un montant fixé par le Roi et pour autant que l'offre à approuver ne dépasse pas ce montant de 10 p.c. ".

Suivant les explications qui ont été données au Conseil d'Etat, l'offre à approuver ne doit pas dépasser de plus de 10 p.c. le montant maximum fixé par le Roi, ceci afin de ne pas devoir considérer la procédure suivie comme nulle et commencer une nouvelle procédure, celle de l'adjudication publique, si l'offre à approuver est légèrement au-dessus du montant fixé par le Roi.

Pour répondre aux intentions du Gouvernement, il est proposé de rédiger ce 1° de la manière suivante:

"1° dont l'évaluation faite par l'administration ne dépasse pas un montant fixé par le Roi; le marché peut toutefois être passé par voie d'adjudication restreinte lorsque l'offre à approuver ne dépasse pas de plus de 10 p.c. ce montant ".

Peuvent être également passés par voie d'adjudication restreinte en vertu de l'article 6, alinéa 2, du projet, les marchés :

"3° qu'il se justifie de confier à des fournisseurs préalablement sélectionnés".

.../...

L'exposé des motifs explique cette hypothèse dans les termes suivants :

"Le troisième cas est propre aux entreprises de fournitures et est destiné à corriger les inconvénients de la concurrence illimitée dans ce secteur. C'est en somme la reprise du principe de l'agréation, mais seulement pour les marchés déterminés et suivant des conditions à fixer par l'administration. Tous les intéressés qualifiés devant pouvoir être admis à ces adjudications restreintes, il incombera à l'administration de leur donner les moyens d'y participer, par exemple en lançant des appels publics dans la presse. Il appartiendra au Roi d'organiser les modalités de cette procédure".

L'importance de cette agréation des fournisseurs ne peut pas échapper lorsqu'on voit les termes généraux dans lesquels sont rédigés les articles 6, alinéa 2, 3°, et 8, alinéa 2, 1°.

L'agréation des entrepreneurs est organisée par le législateur; ce devrait être à lui également d'organiser l'agréation des fournisseurs.

Tout au moins devrait-on trouver dans le projet une disposition qui donne au Roi le pouvoir de fixer la procédure et les modalités d'une telle agréation . L'article 6, alinéa 2, 3°, pourrait alors être rédigé comme suit :

"3° qu'il se justifie de confier à des fournisseurs préalablement sélectionnés selon une procédure et des modalités fixées par le Roi".

\+

\+ \+

.../...

Article 7.

L'article 7, alinéa 1er, du projet édicte la règle à suivre, en cas d'adjudication publique ou restreinte , pour le choix de l'adjudicataire.

Cet alinéa gagnerait à être rédigé sous forme de § 1er, de la manière suivante :

"§ 1er. Lorsque l'administration attribue le marché par adjudiciation publique ou adjudication restreinte, elle doit l'adjuger au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

Pour la détermination de l'offre la plus basse, l'administration doit tenir compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, de manière certaine, augmenter les débours qui devront être faits par l'administration ainsi que, si le cahier spécial des charges le prévoit, de coefficients d'ordre technique".

L'article 7, alinéa 2, du projet prévoit des dérogations au principe du choix de la soumission la plus basse. Il est rédigé dans les termes suivants :

"Il ne peut être dérogé à cette règle que par décision du Conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, du Premier Ministre. Toutefois, le Roi peut dispenser de recourir à cette procédure lorsque l'écart entre le montant de l'offre que le Ministre se propose de choisir

.../...

et celui de l'offre régulière la plus basse est inférieur à la fois à 5 p.c. du montant de cette dernière et à une somme en chiffres absolus qu'il détermine : en pareil cas, la décision du Ministre est motivée et communiquée à la Cour des comptes".

La première phrase de cet alinéa reprend la dérogation au principe du choix du plus bas soumissionnaire qui est actuellement prévue par l'article 35, § 4, de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat; cette intervention du Conseil des Ministres, et en cas d'urgence du Premier Ministre, existe depuis longtemps dans le droit des marchés publics.

La seconde phrase de cet alinéa contient une disposition nouvelle que l'exposé des motifs explique de la manière suivante :

"Au surplus, cette disposition est assortie d'une délégation au Roi qui permettra de légaliser et même d'assouplir un tempérament d'ordre pratique auquel il a été recouru, depuis plusieurs années déjà, en vue de dégorger le Conseil des Ministres des affaires d'intérêt mineur".

Si le but proposé est de légaliser certaines pratiques administratives, on n'aperçoit pas la raison pour laquelle une intervention du Roi sera nécessaire pour dispenser de recourir au Conseil des Ministres ou au Premier Ministre. C'est, en effet, la loi elle-même qui crée cette dispense; elle ne donne au Roi que le pouvoir

.../...

de fixer la somme qui ne pourra être dépassée comme écart entre l'offre la plus basse et celle que le Ministre se propose de choisir.

Il est proposé de rédiger l'article 7, alinéa 2, sous forme de § 2, dans les termes suivants :

"§ 2. Il ne peut être dérogé au § 1er que par décision du Conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, du Premier Ministre.

Il peut cependant être dérogé au § 1er, sans décision du Conseil des Ministres ou du Premier Ministre, lorsque l'écart entre le montant de l'offre que le Ministre se propose de choisir et celui de l'offre régulière la plus basse est inférieur à la fois à 5 p.c. du montant de cette dernière et à une somme fixée en chiffres absolus que le Roi détermine; en pareil cas, la décision du Ministre est motivée".

\+

\+ \+

Lorsque le Ministre se trouve dans les conditions pour pouvoir choisir un soumissionnaire qui n'est pas le plus bas sans devoir recourir au Conseil des Ministres ou au Premier Ministre, il doit motiver sa décision. Suivant les explications qui ont été données au Conseil d'Etat, cette motivation ne doit pas simplement consister en la constatation que les conditions fixées

.../...

par l'article 7, alinéa 2, sont remplies ; la décision doit reposer sur des motifs qui justifient le choix d'une soumission qui n'est pas la plus basse , motifs qui doivent être basés sur l'aptitude des soumissionnaires, sur la qualité des matériaux, etc...

L'exposé des motifs pourrait utilement préciser cette notion de motivation.

+

\+ +

Article 8.

L'article 8 introduit dans notre législation la procédure de l'appel d'offres; elle est reprise de la législation française et notamment du décret du 13 mars 1956.

Cette nouvelle procédure se caractérise tout d'abord par "une mise en concurrence publique ou restreinte", c'est-à-dire un appel public à la concurrence comme en matière d'adjudication publique ,ou un appel limité aux seuls entrepreneurs et fournisseurs choisis par le Ministre comme en matière d'adjudication restreinte.

Le projet devrait être précisé sur ce point.

+

\+ +

.../...

La nouvelle procédure se caractérise également par "le libre choix du cocontractant". Ce choix ne peut cependant être arbitraire; le projet cite une série d'éléments dont on pourra tenir compte pour opérer ce choix. Ces divers éléments, qui sont repris du décret français, ne sont cependant cités qu'à titre exemplatif comme l'indique le mot "notamment", alors que dans le texte français il est précisé qu'on peut tenir compte d'autres éléments, à condition que ceux-ci soient prévus dans l'avis d'appel d'offres.

Suivant les explications données au Conseil d'Etat, il semble bien que ce soit la formule française qui répondele mieux aux intentions du Gouvernement.

Si tel est bien le cas, l'article 8, alinéa 1er, pourrait être rédigé de la manière suivante :

"L'appel d'offres comporte un appel public à la concurrence comme en matière d'adjudication publique ou,si le marché répond aux conditions de l'article 6, un appel restreint à la concurrence comme en matière d'adjudication restreinte.

L'administration choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats,et du délai d'exécution. Le Ministre peut décider que d'autres considérations entreront en ligne de compte; dans ce cas, elles devront avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres".

\+

\+ \+

.../...

L'article 8, alinéa 2, 2°, serait mieux rédigé comme suit :

"2° lorsque le marché a pour objet des travaux ou des fournitures pour lesquels des motifs d'ordre technique ou esthétique justifient la mise en concours entre les hommes de l'art ou les entreprises spécialisées, en raison des recherches particulières qui doivent être effectuées, le concours porte :

a) soit sur l'établissement d'un projet;

b) soit sur l'exécution d'un projet préétabli;

c) soit, à la fois, sur l'établissement d'un projet et sur son exécution".

\+

\+ +

Article 9.

L'article 9 du projet est rédigé comme suit :

"L'accomplissement de la procédure de l'adjudication publique ou restreinte ou l'appel d'offres n'implique pas, pour le Ministre, l'obligation d'attribuer le marché".

Cette disposition reprend, en l'étendant à l'adjudication restreinte et à l'appel d'offres, l'article 34 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955.

.../...

Cet article 34 prévoit, en outre :

"Lorsque l'adjudication a trait à plusieurs lots, elle (l'autorité compétente) a le droit de n'en adjuger que certains et éventuellement d'ordonner une nouvelle adjudication pour les autres".

Si, pour éviter toute difficulté, une telle disposition est nécessaire, l'article 9 pourrait être complété de la manière suivante :

"Lorsque le marché a trait à plusieurs lots, le Ministre a le droit de n'en attribuer que certains et éventuellement d'ordonner, suivant le cas, une nouvelle adjudication ou un nouvel appel d'offres pour les autres".

\+

\+ \+

Suivant l'exposé des motifs, l'article 9 "marque que celui-ci ne confère pas un droit au soumissionnaire le plus bas à l'obtention du marché".

Cette explication est inadéquate en ce qui concerne la procédure de l'appel d'offres, dont une des caractéristiques est justement la liberté dans le choix du cocontractant.

Elle est, de plus, partiellement inexacte en ce qui concerne la procédure de l'adjudication publique et de l'adjudication restreinte. Le fait d'insérer l'article 7 dans la loi donne un droit au plus bas soumissionnaire, sauf les dérogations prévues; il n'a pas

.../...

un droit à voir adjuger le marché, mais si celui-ci est octroyé, il puise dans l'article 7 son droit d'être désigné comme adjudicataire.

L'exposé des motifs devrait être corrigé sur ces points.

\+

\+ +

Article 10.

Après avoir disposé que dans le marché de gré à gré "l'administration engage librement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue librement le marché à l'entrepreneur ou fournisseur qu'elle a retenu", l'article 10 du projet, en son alinéa 2,dispose :

"L'administration reste tenue de mettre en compétition, dans la mesure du possible et par tous les moyens appropriés, les entrepreneurs ou fournisseurs susceptibles de réaliser la prestation qui doit faire l'objet dudit marché".

Suivant les fonctionnaires délégués par le Gouvernement, ce second alinéa doit être considéré comme un conseil adressé à l'administration . Dès lors, il ne devrait trouver sa place que dans l'exposé des motifs.

.../...

L'article 10, alinéa 3, prévoit qu'il peut être traité de gré à gré :

"1° lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant fixé par le Roi".

L'article 6, alinéa 2, 1°, contient une disposition similaire concernant l'adjudication restreinte. L'origine de ces dispositions se trouve dans l'article 22, 1°, de la loi du 15 mai 1846, modifiée par la loi du 13 juillet 1930, qui prévoit qu'il peut être traité de gré à gré :

"pour les fournitures, transports et travaux dont la dépense totale n'excède pas cent mille francs, ou, s'il s'agit d'un marché passé pour cinq années, dont la dépense annuelle n'excède pas trente mille francs".

La loi du 14 décembre 1946 a complété cette disposition :

"Toutefois, aucune limite n'est fixée si leur exécution est confiée aux ateliers des établissements pénitentiaires et autres dépendant du Ministère de la Justice".

Durant les travaux préparatoires de cette loi, il a été expliqué que cette dérogation était prise "dans le but de donner plus de souplesse aux marchés conclus entre les administrations publiques et la Régie du travail pénitentiaire" (session 1939-1940, Chambre des Représentants, Doc. parl. n° 144).

Il faut observer que le projet ne reprend pas une telle dérogation.

.../...

L'article 10 , alinéa 3, prévoit qu'il peut également être traité de gré à gré :

"3° pour les travaux et fournitures dont l'exécution ou la fabrication est exclusivement réservée à ceux qui en détiennent les brevets ou licences d'invention, de perfectionnement ou d'importation, ou bien qui ne peuvent être obtenus que d'un entrepreneur ou fournisseur unique :

...

8° pour les travaux, fournitures et services dont l'exécution ne peut, en raison de nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiée qu'à un entrepreneur ou fournisseur déterminé".

Ces deux dispositions ont trait à des hypothèses très proches l'une de l'autre; il serait dès lors souhaitable d'insérer le 8° directement après le 3°.

Il y aurait également lieu de mettre leur terminologie en concordance. Ceci ne vise pas seulement la notion de fournitures qui semble différente dans ces deux textes et dont il sera question ci-dessous dans les observations relatives aux articles 5 à 10, mais cela vise aussi les mots "l'exécution ou la fabrication" (au 3°) et le mot "exécution" (au 8°); il semble souhaitable d'employer dans les deux cas l'expression "l'exécution ou la fabrication".

.../...

L'article 10, alinéa 3, prévoit qu'il peut être traité de gré à gré :

"4° pour les ouvrages ou objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes éprouvés".

Suivant l'exposé des motifs du projet, l'article 10, alinéa 3, 4°, reprend l'hypothèse prévue à l'article 22, 5°, de la loi du 15 mai 1846, qui est rédigé comme suit :

"Il peut être traité de gré à gré :

...

5° pour les ouvrages et les objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou ouvriers éprouvés".

L'exposé des motifs ajoute cependant que le mot "ouvriers" n'est pas repris "pour marquer davantage le caractère exceptionnel de la dérogation".

Il résulte cependant du texte du projet que le marché n'a pas seulement trait à des ouvrages ou objets d'art pour lesquels un artiste doit intervenir, mais également à des objets de précision; ces derniers sont l'oeuvre de techniciens.

Il est proposé, pour répondre exactement aux intentions du Gouvernement, de rédiger ce 4° de la manière suivante :

.../...

"4° pour les ouvrages ou objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou techniciens éprouvés".

Observations communes aux articles 5 à 10.

Les articles 5 à 10 soulèvent, de plus, deux observations générales .

I.

Les dispositions du projet concernant l'autorité compétente pour passer le marché manquent de précision.

Suivant l'article 5, alinéa 3,du projet : "Le choix d'une procédure autre que celle de l'adjudication publique doit faire l'objet d'une décision motivée du Ministre ou de son délégué".

\+

\+ +

L'article 10 du projet prévoit onze hypothèses dans lesquelles il peut être traité de gré à gré.

Il y a lieu d'attirer l'attention du Gouvernement sur un cas non prévu et dont il est question dans la législation coloniale. Cette hypothèse est celle des travaux supplémentaires, c'est-à-dire de travaux qui n'étaient pas prévus mais dont l'exécution s'avère nécessaire.

Dans son décret du 25 février 1959, le législateur colonial avait prévu que pouvaient être passés de gré à gré :

"Article 4.-

...

2° les marchés de fournitures ou de travaux supplémentaires qui, techniquement, ne peuvent être séparés du marché principal ou dont la dépense n'excède pas 20 p.c. du marché principal".

Ce cas n'est pas prévu dans le projet.

Suivant l'article 6, alinéa 1er, l'appel à la concurrence en cas d'adjudication restreinte "est limité aux seuls entrepreneurs ou fournisseurs que le Ministre ou son délégué décide de consulter".

Dans l'exposé des motifs, on peut lire à ce sujet :

"Il va de soi que le pouvoir conféré au Ministre par la disposition commentée est susceptible d'être délégué, aussi bien que le pouvoir plus étendu, visé par l'article 5, de décider du choix d'une procédure autre que l'adjudication publique".

Suivant l'article 9 du projet : "l'accomplissement de la procédure de l'adjudication publique ou restreinte ou l'appel d'offres n'implique pas, pour le Ministre, l'obligation d'attribuer le marché".

.../...

Dans son commentaire, l'exposé des motifs déclare que ce droit du Ministre est"d'ailleurs susceptible d'être délégué".

On peut retenir de ces textes que c'est au Ministre qu'il appartient de passer le marché, mais qu'il peut déléguer ses pouvoirs.

Le projet devrait fixer cette compétence du Ministre ainsi que les limites de la délégation qu'il peut donner.

Quoi qu'en dise le commentaire de l'article 9, la délégation ne peut se présumer. Tel qu'il est rédigé, le projet n'autorise une délégation du Ministre à un fonctionnaire que dans les cas prévus à l'article 5, alinéa 2, et à l'article 6, alinéa 1er.

Il résulte du reste des explications données au Conseil d'Etat que le projet n'entend pas prévoir une délégation générale du Ministre à un fonctionnaire. La délégation doit être limitée. Elle ne doit notamment pas être permise dans les hypothèses dont il est question à l'article 7, alinéa 2 : lorsqu'il s'agit de déroger, dans les cas d'adjudication publique ou restreinte, à la règle suivant laquelle le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, c'est au Ministre qu'il appartient de saisir le Conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, le Premier Ministre; c'est également au Ministre qu'il appartient d'attribuer le marché lorsque l'écart entre le montant de l'offre qu'il se propose de choisir et celui de l'offre régulière la plus basse est inférieur à la fois à 5 p.c. du montant de cette dernière et à une somme en chiffres absolus que le Roi détermine.

.../...

Il est proposé d'énoncer en un article qui viendrait s'insérer entre les articles 1er et 2 du projet, la règle fixant la compétence du Ministre et celle prévoyant les possibilités de délégation.

Cet article pourrait être rédigé comme suit :

"Article 2.-

Le Ministre intéressé est compétent pour prendre toutes les décisions relatives à la passation des marchés de l'Etat.

Il peut toutefois déléguer ses pouvoirs dans les limites fixées par le Roi".

Si le Gouvernement se rallie à cette suggestion, il n'est plus nécessaire de faire mention de "délégué" du Ministre aux articles 5 et 6 du projet. L'exposé des motifs devrait également être modifié pour en supprimer les passages ayant trait aux délégations.

II.

Comme il a été dit ci-dessus, le projet emploie, pour énumérer les marchés auxquels il s'applique, la terminologie fixée par le projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat : "les marchés de travaux et de fournitures de biens ou de services".

.../...

Il en résulte que chaque fois que le projet emploie le mot "fournitures", il entend par là les fournitures de biens et les fournitures de services. De même, lorsqu'il parle de "fournisseurs", il entend ceux qui fournissent des biens et ceux qui prestent des "services".

On peut cependant se demander si telle est bien l'intention du Gouvernement, lorsque le projet emploie dans le texte français les mots "travaux et fournitures" ou "fournisseurs" à l'article 6, alinéa 2, 2° et 3°, à l'article 8, alinéa 2, 1° et 2°, et à l'article 10, alinéa 3, 3° et 11°.

Il y a lieu de plus, d'observer qu'à l'article 10, alinéa 3, 5° et 8° , le projet emploie une autre formule : "les travaux, fournitures ou (et) services".

La terminologie du projet devrait, à cet égard, être revue pour qu'aucun doute ne subsiste quant à l'application aux services de certaines de ses dispositions.

\+

\+ \+

L'article 11 du projet abroge divers textes législatifs; l'article 12 a trait à l'entrée en vigueur du projet. Ces deux articles sont rangés sous le chapitre II du projet, qui a trait aux modes de passation de marchés; ils devraient plutôt trouver leur place dans un chapitre III, qui pourrait être intitulé "Dispositions finales".

\+

\+ \+

.../...

Article 11.

En vertu de l'article 11, 1°, est abrogé notamment l'article 19 de la loi du 15 mai 1846, modifiée par la loi du 14 décembre 1946, qui dispose, en son alinéa 1er :

"Les Ministres ne font aucun contrat, marché ou adjudication pour un terme dépassant la durée du budget".

Les autres alinéas de cet article prévoient certaines exceptions ou dérogations à ce principe.

Le projet abroge également, par son article 11, 2°, toute une série de lois qui ont dérogé au principe de l'article 19.

"Il n'a pas paru nécessaire, lit-on dans l'exposé des motifs, de reprendre la règle de l'annalité des marchés - simple corollaire de l'annalité du budget- posée par l'article 19, les dispositions du projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat étant suffisamment explicites, tant en ce qui concerne le principe que les exceptions (crédits d'engagement, contrats de louage de biens ou de services, etc...)".

Si l'article 19 de la loi du 15 mai 1846 est abrogé en raison des dispositions du projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat, c'est dans ce projet de loi que cet article et les lois qui y ont dérogé doivent être abrogés. Procéder à ces abrogations dans l'actuel projet pourrait

.../...

avoir comme résultat qu'aucune règle ne serait relative à l'annalité des marchés si le présent projet était voté et entrait en vigueur avant le projet modifiant les lois sur la comptabilité de l'Etat. Dans le cas inverse, si le projet sur la comptabilité de l'Etat entrait en vigueur avant l'actuel projet, l'on serait en présence de deux législations concernant cette question.

Il y aurait dès lors lieu d'amender le projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat en complétant son article 77, § 2, par une disposition abrogeant l'article 19 de la loi du 15 mai 1846, modifié par la loi du 14 décembre 1946, ainsi que les diverses lois citées à l'article 11, 2°, du présent projet.

\+

\+ \+

Le projet entend rénover complètement la matière des marchés de l'Etat. On peut, dès lors, se demander s'il n'y a pas lieu d'abroger d'autres dispositions législatives que celles qui sont mentionnées à l'article 11 du projet.

Le décret des 8-10 juillet 1791 concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs, est toujours considéré - tout au moins en certaines de ses dispositions- comme étant en vigueur. Ce décret est reproduit au Recueil de la législation générale en vigueur en Belgique (tome I, p.70, n°77).

.../...

Le titre VI de ce décret a trait à l'administration des travaux militaires; il dispose en son article 3 :

"Tous les travaux de construction, entretien ou réparation des fortifications, bâtiments et établissements militaires quelconques, et de tout ce qui en dépend, seront faits par entreprise, d'après une adjudication au rabais. Cette adjudication ne sera jamais passée en masse, mais elle comprendra le détail des prix affectés à chaque nature d'ouvrages et de matériaux qui seront employés".

Les articles suivants ont trait à la procédure d'adjudication.

Suivant les explications données par les délégués du Gouvernement, ces dispositions devraient être abrogées; il y aurait lieu de compléter l'article 11 du projet sur ce point.

Il importe toutefois d'observer que certaines de ces dispositions (les articles 5 à 10) sont également applicables pour l'affermage des terrains dépendant des fortifications, susceptibles d'être cultivés (titre Ier, article 23). S'il entre dans les intentions du Gouvernement de maintenir les articles 5 à 10 du titre VI de ce décret pour la procédure d'affermage, la formule d'abrogation devrait comporter cette réserve.

.../...

La loi du 6 juillet 1891, modifiant quelques dispositions de la loi sur le droit de patente, dispose en son article 5 :

"Seront sans effet les soumissions faites auprès des administrations publiques par des sociétés anonymes ou coopératives auxquelles ne serait pas annexé un certificat, délivré par le greffe du tribunal de commerce auquel ressortit la société soumissionnaire, attestant que les dispositions légales relatives à la publicité du bilan et, s'il y a lieu, de la liste des membres, ont été observées pendant l'année précédente ou depuis la constitution de la société, si cette constitution remonte à moins d'une année".

L'article 16, § 2, de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat, reprend cette disposition et ajoute :

"Ce certificat peut être remplacé, en ce qui concerne les sociétés anonymes, par les annexes du Moniteur belge publiant le bilan".

Si le Gouvernement estimait qu'il y a lieu d'abroger l'article 5 de cette loi du 6 juillet 1891, il faudrait compléter l'article 11 du projet sur ce point.

+

\+ +

.../...

Incidence du projet sur d'autres lois ou d'autres textes en projet.

I. Projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat.

Il a été signalé ci-dessus que certains amendements devraient être apportés au projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat (session 1958-1959, Sénat, doc. parl. n°160).

D'une manière générale, on peut dire qu'il y aurait intérêt à voir ces deux projets entrer en vigueur à la même date; leur examen concomitant par les Chambres permettrait d'assurer la concordance nécessaire.

Sans examiner entièrement un texte déjà soumis au Parlement, il faut signaler deux dispositions dont le manque de concordance avec des articles du présent projet paraît évident.

L'article 58 du projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat est rédigé comme suit :

"Les Ministres intéressés et le Ministre des Finances déterminent les conditions générales auxquelles les contrats et marchés pour travaux ou fournitures conclus par les entreprises d'Etat peuvent stipuler le paiement d'acomptes avant un service fait et accepté.

Par dérogation aux dispositions des articles 35 et 36, les acomptes sont imputés au budget de l'année au cours de laquelle ils sont payés".

.../...

Une telle disposition prévoit, pour les entreprises d'Etat, un régime différent de celui qui est prévu par les articles 3 et 4 du projet, pour les marchés de l'Etat.

S'il entrait dans les intentions du Gouvernement de n'admettre qu'un système au point de vue acompte et avance, l'article 58, alinéa 1er, cité ci-dessus, devrait être omis.

L'article 59 du même projet de loi est rédigé comme suit :

"Par dérogation à l'article 22, 1°, de la loi du 15 mai 1846, les entreprises d'Etat peuvent traiter de gré à gré pour les fournitures, transports et travaux dont la dépense n'excède pas cinq cent mille francs, ou, s'il s'agit d'un marché passé pour cinq années, dont la dépense annuelle n'excède pas cent cinquante mille francs".

Le présent projet prévoit, en son article 6, que peuvent être passés par adjudication restreinte, notamment les marchés "dont l'évaluation ne dépasse pas un montant fixé par le Roi et pour autant que l'offre à approuver ne dépasse pas ce montant de 10 p.c. ".

L'article 10, alinéa 3, 1°, prévoit, de son côté, qu'il peut être traité de gré à gré, notamment "lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant fixé par le Roi".

.../...

En présence de ces deux dispositions, on peut se demander si l'article 59 du projet relatif à la comptabilité est encore nécessaire.

Si, toutefois, il entrait dans les intentions du Gouvernement d'instituer pour les entreprises d'Etat un régime différent de celui de l'Etat, il y aurait lieu de supprimer l'allusion à l'article 22, 1°, de la loi du 15 mai 1846 que le présent projet abroge en son article 11, 1°.

\+

\+ \+

II. Loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement supérieur dans les universités de l'Etat.

L'article 54 de la loi du 28 avril 1953 dispose :

"Le montant de cent mille francs prévu à l'article 22, 1°, de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat est porté à cinq cent mille francs pour les dépenses de fournitures, travaux et transports faites par les universités de l'Etat".

Si, en dépit des articles 6 et 10 du projet, il entrait dans les intentions du Gouvernement de maintenir un régime spécial pour les universités de l'Etat, il y aurait lieu de modifier l'article 54 de

.../...

la loi du 28 avril 1953 et de prévoir que "les universités peuvent passer des marchés de travaux, de fournitures de biens et de services, de gré à gré, lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant de cinq cent mille francs".

Si une telle disposition était nécessaire, elle pourrait être insérée au chapitre III du projet, immédiatement avant l'article prévoyant les dispositions abrogatoires.

Si tel n'était pas le cas, il y aurait lieu d'abroger l'article 54 de la loi du 28 avril 1953.

\+

\+ +

III. Loi du 9 août 1955 instituant un Fonds des routes 1955-1969.

Le Fonds des routes qui, en vertu de l'article 16 de sa loi organique, est soumis aux dispositions de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, a cependant un régime de marchés différent de celui des autres organismes soumis à cette loi de 1954.

.../...

L'article 14 de la loi du 9 août 1955 dispose, en effet :

"Tous les marchés pour travaux et fournitures, au nom du Fonds, sont soumis aux dispositions des articles 20 à 22 de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat".

Par son article 11, 1°, le projet abroge les articles 20 à 22 de la loi du 15 mai 1846.

Il y aurait dès lors lieu de modifier l'article 14 de la loi du 9 août 1955, soit en prévoyant un régime propre pour le Fonds des routes, régime qui reprendrait les articles 20 à 22 de la loi du 15 mai 1846, soit en prévoyant que les dispositions législatives relatives aux marchés passés au nom de l'Etat sont applicables audit Fonds.

Une telle disposition pourrait trouver sa place dans le chapitre III du projet, immédiatement avant l'article 11.

IV. Arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs.

L'arrêté-loi du 3 février 1947 dispose, en son article 1er :

"Sans préjudice de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat, ... ".

.../...

Le projet abrogeant les articles 20 à 22 de la loi du 15 mai 1846, cet article 1er devrait être modifié de la manière suivante :

"Sans préjudice des dispositions législatives relatives aux modes de passation des marchés publics...".

\+

\+ +

L'avis ci-dessus contient des observations de forme qui, si elles sont suivies, nécessiteront des modifications au numérotage des articles. Afin que la lecture de l'avis soit rendue plus aisée, il est suggéré de le faire précéder , dans la publication qui en sera faite, par le texte du projet tel qu'il a été soumis au Conseil d'Etat.

\+

\+ +

En outre, la version néerlandaise de l'avant-projet appelle certaines modifications de forme qui figurent à la fin du présent avis.

Het ontwerp strekt tot vervanging van de bepalingen die in de wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit handelen over het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat.

\+

\+ +

ALGEMENE OPMERKINGEN.

I. De huidige regeling, die sedert 1846 alleen maar detailwijzigingen heeft ondergaan, bepaalt, dat "alle kopen in naam van de Staat worden aangegaan met mededinging, met openbaarmaking en tegen een vaste prijs" (artikel 21 van de wet van 15 mei 1846).Er zijn echter een aantal uitzonderingen waarin ondershands mag worden overeengekomen (artikel 22 van dezelfde wet).

Om de redenen die in de memorie van toelichting zijn uiteengezet, vervangt het ontwerp die procedures door een veelzijdiger regeling. Openbare aanbesteding blijft het beginsel, maar in tal van gevallen mag hiervan worden afgeweken :

- overeenkomsten kunnen bij wege van aanbesteding met beperkt beroep op mededinging worden gesloten in de vijf onder artikel 6 genoemde gevallen ;
- overeenkomsten kunnen bij wege van prijsaanvraag worden gesloten in de drie onder artikel 8 genoemde gevallen ; de prijsaanvraag omvat een algemeen beroep op mededinging of, in de gevallen van artikel 6, een beperkt beroep op mededinging ;
- onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten in de elf onder artikel 10 genoemde gevallen, terwijl thans slechts negen gevallen hiervoor in aanmerking komen.

De veelzijdigheid van deze regeling dreigt de toepassing ervan te bemoeilijken.

\+

\+ +

II. Volgens de memorie van toelichting zijn soepeler procedures voor het sluiten van openbare overeenkomsten reeds op het binnenlandse plan door de ingrijpende hervormingen van de overeenkomsten zelf gewettigd, maar is er op het internationale plan, wegens de verscheidenheid in de wetgeving van België's partners in de Europese Economische Gemeenschap, werkelijk behoefte aan.

Voor de overeenkomsten van de Staat hebben die landen oplossingen gekozen "die hierin overeenstemmen dat zij zich gemakkelijk aanpassen aan de noodwendigheden van het economisch leven en van zijn evolutie".

Na die oplossingen te hebben genoemd, besluit de memorie van toelichting :

"Aldus kent België, onder de landen leden van de Europese Economische Gemeenschap, het meest strakke regime dat bestaat, het enige dat, buiten het uitzonderlijk beroep op de onderhandse overeenkomst, slechts één enkele procedure biedt, procedure die met betrekking tot het toepassingsgebied een bindende bevoegdheid in zich sluit.

.../...

Het is dan ook licht te begrijpen dat de hervorming van de overeenkomsten van de Staat, die reeds op binnenlands plan gewettigd is, zich werkelijk opdringt op het internationaal plan. Ze beantwoordt aan het algemeen verlangen van de betrokken beroepsverenigingen die er terecht om bezorgd zijn de nationale bedrijven op gelijke voet te zien geplaatst met deze van de partner-Staten voor de toepassing van de bepalingen ter zake van het verdrag houdende instelling van de Europese Economische Gemeenschap en inzonderheid deze van artikel 7".

De Europese Economische Gemeenschap heeft tot taak, "door het instellen van een gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de lid-Staten te bevorderen de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, een toenemende verbetering van de levensstandaard en nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde Staten" (artikel 2 van het verdrag).

Ten einde deze doelstellingen te bereiken, zal de Gemeenschap onder meer moeten zorgen voor "de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst" (artikel 3, f, van het verdrag).

Het verdrag handelt slechts op twee plaatsen over openbare overeenkomsten. Artikel 132 huldigt de gelijkheid ter zake van openbare overeenkomsten voor de gemeenschappelijk gefinancierde werken in de landen van overzee. Artikel 20 van de statuten van de Europese

.../...

Bank bepaalt, dat zij het verstrekken van leningen voor investeringen in Europa afhankelijk kan stellen van het uitschrijven van internationale aanbestedingen.

In artikel 7 huldigt het verdrag echter een beginsel, waarvan het belang moet worden onderstreept :

"Binnen de werkingssfeer van dit verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.

Op voorstel van de commissie en na raadpleging van de vergadering kan de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen regelingen treffen met het oog op het verbod van bedoelde discriminaties".

Andere bepalingen van het verdrag hebben betrekking op het "nader tot elkaar brengen van de nationale wetgevingen" (artikel 3, h, artikel 100) ; andere op maatregelen die moeten worden genomen wanneer er "een distorsie" bestaat (artikel 101) of te vrezen is (artikel 102).

Om in de geest van het verdrag van Rome te blijven,zou de regeling voor het sluiten van openbare overeenkomsten ondernemers en leveranciers van de onderscheiden landen van de Gemeenschap in de gelegenheid moeten stellen, met gelijke kansen in te schrijven voor de overeenkomsten die in elk van die landen worden uitgeschreven.

Het ontwerp, dat het beginsel van de openbare aanbesteding handhaaft, strookt voorzeker met de geest van het verdrag.

.../...

Nochtans zijn, zoals de memorie van toelichting in herinnering brengt, in andere landen ruimere oplossingen aanvaard, waarbij het bestuur over een grotere keuze van mogelijkheden om overeenkomsten te sluiten beschikt dan in België.

In Frankrijk laat het decreet van 13 maart 1956 het bestuur de keuze tussen aanbesteding (openbare of beperkte) en prijsaanvraag (openbare of beperkte) ; alleen in bepaalde gevallen mag ondershands worden overeengekomen (A.de GRAND'RY, "La Réforme des marchés de l'Etat en France", R.J.D.A., 1958, blz. 241 en vlg.; A. de LAUBADERE, "La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat", Revue de droit public, 1958, blz. 5 en vlg.).

In Nederland huldigt artikel 33 van de comptabiliteitswet van 1927 het beginsel van de openbare aanbesteding, maar staat toe, dat van deze regel bij gemotiveerd besluit wordt afgeweken "zowel voor verschillende gelijksoortige gevallen, als voor elk bijzonder geval".

In de Duitse Bondsrepubliek bepaalt de ordonnantie van 31 december 1922, herzien op 30 april 1938, in § 46, dat aan de overeenkomsten een openbare aanbesteding moet voorafgaan, voor zover de aard van de transactie of bijzondere omstandigheden geen afwijking van die procedure wettigen.

Ook Italië kent het beginsel van de openbare aanbesteding en, voor bijzondere gevallen, de beperkte aanbesteding, de onderhandse overeenkomst en de wedstrijd (wet van 20 maart 1865 en R.D. 18 november 1923 - 23 mei 1924). In feite echter worden de overeenkomsten

.../ ...

doorgaans bij wege van beperkte aanbesteding gesloten (verslag van de Raad van State van Italië 1931-1935, aangehaald door G.ROEHRSSEN DI CAMMERATA, I Contratti della pubblica administrazione, Deel I, blz. 174).

In het Groothertogdom Luxemburg vertoont de regeling vrij grote gelijkenis met die welke thans in België wordt toegepast. De wet van 27 juli 1936 op de comptabiliteit van de Staat bepaalt in artikel 36, dat openbare overeenkomsten moeten worden gesloten met mededinging en openbaarmaking. In bijzondere gevallen kunnen echter ook overeenkomsten bij wege van beperkte aanbesteding en ondershands worden gesloten.

Om 's lands ondernemingen op gelijke voet te stellen met die van genoemde Staten, stelt het ontwerp, met behoud van het beginsel van de openbare aanbesteding, nieuwe procedures in voor het sluiten van overeenkomsten, waarbij het bestuur over een ruimere bevoegdheid beschikt bij het kiezen van inschrijvers en medecontractant: beperkte aanbesteding en prijsaanvraag.

Beantwoordt het ontwerp daarmee ten volle aan het gestelde doel, met andere woorden, stelt het de Belgische ondernemingen op gelijke voet met die van de overige Staten van de Europese Economische Gemeenschap ?

Algehele gelijkheid kan alleen bestaan indien het bestuur, zoals in de overige landen, de keuze heeft uit verschillende procédés voor het sluiten van overeenkomsten. Komt die hervorming niet tot stand, dan zal onze wetgeving minder soepel blijven dan die van onze partners in de Gemeenschappelijke Markt.

.../..

Toch moet worden vastgesteld, dat de van Regeringswege ontworpen regeling strookt met de geest van het verdrag van Rome. De door het ontwerp ingeslagen richting is dan ook die waarin de harmonisatie van de onderscheiden wetgevingen tot stand zou moeten komen.

III. Een derde algemene opmerking heeft betrekking op de geschillen inzake openbare overeenkomsten.

Vóór de instelling van de Raad van State was er in betwistingen betreffende de wijze waarop overeenkomsten werden gesloten, geen beroep bij de rechtbanken. Geweerde inschrijvers konden geen vordering instellen met het oog op uitspraak over de regelmatigheid van de toegepaste procedure.

De afdeling administratie van de Raad van State, die bevoegd is om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring tegen akten van administratieve overheden (artikel 9 van de wet van 23 december 1946), heeft reeds bij haar eerste kennisneming van een beroep tot nietigverklaring van een aanbesteding, de Franse theorie van de "actes détachables" toegepast. Het sluiten van een overeenkomst door de overheid is een ingewikkelde verrichting ; de eigenlijke overeenkomst gaat gepaard met een aantal administratieve akten die, indien zij van de eigenlijke overeenkomst kunnen worden losgemaakt, het onderwerp van een beroep wegens machtsoverschrijding kunnen zijn (M.VAUTHIER, "Analyse d'une construction juridique : les actes détachables en droit administratif", Journal des Tribunaux, 1958, blz. 413 en volgende). Zo acht de afdeling zich bevoegd tot het nietig verklaren van de beslissing tot toewijzing die de procedure van aanbesteding afsluit en van de beslissing om die procedure niet te volgen en een onderhandse overeenkomst te sluiten.

.../...

Reeds bij de eerste beslissingen tot nietigverklaring van een "acte détachable" is in de rechtsleer de vraag gerezen naar de doeltreffendheid van die beslissingen.

Theoretisch vervalt de "acte détachable" ab initio, aangezien het arrest tot vernietiging erga omnes geldt, en kunnen de verrichtingen die zonder die akte - in dit geval het contract - niet denkbaar zijn, niet blijven bestaan aangezien een essentieel bestanddeel ervan ontbreekt.

In feite echter wordt het arrest doorgaans gewezen wanneer de uitvoering van de overeenkomst reeds ver gevorderd, zo niet volledig beëindigd is.

De rechtspraak van de Raad van State heeft ontegenzeglijk een invloed gehad op de evolutie van het overeenkomstenrecht, op de studies over dit belangrijke onderdeel van ons administratief recht en op de administratieve rechtspraak. Ten aanzien van de geweerde inschrijver, die de vernietiging van de akte waarbij de overeenkomst aan een derde is toegewezen,heeft verkregen, schijnen de arresten zuiver platonisch te zijn, te meer daar de gewone rechtbanken hem tot dusver schadevergoeding hebben geweigerd op grond van de overweging, dat hij op toewijzing van de overeenkomst geen enkel recht had (Burg.Rechtb.Brussel, 22 november 1956, Journal des Tribunaux 1957, blz. 317,met nota van M.FLAMME ; R.J.D.A., 1957, blz. 152, met nota van de GRAND'RY; Burg.Rechtb.Brussel,10 januari 1959 (niet gepubliceerd); beroep Brussel, 20 maart 1959 (niet gepubliceerd).

.../...

Door een zodanige stand van zaken "ontstaat een betreurenswaardige toestand die de indruk wekt dat de tussenkomst van het gerechtelijk apparaat in dezen vergeefs is en dat de arresten van de Raad van State onwerkzaam zijn" (J.SUETENS, Rede gehouden bij de 25e verjaring van het Belgisch Instituut voor administratieve wetenschappen - Boek van de 25e verjaring, deel II, blz. 11).

Het ontwerp bevat geen bepaling betreffende de geschillenberechting inzake openbare overeenkomsten, ofschoon de organisatie van een behoorlijke berechting de vooronderstelling van een doeltreffende toepassing van de nieuwe voorzieningen is. Oplossingen zijn evenwel denkbaar, namelijk verkorting van de termijnen voor beroep en procedure, en bovendien opschorting van de eindbeslissing tot toewijzing van de overeenkomst (J.POORTERMAN, "Entreprises de travaux publics et de fournitures", 1953, blz. 201; M.FLAMME, in Journal des Tribunaux, 1957, blz. 322-323 ; F.M.REMION, "Communication faite au séminaire organisé à Chaudfontaine en mai 1960 par la Commission droit et vie des affaires de la faculté de droit de Liège" (Annales de la faculté de droit de Liège , 1960 - nr 3, p.427).

ONDERZOEK DER ARTIKELEN.

Het opschrift van het ontwerp kan beter worden gelezen als volgt :

"Wet betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat".

\+

\+ \+

.../...

Artikel 1.

Artikel 1 van het ontwerp bepaalt de algemene regelen die bij alle voor rekening van de Staat gesloten "overeenkomsten betreffende werken en levering van goederen of diensten" in acht moeten worden genomen.

Met deze definitie van de hier bedoelde overeenkomsten sluit het ontwerp aan bij de terminologie van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit (zitting 1958-1959, Senaat, Gedr.st. nr 160 - artikelen 7 en 22).

Onder "levering van diensten" wenst de Regering niet alleen te verstaan overeenkomsten betreffende transporten, zoals in de huidige teksten (koninklijk besluit van 5 oktober 1955), maar ook andere "diensten" , als reinigingswerken, onderhoud van blustoestellen en zo meer. "Levering van diensten" slaat dus mede op "Contrats de louages d'industrie" in de betekenis welke DE PAGE hieraan geeft in deel IV van zijn "Traité élémentaire de droit civil belge". Het ware nuttig dit in de memorie van toelichting aan te geven.

.../...

Artikel 1 van het ontwerp bepaalt, dat de overeenkomsten "worden gesloten na beroep op de mededinging met openbaarmaking en tegen forfaitaire prijs". De beknoptere formule van artikel 21 van de wet van 15 mei 1846 lijkt beter : alle overeenkomsten "worden gesloten met mededinging, met openbaarmaking en tegen een vaste prijs".

\+

\+ +

Artikel 2.

Het eerste lid van artikel 2 handelt over de herziening van overeengekomen vaste prijzen ; het tweede lid daarentegen bepaalt, dat overeenkomsten kunnen worden gesloten zonder dat zulke vaste prijs wordt bedongen. Het verschil in gedachtengang tussen beide alinea's wettigt het gebruik van twee paragrafen.

Luidens artikel 2, eerste lid, van het ontwerp, vormt "het forfaitair karakter van de overeenkomsten geen beletsel tegen de herziening van de prijzen in functie van bepaalde factoren van economische of sociale aard".

Na te hebben gezegd, dat artikel 2 de bepalingen inzake prijsherziening, die afwijkingen zijn van de regel van de vaste prijs,"legaliseert", vervolgt de memorie van toelichting :

"Het forfaitair karakter wordt aldus beperkt tot de technische risico's voortvloeiend uit :

.../...

1° het werkelijk belang van de werken ;
2° de moeilijkheden van uitvoering, aangezien de bepalingen van herziening de aannemers dekken tegen de risico's van economische of sociale aard".

Mocht het in de bedoeling van de Regering liggen niet alleen de aannemer, maar ook het bestuur te beveiligen tegen de schommelingen van de prijsvormende gegevens, dan behoort de memorie van toelichting te worden aangevuld ; nu kan zij er aanleiding toe geven, dat artikel 2, tweede lid, alleen in het voordeel van de medecontractanten van de Staat wordt geïnterpreteerd.

Artikel 2, tweede lid, van het ontwerp kan beter worden gelezen als volgt :

"§ 2. Zonder bepaling van vaste prijs, kunnen overeenkomsten worden gesloten die, onder buitengewone en niet te voorziene omstandigheden, betrekking hebben op spoedeisend werk waarvan de aard en de uitvoeringsmogelijkheden moeilijk te bepalen zijn".

In zijn huidige tekst slaat dit artikel 2, tweede lid, alleen op overeenkomsten voor openbare werken. Wil de Regering ook afwijkingen toestaan voor overeenkomsten betreffende levering van goederen of diensten, dan behoort het ontwerp te worden aangevuld.

+

+ +

.../...

Artikel 4.

Dit artikel bepaalt :

"Provisionele voorschotten mogen slechts onder de door de Koning vastgestelde voorwaarden worden verleend".

Geen algemene bepaling machtigt thans tot het uitkeren van provisionele voorschotten. De wet van 14 december 1946 tot wijziging van de wet van 15 mei 1846 op de comptabiliteit van de Staat bevat echter een bijzondere voorziening voor in het buitenland gesloten overeenkomsten betreffende materieel en munitie welke onmisbaar zijn voor de behoeften van het leger (artikel 5,dat artikel 20 van de wet van 15 mei 1846 aanvult).

Andere bepalingen van voorbijgaande aard zijn in begrotingswetten neergelegd.

Artikel 4 van het ontwerp neemt het beginsel van de provisionele voorschotten in de wet op. In zijn huidige tekst beantwoordt dit artikel niet volkomen aan de bedoeling van de Regering, die in de memorie van toelichting zegt, dat die toekenning van voorschotten "een uitzondering moet blijven, zoals blijkt uit de negatieve formulering van de wettekst".

Om die bedoeling weer te geven, wordt voorgesteld artikel 4 te lezen als volgt :

.../...

"Artikel 4.-

In uitzonderingsgevallen kunnen provisionele voorschotten worden verleend volgens voorwaarden en nadere regelen die de Koning bepaalt".

+

+ +

Artikel 5.

Artikel 5 van het ontwerp bevat bepalingen van tweeërlei soort. Aan de ene kant wordt in het eerste en het derde lid aangegeven hoe overeenkomsten kunnen worden gesloten, en wordt gezegd dat een gemotiveerde beslissing nodig is als een andere wijze dan de openbare aanbesteding wordt gekozen.

Het tweede lid van zijn kant geeft de kenmerken van de openbare aanbesteding ter zake van het beroep op mededinging en de openbaarheid van de zittingen waarop de inschrijvingen worden geopend.

Het ware beter aan de inhoud van het eerste en het derde lid een afzonderlijk artikel te wijden, waarmee hoofdstuk II kan beginnen.

In verband met de gemotiveerde beslissing, een andere procedure dan de openbare aanbesteding te kiezen, zegt de memorie van toelichting :

.../...

"Vermelden wij dat deze motivering niet in een bijzondere vorm moet gebeuren ; ze kan bestaan uit een voorafgaande overeenkomst of zelfs uit de uiteindelijke goedkeuring van de overeenkomst door de bevoegde overheid, die daardoor de beweegredenen van de dienst tot de hare maakt. De eis van een gemotiveerde beslissing wijst er echter op dat de wet eraan houdt dat de diensten er zich niet mee zouden tevreden stellen het ingeroepen artikel te vermelden : ze zijn ertoe verplicht de toepasselijkheid ervan in concreto te verantwoorden, onder de controle van het Rekenhof".

Deze uitleg wordt door de voorgestelde tekst tegengesproken. Zodra de Minister een gemotiveerde beslissing moet nemen, wordt het ondenkbaar dat die beslissing impliciet vooronderstelde zou zijn in de akte tot uiteindelijke goedkeuring van de overeenkomst. Dit te aanvaarden, zou artikel 5, derde lid, overbodig maken; de artikelen 6, 8 en 10 van het ontwerp zeggen in welke gevallen van de regel der openbare aanbesteding mag worden afgeweken; een beslissing tot afwijking moet dus noodzakelijk bestaan vooraleer de procedure voor het sluiten van de overeenkomst wordt ingezet.

Volgens artikel 5, derde lid, van het ontwerp wordt de beslissing waarbij een andere wijze dan de openbare aanbesteding wordt gekozen, "medegedeeld aan het Rekenhof".

.../...

Zoals reeds is gezegd,verklaart de memorie van toelichting de noodzaak tot het motiveren van zodanige beslissing hierdoor, dat de diensten gehouden zijn de redenen ervan in concreto te verantwoorden "onder de controle van het Rekenhof".

Een soortgelijke bepaling staat in een ander artikel van het ontwerp. Volgens artikel 7, tweede lid, moet ook de beslissing van de Minister om in een bijzonder geval af te wijken van het beginsel dat de overeenkomst wordt toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, worden gemotiveerd "en aan het Rekenhof medegedeeld".

Volgens de aan de Raad van State verstrekte uitleg bedoelt de Regering met het opleggen van de verplichting beide beslissingen aan het Rekenhof mede te delen, hoegenaamd niet de bevoegdheid van dit Hoge Hof in enige mate te wijzigen; zij wil alleen dat het over alle nodige documenten beschikt om zijn wettelijke opdracht te vervullen.

Deze verplichting om alle stukken uit het dossier van de door de Staat gesloten overeenkomsten aan het Rekenhof mede te delen, ware beter op haar plaats in een verordening. Inzake overeenkomsten van de Staat worden zodanige verplichtingen traditioneel door de Koning opgelegd (koninklijk besluit van 10 december 1868 houdende algemeen reglement op de Rijkscomptabiliteit, artikelen 96, 97 en 98; koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat, artikelen 43 en 44).

.../...

Gaat de Regering op deze aanbeveling in, dan hoeft er in de artikelen 5 en 7 geen sprake te zijn van mededeling van de voorafgaande beslissingen aan het Rekenhof, terwijl de memorie van toelichting dan de controle van het Rekenhof onbesproken kan laten.

Met inachtneming van al deze opmerkingen,ware het nieuwe artikel 5 te lezen als volgt :

"Artikel 5.-

De overeenkomsten worden gesloten bij wege van openbare aanbesteding. In de gevallen die de wet, inzonderheid dit hoofdstuk bepaalt, kunnen zij echter bij wege van beperkte aanbesteding, door prijsaanvraag of ondershands worden gesloten.

Buiten de gevallen bedoeld in de artikelen 6, tweede lid, 1°,en 10, derde lid, 1°, is een gemotiveerde beslissing van de Minister (of zijn gemachtigde) nodig als een andere procedure dan de openbare aanbesteding wordt gekozen" (zie hieronder de opmerkingen over de artikelen 5 tot 10 samen).

Artikel 5, tweede lid, noemt een aantal bestanddelen van de procedure der openbare aanbesteding. Het zou een artikel 6 moeten vormen, onder vernummering van de daaropvolgende artikelen.

.../...

Artikel 6.

Het eerste lid van dit artikel ware beter te lezen als volgt :

"Beperkte aanbesteding veronderstelt een beroep op mededinging, dat alleen gericht wordt tot die aannemers of leveranciers, welke de Minister (of zijn gemachtigde) besluit te raadplegen; alleen zij mogen inschrijvingen indienen en de opening van die inschrijvingen bijwonen" (zie hieronder de opmerkingen over de artikelen 5 tot 10 samen).

De inleidende volzin van artikel 6, tweede lid, ware beter als volgt te lezen :

"Bij wege van beperkte aanbesteding kunnen worden gesloten : overeenkomsten ...".

Artikel 6, tweede lid, bepaalt, dat bij wege van beperkte aanbesteding onder meer kunnen worden gesloten overeenkomsten :

1° "waarvan het geraamd bedrag een door de Koning vastgestelde som niet overschrijdt en voor zover de goed te keuren aanbieding deze som niet met 10 t.h. overtreft".

.../...

Naar aan de Raad van State is uitgelegd, is het zo dat de goed te keuren offerte het hoogste bedrag dat de Koning voor de raming van de overeenkomst door het bestuur heeft vastgesteld, niet met 10 t.h. dient te overschrijden; de bedoeling is, te voorkomen dat de gevolgde procedure nietig moet worden geacht en dat een nieuwe procedure, met name de openbare aanbesteding, moet worden ingesteld als de goed te keuren offerte alleen maar lichtjes hoger ligt dan het door de Koning vastgestelde bedrag.

Om de bedoeling van de Regering weer te geven, wordt voorgesteld de tekst onder 1° te lezen als volgt :

"1° waarvan de door het bestuur gedane raming niet hoger gaat dan een door de Koning vastgesteld bedrag; de overeenkomst mag echter bij wege van beperkte aanbesteding worden gesloten, wanneer de goed te keuren offerte niet meer dan 10 t.h. hoger ligt dan dit bedrag".

Bij wege van beperkte aanbesteding kunnen krachtens artikel 6, tweede lid, van het ontwerp ook worden gesloten, overeenkomsten :

"3° waarvan de gunning aan voorafgaande geselectioneerde leveranciers verantwoord is".

De memorie licht dit geval toe :

.../...

"Het derde geval is eigen aan de aannemingen van leveringen en heeft tot doel de nadelen van de onbegrensde mededinging in deze sector te ondervangen. Hier wordt eigenlijk het principe van de erkenning hernomen, maar alleen voor bepaalde overeenkomsten en onder voorwaarden die door het bestuur dienen vastgesteld. Daar alle geschikte gegadigden tot die beperkte aanbestedingen moeten kunnen toegelaten worden, zal het bestuur hun de gelegenheid moeten geven eraan deel te nemen, bij voorbeeld door openbare oproepen in de pers. Het zal de Koning behoren de modaliteiten van deze procedure vast te stellen".

Voor wie let op de algemene bewoordingen van de artikelen 6, tweede lid, 3°,en 8, tweede lid, 1°, valt het belang van die erkenning van de leveranciers in het oog.

De wetgever regelt de erkenning van aannemers. Ook het regelen van de erkenning van leveranciers ligt op zijn weg.

Het ontwerp zou op zijn minst een bepaling moeten bevatten, die de Koning tot het vaststellen van procedure en nadere regelen voor zodanige erkenning machtigt. Artikel 6, tweede lid, 3°, kan dan als volgt worden gelezen :

"3° waarvan het verantwoord is, ze te gunnen aan leveranciers die vooraf zijn geselecteerd volgens een procedure en nadere regelen welke de Koning bepaalt".

\+

\+ \+

.../...

Artikel 7.

Artikel 7, eerste lid, van het ontwerp stelt de regel die bij openbare of beperkte aanbesteding moet worden in acht genomen voor het kiezen van de aannemer.

Die tekst kan beter als een § 1 worden gelezen, als volgt :

"§ 1. Wanneer het bestuur de overeenkomst bij openbare of beperkte aanbesteding toewijst, moet zij dit doen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Voor het bepalen van de laagste offerte moet het bestuur rekening houden met de aangeboden prijzen en met de overige berekenbare gegevens waarvan vaststaat dat zij de uitgaven van het bestuur zullen verhogen, alsook, indien de bijzondere aanbestedingsvoorwaarden dit bepalen, met de technische coëfficiënten".

Artikel 7, tweede lid, van het ontwerp bevat afwijkingen op het beginsel, dat de laagste inschrijving wordt gekozen. Het luidt als volgt :

"Van deze regel mag slechts worden afgeweken bij beslissing van de Ministerraad of, bij dringendheid, van de Eerste-Minister. De Koning kan nochtans van deze procedure ontslaan wanneer het verschil tussen het bedrag van de offerte die de Minister denkt te kiezen en dat van de regelmatige laagste offerte terzelfdertijd lager is dan 5 t.h.

.../...

van het bedrag van deze laatste en lager dan een door hem bepaalde som in absolute cijfers : in dergelijk geval wordt de beslissing van de Minister gemotiveerd en aan het Rekenhof medegedeeld".

De eerste volzin van deze tekst bevat dezelfde afwijking van het beginsel dat de laagste inschrijver wordt gekozen, als thans is bepaald in artikel 35, § 4, van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat. Het openbare-overeenkomstenrecht kent sedert lang dit soort optreden van de Ministerraad en, in spoedgevallen, van de Eerste-Minister.

De tweede volzin bevat een nieuwe bepaling welke de Franse tekst van de memorie van toelichting als volgt verklaart :

"Au surplus, cette disposition est assortie d'une délégation au Roi qui permettra de légaliser et même d'assouplir un tempérament d'ordre pratique, auquel il a été recouru depuis plusieurs années déjà, en vue de dégorger le Conseil des Ministres des affaires d'intérêt mineur".

Gaat het erom bepaalde bestuurspraktijken door een wettekst te dekken, dan is het niet duidelijk waarom de Koning zou moeten optreden om van de bemoeiing van de Ministerraad of van de Eerste-Minister vrij te stellen. De wet zelf immers stelt die vrijstelling in. Zij machtigt de Koning alleen tot het vaststellen van het maximumverschil tussen de laagste offerte en die welke de Minister zich voorneemt te kiezen.

.../...

Voorgesteld wordt artikel 7, tweede lid, in de vorm van een § 2 te lezen als volgt :

"§ 2. Van § 1 mag alleen worden afgeweken bij beslissing van de Ministerraad of, in spoedgevallen, van de Eerste-Minister.

Van § 1 mag echter zonder de beslissing van de Ministerraad of van de Eerste Minister worden afgeweken wanneer het verschil tussen het bedrag van de offerte welke de Minister zich voorneemt te kiezen en dat van de laagste regelmatige offerte lager is dan 5 t.h. van het bedrag van deze laatste en tevens lager dan een door de Koning te bepalen bedrag in absolute cijfers ; in dat geval wordt de beslissing van de Minister gemotiveerd".

\+

\+ +

Zijn de omstandigheden zo, dat de Minister een inschrijver mag kiezen die niet de laagste is, en dat daarvoor niet langs de Ministerraad of langs de Eerste Minister om hoeft te worden gegaan, dan moet hij zijn beslissing motiveren. Volgens de aan de Raad van State verstrekte uitleg is die beslissing niet voldoende gemotiveerd door de vaststelling, dat de bij artikel 7, tweede lid, bepaalde voorwaarden vervuld zijn ; zij moet steunen op redenen die de keuze van een andere dan de laagste inschrijving wettigen, bij voorbeeld op de bekwaamheid van de inschrijvers, de kwaliteit van de materialen, enz.

De memorie van toelichting zou dit begrip motivering nader moeten omschrijven.

\+

\+ +

.../...

Artikel 8.

Artikel 8 voegt in onze wetgeving de procedure van de prijsaanvraag in ; deze is ontleend aan de Franse wetgeving, met name aan het decreet van 13 maart 1956.

Deze nieuwe procedure wordt in de eerste plaats gekenmerkt door "een openbaar of beperkt beroep op mededinging", dit is een openbaar beroep op mededinging zoals bij openbare aanbesteding of een beperkt beroep op die aannemers en leveranciers die de Minister kiest zoals bij beperkte aanbesteding.

Het ontwerp zou op dit punt moeten worden verduidelijkt.

\+

\+ +

Een kenmerk van de nieuwe procedure is ook "de vrije keuze van de medecontractant". Die keuze mag echter niet willekeurig geschieden ; het ontwerp noemt een aantal gegevens die daarbij in acht kunnen worden genomen. Deze gegevens, die aan het Franse decreet zijn ontleend, zijn echter, zoals uit het gebruik van "inzonderheid" blijkt, alleen als voorbeeld vermeld, terwijl het decreet bepaalt, dat met andere gegevens rekening mag worden gehouden op voorwaarde dat die in het bericht betreffende de prijsaanvraag zijn vermeld.

Volgens de uitleg die aan de Raad van State is verstrekt, schijnt de formule van het Franse decreet de bedoeling van de Regering het best weer te geven.

.../...

Is dit werkelijk zo, dan kan artikel 8, eerste lid, worden gelezen als volgt :

"De prijsaanvraag veronderstelt een openbaar beroep op mededinging zoals bij openbare aanbesteding of, indien de overeenkomst beantwoordt aan de voorwaarden van artikel 6, een beperkt beroep op mededinging zoals bij beperkte aanbesteding.

Het bestuur kiest vrij de offerte welke het de voordeligste acht te zijn, met inachtneming van de prijs van de prestaties, dezer gebruiks-kostprijs en technische waarde, de door iedere gegadigde geboden beroeps- en financiële waarborgen en de uitvoeringstermijn. De Minister kan beslissen, dat andere factoren in aanmerking komen ; in dat geval moeten zij worden aangegeven in het bericht betreffende de prijsaanvraag".

\+

\+ \+

Artikel 8, tweede lid, 2°, kan beter worden gelezen als volgt :

"2° wanneer de overeenkomst betrekking heeft op werken of leveringen waarvoor technische of esthetische redenen een wedstrijd onder deskundigen of gespecialiseerde ondernemingen wettigen, gelet op de bijzondere opzoekingen die moeten worden verricht ; de wedstrijd heeft als onderwerp :

a) hetzij het opmaken van een ontwerp ;

b) hetzij het uitvoeren van een vooraf opgemaakt ontwerp ;

.../...

c) hetzij tegelijk het opmaken en het uitvoeren van een ontwerp".

+

+ +

Artikel 9.

Artikel 9 van het ontwerp luidt als volgt :

"Het volgen van de procedure van openbare of beperkte aanbesteding of de prijsvraag houdt voor de Minister geen verplichting van toewijzing in".

Deze bepaling is ontleend aan artikel 34 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955, maar uitgebreid tot de beperkte aanbesteding en de prijsaanvraag.

Dit artikel 34 bepaalt bovendien :

"Wanneer de aanbesteding uit meer dan één partij bestaat, heeft zij (de bevoegde overheid) het recht slechts bepaalde partijen toe te wijzen en, bij voorkomend geval, voor de overige een nieuwe aanbesteding uit te schrijven".

Is er, om alle moeilijkheden te ondervangen, behoefte aan zulk een bepaling, dan kan artikel 9 worden aangevuld als volgt :

"Wanneer de aanbesteding uit meer dan eén partij bestaat, heeft de Minister het recht slechts bepaalde van die partijen toe te wijzen en , bij voorkomend geval, voor de overige een nieuwe procedure te bevelen".

+

+ +

.../...

Volgens de memorie van toelichting wijst artikel 9 erop, "dat dit laatste aan de laagste inschrijver niet het recht toekent de overeenkomst te verkrijgen".

Deze uitleg past niet voor de procedure van de prijsaanvraag, waarvan één der kenmerken juist de vrije keuze van de medecontractant is.

Hij is bovendien gedeeltelijk onjuist wat de procedure van de openbare en de beperkte aanbesteding betreft. Het feit, dat artikel 7 in de wet wordt ingevoegd, verleent, behoudens de bepaalde afwijkingen, een recht aan de laagste inschrijver ; deze heeft er geen recht op, de overeenkomst aanbesteed te zien, maar als ze eenmaal is toegewezen, dan ontleent hij aan artikel 7 het recht om als aannemer te worden aangewezen.

De memorie van toelichting dient op die punten te worden verbeterd.

\+

\+ +

Artikel 10.

Na te hebben bepaald dat het bestuur, bij onderhandse overeenkomst, "vrij de nodig geachte onderhandelingen aanknoopt en vrij de overeenkomst sluit met de aannemer of leverancier die het gekozen heeft", zegt het tweede lid van artikel 10 :

.../...

"Het bestuur blijft ertoe gehouden in de mate van het mogelijke en door alle geschikte middelen de aannemers of leveranciers, die de prestatie, waarvoor de overeenkomst wordt gesloten, kunnen uitvoeren, te doen mededingen".

Volgens de gemachtigde ambtenaren moet dit tweede lid worden beschouwd als een wenk aan het bestuur; het ware dan ook op zijn plaats in de memorie van toelichting.

Artikel 10, derde lid, bepaalt dat onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten :

"1° wanneer de goed te keuren uitgave een door de Koning vastgesteld bedrag niet overschrijdt".

Artikel 6, tweede lid, 1°, bevat een soortgelijke bepaling betreffende de beperkte aanbesteding. Deze bepalingen vinden hun oorsprong in artikel 22, 1°, van de wet van 15 mei 1846, gewijzigd bij de wet van 13 juli 1930, krachtens hetwelk onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten :

"Voor de leveranties, transporten en werken, waarvoor de totale uitgaven 100.000 frank niet te boven gaan of indien het een koop geldt die voor vijf jaar gesloten is, waarvoor de jaarlijkse uitgave 30.000 frank niet overschrijdt".

.../...

De wet van 14 december 1946 heeft die bepaling aangevuld als volgt :

"Nochtans, niets wordt beperkt indien hun uitvoering toevertrouwd is aan de werkhuizen van de strafgestichten en anderen, afhangende van het Ministerie van Justitie".

Bij de parlementaire voorbereiding van die wet is verklaard, dat die afwijking werd ingevoerd "met het doel meer soepelheid te geven aan de tussen de Staatsbesturen en de Regie van de gevangenisarbeid afgesloten contracten" (zitting 1939-1940, Kamer van volksvertegenwoordigers, Parl. Doc. nr 144).

Op te merken valt, dat het ontwerp geen zulke afwijking bevat.

Artikel 10, derde lid, bepaalt dat onderhandse overeenkomsten ook kunnen worden gesloten :

"3° voor de werken en benodigdheden waarvan de uitvoering of de vervaardiging uitsluitend voorbehouden is aan diegenen die in het bezit zijn van de uitvindings-, verbeterings- of invoerpatenten of octrooien of die slechts van een enige aannemer of leverancier kunnen worden bekomen ;

...

.../...

8° voor de werken, leveringen en diensten waarvan de uitvoering, uit hoofde van technische noodwendigheden of voorafgaande belangrijke investeringen, slechts aan een bepaalde aannemer of leverancier kan worden toevertrouwd".

Beide bepalingen gaan over nauw verwante gevallen ; de tekst onder 8° kan dan ook beter onmiddellijk volgen op 3°.

Ook hun terminologie dient in overeenstemming te worden gebracht. Dit geldt niet alleen voor het begrip leveringen, dat in beide teksten een verschillende inhoud schijnt te hebben en waarover hierna bij de opmerkingen over de artikelen 5 tot 10 wordt gehandeld, maar ook voor de woorden "de uitvoering of de vervaardiging" (onder 3°) en het woord "uitvoering" (onder 8°). Beter ware het, in beide gevallen te spreken van "de uitvoering of de vervaardiging".

Artikel 10, derde lid, bepaalt dat onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten :

"4° voor de werken, kunstwerken en instrumentenmakerswerken waarvan de uitvoering slechts aan kunstenaars met ondervinding kan worden toevertrouwd".

Volgens de memorie van toelichting is de hypothese van artikel 10, derde lid, 4°, ontleend aan artikel 22, 5°, van de wet van 15 mei 1846, dat bepaalt :

.../...

"Er mogen contracten uit de hand aangegaan worden :

...

5° voor de werken en voorwerpen die kunst en grote nauwkeurigheid vereisen en waarvan de uitvoering niet kan worden toevertrouwd tenzij aan kunstenaars of ervaren werklieden".

De memorie van toelichting voegt er echter aan toe, dat hier niet over werklieden wordt gesproken "ten einde het uitzonderlijk karakter van de afwijking nog beter te doen uitkomen".

Uit de tekst van het ontwerp blijkt echter, dat de overeenkomst niet alleen slaat op kunstwerken of -voorwerpen waarvoor een beroep op een kunstenaar moet worden gedaan, maar ook op precisievoorwerpen ; deze zijn het werk van technici.

Ten einde de bedoeling van de Regering juist weer te geven, wordt voorgesteld de tekst onder 4° te lezen als volgt :

"4° voor kunstwerken, kunstvoorwerpen en precisievoorwerpen waarvan de uitvoering alleen aan ervaren kunstenaars of technici kan worden opgedragen".

.../...

Opmerkingen over de artikelen 5 tot 10 samen.

Bij de artikelen 5 tot 10 zijn bovendien twee algemene opmerkingen te maken.

I.

De bepalingen van het ontwerp betreffende de overheid die tot het sluiten van de overeenkomst bevoegd is, zijn niet voldoende duidelijk.

Volgens artikel 5, derde lid, van het ontwerp moet : "De keuze van een andere wijze dan de openbare aanbesteding het voorwerp uitmaken van een gemotiveerde beslissing van de Minister of zijn afgevaardigde".

\+

\+ +

Artikel 10 van het ontwerp noemt elf gevallen waarin onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten.

De aandacht van de Regering moge echter worden gevraagd voor een geval dat niet genoemd is en waarvan in de koloniale wetgeving sprake is, namelijk dat van de aanvullende werken, dit zijn werken waarin niet was voorzien maar die noodzakelijk moeten worden uitgevoerd.

In het decreet van 25 februari 1959 bepaalde de koloniale wetgever, dat ondershands mochten worden gesloten :

.../...

"Artikel 4.-

...

2° overeenkomsten voor aanvullende leveringen en werken die, uit technisch oogpunt, niet kunnen afgezonderd worden van de hoofdaanneming of waarvan de uitgave niet hoger is dan 20 t.h. van de waarde van de hoofdaanneming".

Over dit geval handelt het ontwerp niet.

Volgens artikel 6, eerste lid, is het beroep op mededinging bij beperkte aanbesteding "uitsluitend voorbehouden aan de aannemers of leveranciers die de Minister of zijn afgevaardigde beslist te raadplegen".

De memorie van toelichting zegt hierover :

"Het spreekt vanzelf dat de door de besproken bepaling aan de Minister verleende macht, vatbaar is voor overdracht evenzeer als de meer uitgebreide, bij artikel 6 bedoelde macht,een andere procedure dan de openbare aanbesteding te kiezen".

Luidens artikel 9 van het ontwerp "houdt het volgen van de procedure van openbare of beperkte aanbesteding of de prijsaanvraag voor de Minister geen verplichting van toewijzing in".

In de commentaar bij dit artikel zegt de memorie van toelichting, dat dit recht van de Minister "overigens kan afgevaardigd worden".

Uit deze teksten kan worden verstaan, dat de Minister de overeenkomst dient te sluiten, maar dat hij zijn bevoegdheid kan overdragen.

.../...

Die bevoegdheid van de Minister zou, samen met de grenzen van de overdracht van bevoegdheid, in het ontwerp zelf moeten worden vastgesteld.

Wat de commentaar bij artikel 9 hierover ook zegt, overdracht van bevoegdheid kan niet worden vermoed. Volgens de huidige tekst van het ontwerp kan de Minister zijn bevoegdheid alleen in de gevallen bedoeld onder artikel 5, tweede lid, en artikel 6, eerste lid, aan een ambtenaar overdragen.

Volgens hetgeen aan de Raad van State werd verklaard, blijkt de bedoeling overigens niet te zijn, dat er vanwege de Minister algemene overdracht van bevoegdheid aan een ambtenaar zou plaatshebben. Overdracht van bevoegdheid moet beperkt blijven. Zo mag zij niet worden toegestaan in de onder artikel 7, tweede lid, bedoelde gevallen : wanneer het erom gaat bij openbare of beperkte aanbesteding af te wijken van de regel, dat de overeenkomst wordt toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatig offerte heeft ingediend, behoort de Minister de zaak aanhangig te maken bij de Ministerraad of, als er spoed mee gemoeid is, bij de Eerste-Minister. De Minister ook moet de overeenkomst toewijzen wanneer het verschil tussen het bedrag van de offerte welke hij zich voorneemt te kiezen en dat van de laagste regelmatige offerte lager is dan 5 t.h. van het bedrag van deze laatste en tevens lager dan een door de Koning in absolute cijfers bepaald bedrag.

Voorgesteld wordt, de regel tot vaststelling van 's Ministers bevoegdheid en de regel inzake overdracht van bevoegdheid op te nemen in een artikel dat tussen de artikelen 1 en 2 van het ontwerp kan worden ingevoegd.

... /...

Dit artikel kan worden gelezen als volgt :

"Artikel 2.-

De betrokken Minister is bevoegd tot het nemen van alle beslissingen in verband met het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat.

Hij kan echter zijn bevoegdheid overdragen binnen de grenzen die de Koning bepaalt".

Als de Regering op deze aanbeveling ingaat, is het overbodig in de artikelen 5 en 6 van het ontwerp de "gemachtigde" van de Minister te vernoemen. In de memorie van toelichting moeten dan de passussen betreffende de overdracht van bevoegdheid worden geschrapt.

II.

Zoals hiervoren is gezegd, gebruikt het ontwerp voor de overeenkomsten waarop het toepassing vindt, de terminologie van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit : "de overeenkomsten betreffende werken en leveringen van goederen of diensten".

.../...

Telkens dus als het ontwerp het woord "leveringen" gebruikt, worden daaronder leveringen van goederen en leveringen van diensten verstaan. Waar het spreekt van "leveranciers", bedoelt het ook hen die goederen leveren en hen die "diensten" verstrekken.

De vraag is echter of dit in de Nederlandse tekst ook de bedoeling is van de woorden "werken en leveringen" of "leveranciers" in artikel 6, tweede lid, 2° en 3°, en in artikel 8, tweede lid, 2°.

Ook dient te worden opgemerkt, dat het ontwerp in artikel 10, derde lid, 5° en 8°, een andere formule : "de werken leveringen of (en) diensten" gebruikt.

Wil men geen twijfel laten bestaan over de vraag of bepaalde voorzieningen van het ontwerp ook voor diensten gelden, dan moet de terminologie worden herzien.

\+
\+ +

Artikel 11 van het ontwerp heft een aantal wetteksten op ; artikel 12 betreft de inwerkingtreding. Beide artikelen staan onder hoofdstuk II, dat handelt over de wijze waarop overeenkomsten worden gesloten ; zij zouden beter op hun plaats zijn in een hoofdstuk III, "Slotbepalingen".

\+
\+ +

.../...

Artikel 11.

Krachtens artikel 11, 1°, wordt onder meer opgeheven artikel 19 van de wet van 15 mei 1846, gewijzigd bij de wet van 14 december 1946, waarvan het eerste lid bepaalt :

"De Ministers kunnen generlei contract, koop of aanbesteding aangaan voor een langere termijn dan de duur van de begroting".

De overige alinea's van dit artikel bevatten uitzonderingen en afwijkingen op dit beginsel.

Artikel 11, 2°, van het ontwerp heft ook een hele reeks wetten op die van het in artikel 19 neergelegde beginsel zijn afgeweken.

"Het is niet nodig gebleken, aldus de memorie van toelichting, de bij artikel 19 gestelde regel van de eenjarigheid der overeenkomsten - louter gevolg van de eenjarigheid der begroting - over te nemen, daar de bepalingen van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit voldoende duidelijk zijn, zowel wat betreft het principe als de uitzonderingen (vastleggingskredieten, contracten voor verhuring van goederen of diensten, enz...)".

Wordt artikel 19 van de wet van 15 mei 1846 opgeheven terwille van de bepalingen van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomp-

.../...

tabiliteit, dan moet dat ontwerp van wet voorzien in de opheffing van genoemd artikel 19 en van de wetten die ervan zijn afgeweken. Voorziet het onderhavige ontwerp daarin, dan kan het zo worden dat geen regel nog betrekking heeft op de eenjarigheid van de overeenkomsten als het wordt goedgekeurd en in werking treedt vóór het ontwerp tot wijziging van de wetten op de Rijkscomptabiliteit. Treedt het ontwerp op de Rijkscomptabiliteit daarentegen vóór het onderhavige in werking, dan krijgt men twee wetgevingen over die kwestie.

Het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit zou dus derwijze moeten worden geamendeerd, dat artikel 77, § 2, wordt aangevuld met een bepaling tot opheffing van artikel 19 van de wet van 1846, gewijzigd bij de wet van 14 december 1946, en ook van de wetten die in artikel 11, 2°, van het onderhavige ontwerp worden genoemd.

\+

\+ \+

Het ontwerp bedoelt de regeling betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat geheel te vernieuwen. De vraag rijst dan ook, of niet méér wetsbepalingen dan in artikel 11 van het ontwerp zijn vermeld, moeten worden opgeheven.

Het decreet van 8-10 juli 1791 betreffende de bewaring en de indeling van de versterkte plaatsen en militaire posten, de politie van de vestingwerken en

.../...

andere desbetreffende zaken wordt nog steeds,- althans in een aantal van zijn bepalingen - geacht in werking te zijn. Dit decreet is opgenomen in de "Recueil de la législation générale en vigueur en Belgique" (deel I blz. 70, nr 77). Titel VI van dit decreet handelt over het bestuur van de militaire werken; artikel 3 bepaalt :

"Tous les travaux de construction, entretien ou réparation des fortifications, bâtiments et établissements militaires quelconques, et de tout ce qui en dépend, seront faits par entreprise, d'après une adjudication au rabais. Cette adjudication ne sera jamais passée en masse, mais elle comprendra le détail des prix affectés à chaque nature d'ouvrages et de matériaux qui seront employés".

De daarop volgende artikelen handelen over de procedure van aanbesteding.

Volgens de uitleg van de gemachtigden van de Regering zouden die bepalingen moeten worden opgeheven; op dit punt is aanvulling van artikel 11 van het ontwerp nodig.

Er valt echter op te merken, dat sommige van die bepalingen (de artikelen 5 tot 10) ook toepassing vinden op de verpachting van gronden die tot de vestingwerken behoren en voor bebouwing in aanmerking komen (titel I, artikel 23). Wenst de Regering de artikelen 5 tot 10 van titel VI van genoemd decreet te handhaven voor de procedure van verpachting, dan dient dit voorbehoud in de opheffingsbepalingen te worden gemaakt.

.../...

De wet van 6 juli 1891 houdende wijziging van enige bepalingen der wet op het patentrecht bepaalt in artikel 5 :

"Zal zonder uitwerking zijn, het bod voor aanbestedingen gedaan bij openbare besturen door naamloze of samenwerkende vennootschappen, waarbij niet zou gevoegd zijn een getuigschrift afgeleverd door de griffie der rechtbank van koophandel binnen het rechtsgebied waartoe de aanbiedende maatschappij behoort, en bewijzende dat de wetsbepalingen betreffende de afkondiging van het bilan en desnoods van de lijst der leden werden nageleefd gedurende het voorgaande jaar of sedert de oprichting der maatschappij indien deze sedert min dan één jaar tot stand kwam".

Artikel 16, § 2, van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat, neemt die bepaling over en voegt eraan toe :

"Dat attest kan ten aanzien van de naamloze vennootschap vervangen worden door de bijlagen van het Belgisch Staatsblad waarin de balans is verschenen".

Meent de Regering artikel 5 van de wet van 6 juli 1891 te moeten opheffen, dan dient zij artikel 11 van het ontwerp in die zin aan te vullen.

+

+ +

.../...

.../...

Terugslag van het ontwerp op andere wetten of ontwerpwetten.

I. Ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit.

Er is reeds op gewezen, dat bepaalde voorzieningen van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit (zitting 1958-1959, Senaat, gedr. st. nr 160) moeten worden geamendeerd.

In het algemeen kan worden gezegd, dat het beter ware als beide ontwerpen dezelfde dag in werking traden; een gelijktijdig onderzoek door de Kamers ware bevorderlijk voor de onderlinge overeenstemming.

Het is hier niet de plaats om een reeds aan het Parlement voorgelegde tekst in zijn geheel te onderzoeken; alleen moge worden gewezen op twee bepalingen die kennelijk niet in overeenstemming zijn met artikelen van het onderhavige ontwerp.

Artikel 58 van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit bepaalt :

"De betrokken Ministers en de Minister van Financiën bepalen de algemene voorwaarden waaronder de contracten en overeenkomsten door de Staatsbedrijven gesloten voor werken of leveringen, de betaling van voorschotten mogen bedingen alvorens de dienst verstrekt en aanvaard is.

.../...

In afwijking van het bepaalde in de artikelen 35 en 36 worden de voorschotten aangerekend op de begroting van het jaar waarin ze betaald werden".

Deze bepaling voert voor de Staatsbedrijven een andere regeling in, dan de artikelen 3 en 4 van het ontwerp voor overeenkomsten van de Staat voorschrijven.

Mocht het in de bedoeling van de Regering liggen slechts één regeling inzake voorschotten te treffen, dan dient evengenoemd artikel 58, eerste lid, te vervallen.

Artikel 59 van hetzelfde ontwerp van wet bepaalt :

"In afwijking van artikel 22, 1°, van de wet van 15 mei 1846, kunnen Staatsbedrijven onderhandse overeenkomsten sluiten voor leveringen, transporten en werken, waaraan een uitgave van ten hoogste vijfhonderd duizend frank is verbonden of, indien het voor vijf jaar gesloten overeenkomsten betreft, waaraan een jaarlijkse uitgave van ten hoogste honderd vijftig duizend frank is verbonden".

Artikel 6 van het onderhavige ontwerp bepaalt, dat bij wege van beperkte aanbesteding onder meer kunnen worden gesloten overeenkomsten "waarvan het geraamd bedrag een door de Koning vastgestelde som niet overschrijdt en voor zover de goed te keuren aanbieding deze som niet met 10 t.h. overtreft".

.../...

Artikel 10, derde lid, 1°, van zijn kant bepaalt, dat onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten : "wanneer de goed te keuren uitgave een door de Koning vastgesteld bedrag niet overschrijdt".

Gelet op beide bepalingen rijst de vraag of artikel 59 van het ontwerp betreffende de comptabiliteit nog nodig is.

Wil de Regering echter voor Staatsbedrijven een andere regeling dan voor de Staat invoeren, dan schrappe men de toespeling op artikel 22, 1°, van de wet van 15 mei 1846, dat door artikel 11, 1°, van het onderhavige ontwerp wordt opgeheven.

\+

\+ +

II. Wet van 28 april 1953 betreffende de inrichting van het hoger onderwijs in de Rijksuniversiteiten.

Artikel 54 van de wet van 28 april 1953 bepaalt :

"Het bedrag van honderd duizend frank bepaald bij artikel 22, 1°, van de wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit wordt, wat betreft de uitgaven der Rijksuniversiteiten voor leveranties, vervoer en werken, op vijfhonderd duizend frank gebracht".

.../...

Mocht het, ondanks de artikelen 6 en 10 van het ontwerp, in de bedoeling van de Regering liggen voor de Rijksuniversiteiten een bijzondere regeling te handhaven, dan dient artikel 54 van de wet van 28 april 1953 zo te worden gewijzigd, dat "de universiteiten onderhandse overeenkomsten voor werken, leveringen van goederen en diensten kunnen sluiten, wanneer de goed te keuren uitgave niet hoger ligt dan vijfhonderd duizend frank".

Is zodanige bepaling nodig, dan kan ze worden ingevoegd in hoofdstuk III van het ontwerp, onmiddellijk vóór het opheffingsartikel.

Zo niet, ware artikel 54 van de wet van 28 april 1953 op te heffen.

\+

\+ +

III. Wet van 9 augustus 1955 tot instelling van een Wegenfonds 1955-1969.

Het Wegenfonds, dat krachtens artikel 16 van zijn organieke wet onder de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut valt, geniet nochtans inzake overeenkomsten een andere regeling dan de overige aan die wet van 1954 onderworpen instellingen.

.../...

Artikel 14 van de wet van 9 augustus 1955 bepaalt immers :

"Al de overeenkomsten voor werken en leveringen op naam van het Fonds zijn onderworpen aan de bepalingen van de artikelen 20 tot 22 van de wet van 15 mei 1846 op de comptabiliteit van de Staat".

In artikel 11, 1°, van het ontwerp worden de artikelen 20 tot 22 van de wet van 15 mei 1846 opgeheven.

Artikel 14 van de wet van 9 augustus 1955 moet dus worden gewijzigd, hetzij door vaststelling van een eigen regeling voor het Wegenfonds, waarin de artikelen 20 tot 22 van de wet van 15 mei 1846 zouden worden overgenomen, hetzij door de voorziening dat de wetsbepalingen betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat op het Fonds toepassing vinden.

Zodanige bepaling zou in hoofdstuk III van het ontwerp kunnen worden ingevoegd, onmiddellijk vóór artikel 11.

IV. Besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers.

Artikel 1 van de wet van 3 februari 1947 bepaalt :

.../...

"Onverminderd de wet van 15 mei 1846 op de comptabiliteit van de Staat ...".

Aangezien het ontwerp de artikelen 20 tot 22 van de wet van 15 mei 1846 opheft, behoort genoemd artikel 1 te worden gewijzigd als volgt :

"Onverminderd de wetsbepalingen betreffende de wijze waarop openbare overeenkomsten worden gesloten ...".

+

\+ +

Vorenstaand advies bevat opmerkingen over de vorm die, als er gevolg wordt aan gegeven, een vernummering van de artikelen nodig maken. Voor een goed begrip van dat advies wordt voorgesteld, dat bij de publicatie ervan ook de tekst van het aan de Raad voorgelegde voorontwerp wordt afgedrukt.

+

\+ +

.../...

Voor het overige zijn bij de Nederlandse versie van het ontwerp sommige vormopmerkingen te maken, die voldoende blijken uit de hiernavolgende tekst :

Artikel 1.-

Overeenkomsten betreffende werken en levering van goederen of diensten voor rekening van de Staat worden gesloten met mededinging, met openbaarmaking en tegen een vaste prijs, onder het door de wet gemaakte voorbehoud en onder de door de Koning bepaalde voorwaarden.

Artikel 2.-

Het feit, dat overeenkomsten tegen vaste prijs worden gesloten, verhindert niet, dat de prijzen aan de hand van bepaalde economische of sociale factoren kunnen worden herzien. Het contract vermeldt uitdrukkelijk de nadere regelen voor de herziening.

... (zie advies) ....

Artikel 3.-

Geen overeenkomst mag een betaling op afkorting bedingen dan voor een verstrekte en aanvaarde dienst.

Als zodanig zijn echter geoorloofd betalingen betreffende grondstoffen en materialen die in het werkhuis of op de bouwplaats zijn aangevoerd en gekeurd volgens hetgeen het contract bedingt.

Artikel 4.- ... (zie advies) ...

.../...

HOOFDSTUK II. - WIJZE WAAROP OVEREENKOMSTEN WORDEN GESLOTEN.

Artikel 5.-

... (zie advies) ...

Openbare aanbesteding omvat tegelijk dat het beroep op de mededinging in het te dien einde door toedoen van de Staat uitgegeven bulletin wordt bekendgemaakt, en dat de offerten in openbare zitting opengemaakt worden.

...

Artikel 6.-

...

2° waarvan de uitvoering, gelet op de bijzondere aard van de werken of leveringen, een uitzonderlijke technische bekwaamheid of financiële draagkracht vereist ;

...

4° waarvan de uitvoeringstermijn niet met de procedure van openbare aanbesteding overeen te brengen is ;

5° waarvan het onderwerp geheim is.

Artikel 7.- ... (zie advies) ...

Artikel 8.-

...

Bij wege van prijsaanvraag mag worden te werk gegaan :

1° wanneer de overeenkomst slaat op leveringen van benodigdheden :

.../...

a) waarvan allerlei aan de behoeften beantwoordende types in de handel zijn, zodat de nadere bijzonderheden van het onderwerp van de overeenkomst geen omstandige beschrijving behoeven ;

b) waarvoor een uitsluitend van becijferde gegevens uitgaande offertenvergelijking ondoeltreffend of onmogelijk zou blijken.

...

Artikel 9.-

De afwikkeling van de procedure van openbare of beperkte aanbesteding of van de prijsaanvraag houdt voor de Minister geen verplichting in, de overeenkomst toe te wijzen.

Wanneer de aanbesteding uit meer dan één partij bestaat, heeft de Minister het recht slechts bepaalde van die partijen toe te wijzen en, bij voorkomend geval, voor de overige een nieuwe procedure te bevelen.

Artikel 10.-

De overeenkomst wordt "onderhands" genoemd wanneer het bestuur vrij de dienstig geachte onderhandelingen aanknoopt en de overeenkomst vrij toewijst aan de aannemer of de leveranciers die het gekozen heeft.

... (zie advies) ...

.../...

Onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten

1° wanneer de goed te keuren uitgave een door de Koning vastgesteld bedrag niet overschrijdt ;

2° wanneer bij de openbare aanbesteding, de beperkte aanbesteding of de prijsaanvraag geen regelmatige offertes gedaan of slechts onaannemelijke prijzen voorgesteld werden ;

3° voor werken en benodigdheden die alleen door houders van de uitvindings-, verbeterings- of invoerpatenten of octrooien mogen worden uitgevoerd of vervaardigd, of die slechts van een enige aannemer of leverancier kunnen worden betrokken ;

....

5° wanneer de werken, leveringen of diensten slechts bij wijze van navorsing, proefneming, studie of aanpassing worden uitgevoerd ;

6° wanneer de uitvoeringstermijn van de overeenkomst niet met de procedure van beperkte aanbesteding of van prijsaanvraag overeen te brengen is ;

7° wanneer het voorwerp van de overeenkomst in zover geheim is, dat elke vorm van mededinging en openbaarmaking is uitgesloten ;

8° voor werken, leveringen en diensten, waarvan de uitvoering of de vervaardiging, gelet op technische eisen of op de noodzaak van voorafgaande omvangrijke investeringen, slechts aan een bepaalde aannemer of leverancier kan worden opgedragen ;

9° wanneer de prijzen in feite aan het normale spel van de mededinging onttrokken zijn ;

.../...

10° wanneer de overeenkomst van zodanige aard is of aan zodanige bijzondere voorwaarden moet beantwoorden, dat zij in den vreemde moet worden afgesloten ;

11° voor benodigdheden die wegens hun bijzondere aard en hun gespecialiseerde bestemming gekozen en gekocht worden ter plaatse waar zij voortgebracht of opgeslagen zijn.

Artikel 11.-

Opgeheven worden ...

La chambre était composée de

Messieurs : J. SUETENS, premier président,
de Heren : eerste-voorzitter,

L. MOUREAU, conseillers d'Etat,
G. HOLOYE, raadsheren van State,

G. VAN HECKE, assesseurs de la section de législation,
J. LIMPENS, bijzitters van de afdeling wetgeving,

C. ROUSSEAUX, greffier adjoint, greffier.
adjunct-griffier, griffier.

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

Le rapport a été présenté par M. F. REMION, auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

(s.) C. ROUSSEAUX.

De kamer was samengesteld uit

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. SUETENS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. F. REMION, auditeur.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

(s.) J. SUETENS.