

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 25 mars 1964, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif aux marchés passés au nom de l'Etat", a donné le 6 mai 1964 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 25e maart 1964 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat", heeft de 6e mei 1964 het volgend advies gegeven :

Le projet met en vigueur et exécute la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'Etat.

OBSERVATION GENERALE.

Suivant le rapport au Roi, il a paru sage et pratique "de reprendre parmi les dispositions de cet arrêté général d'exécution - et ce sous les chapitres ou sections auxquels elles se rapportent - sinon le texte littéral, à tout le moins la teneur fidèle de toutes les dispositions inscrites dans la loi même, autres que celles qui sont de portée purement abrogatoire ou transitoire".

L'on trouve en conséquence dans le projet les articles essentiels de la loi que le projet exécute :

- l'article 1er du projet rappelle l'article 5 de la loi;
- l'article 2, alinéas 1er et 2, reproduit quasi textuellement l'article 2 de la loi;
- l'article 8 reproduit quasi textuellement l'article 3, § 1er, de la loi;
- l'article 9, § 1er, reproduit en substance l'article 3, § 2, de la loi;
- l'article 12, § 2, reproduit en substance l'article 4, alinéa 1er, de la loi;
- l'article 37, § 1er, reproduit quasi textuellement l'article 8, § 1er, de la loi;
- l'article 37, § 4, reproduit quasi textuellement l'article 8, § 2, de la loi en y ajoutant une précision;

.../...

- l'article 39 reproduit l'article 11 de la loi;
- l'article 52 reproduit en substance l'article 12, § 1er, de la loi;
- et l'article 53 reproduit en substance l'article 12, § 2, de la loi en y ajoutant une précision.

Cette manière de procéder présente des dangers qu'il convient d'éviter. En effet, l'insertion de dispositions d'une loi dans un arrêté pourrait faire croire qu'elles ont acquis le caractère d'acte du pouvoir exécutif, alors qu'elles conservent leur caractère d'acte du pouvoir législatif; ce sera notamment au moment où des modifications devront être apportées à l'arrêté royal que la confusion pourra naître quant au caractère véritable de ces dispositions. Le danger signalé ci-dessus est d'autant plus réel que le projet d'arrêté royal ne reproduit pas toujours textuellement les articles repris de la loi du 4 mars 1963.

Il y a, dès lors, lieu d'omettre du projet, les dispositions signalées ci-dessus. Lors de l'examen du texte, des suggestions seront faites pour aménager le texte en conséquence.

+

+ +

Suivant les intentions du Gouvernement telles qu'elles résultent du projet de rapport au Roi, l'arrêté royal "servira désormais de vade-mecum aux praticiens des marchés publics tant des milieux économiques que des administrations".

.../...

Pour atteindre ce résultat, le Gouvernement pourrait aussi bien éditer une brochure contenant la loi du 4 mars 1963, le présent projet, le cahier général des charges ainsi que des commentaires adéquats.

+
+ +

INTITULE.

Le projet a deux intitulés, l'un précédant le rapport au Roi et l'autre figurant au début du texte de l'arrêté.

En raison de sa simplicité, le second intitulé semble le meilleur.

+
+ +

PREAMBULE.

Le projet vise en son préambule la loi du 4 mars 1963 et notamment certains de ses articles qui prévoient expressément, pour leur exécution, l'intervention du Roi.

Il vise notamment l'article 2 de la loi que le projet n'entend pas exécuter (rapport au Roi).

Le Roi ne tient pas son pouvoir d'exécution uniquement des articles de la loi du 4 mars 1963 mais, d'une manière plus générale, de l'article 67 de la Constitution.

.../...

Il s'indiquerait, dès lors, de rédiger l'alinéa 1er du préambule de la manière suivante :

"Vu la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'Etat;"

+
+ +

L'arrêté royal du 14 décembre 1960 instituant la Commission permanente des marchés publics dispose en son article 2, § 1er :

"§ 1er. Les Ministres soumettent à l'avis de la Commission tout avant-projet de loi ou d'arrêté relatif aux marchés de l'Etat et au cahier général des charges.

La Commission suggère les améliorations qu'elle estime utile d'y apporter".

Il y a lieu de viser dans le préambule du projet l'avis de cette Commission.

+
+ +

Article 1er.

Cet article énumère les modes de passation des marchés prévus par la loi du 4 mars 1963 (articles 5, 6, 7, 9 et 12).

Pour les raisons énoncées dans l'observation générale, cet article doit être omis.

.../...

La confusion entre les dispositions législatives et les dispositions réglementaires est ici particulièrement dangereuse : cet article prévoit, en effet, que les marchés de gré à gré peuvent être passés dans les cas cités à l'article 53 du projet alors qu'en réalité ces hypothèses sont limitativement prévues par l'article 12, § 2, de la loi que l'article 53 du projet ne fait que reproduire en y ajoutant une simple précision.

+

+ +

Article 2.

Les alinéas 1er et 2 de cet article reprennent presque textuellement l'article 2 de la loi. Ils doivent être omis.

La confusion entre les dispositions législatives et réglementaires est ici aussi spécialement dangereuse.

L'article 2 de la loi dispose notamment :

"Il (le Ministre) peut déléguer ses pouvoirs dans les limites fixées par un arrêté royal; toutefois, ne peut faire l'objet d'une délégation, le pouvoir de prendre les décisions dont il est question à l'article 8, § 2".

Les décisions qui doivent être prises par le Ministre en vertu de l'article 8, § 2, consistent, suivant les travaux préparatoires, à "saisir le conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, le Premier Ministre et aussi d'attribuer le marché dans les cas où il peut être dérogé à cette procédure" (Session 1961-1962, Sénat, Doc. parl., 364, pages 7 et 8).

.../...

En parlant de "la décision dont il est question à l'article 37, § 4" du projet, l'article 2, alinéa 2, semble restreindre l'article 2 de la loi en permettant à l'autorité déléguée de prendre la décision de saisir le conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, le Premier Ministre; seul le pouvoir de prendre la décision définitive dans le cas où il peut être dérogé à cette procédure ne pourrait être délégué.

+ +

L'alinéa 3 de l'article 2 prévoit l'intervention du comité ministériel des investissements publics et des transports lorsque des marchés d'un montant égal ou supérieur à quinze millions de francs doivent être passés par appel d'offres ou de gré à gré.

Une telle disposition trouverait normalement sa place dans les chapitres ayant trait à l'appel d'offres et au marché de gré à gré.

+
+ +

Si le Gouvernement suit l'avis donné ci-dessus, la section 1ère du chapitre Ier du projet devra être omise. Le numérotage des sections et des articles sera modifié en conséquence.

+
+ +

.../...

Article 3.

En disposant que "les conditions de passation et d'exécution des marchés de l'Etat sont précisées" par le cahier général des charges et par des cahiers spéciaux des charges, le projet emploie une terminologie inexacte : seules les clauses contractuelles sont fixées par ces documents, les clauses réglementaires faisant l'objet des dispositions du présent arrêté.

Les articles 4 et 5 définissent le contenu du cahier général des charges et du cahier spécial des charges et déterminent leur champ d'application.

En conséquence l'article 3 est superflu et doit être cmis.

+
+ +

Article 4.

L'article 4 du projet dispose :

"Article 4.-

Le cahier général des charges contient les clauses contractuelles générales des marchés. Il régit un marché déterminé s'il y est porté référence dans le cahier spécial des charges ou dans tout autre document rendu applicable à ce marché".

Une telle disposition constitue une innovation importante ; le cahier général des charges qui est actuellement applicable à tous les marchés de l'Etat ne sera désormais plus applicable que si le cahier spécial des charges de tel marché déterminé y fait expressément référence.

.../...

Dans le rapport au Roi, cette disposition est justifiée par des considérations d'ordre pratique : le cahier général des charges est inapplicable à un certain nombre de marchés , spécialement ceux qui sont de peu d'importance et qui se traitent suivant les usages commerciaux; le Gouvernement estime de plus que la formule qu'il emploie permettra mieux aux candidats cocontractants de connaître les dispositions applicables.

Pour répondre aux intentions du Gouvernement, l'article 4 et l'article 5, § 1er, devraient être fusionnés et rédigés de la manière suivante :

"Article ...

Les clauses contractuelles de chaque marché sont fixées par le cahier spécial des charges, ou tout autre document en tenant lieu, et dans la mesure où il y est fait expressément référence au cahier général des charges annexé au présent arrêté".

+

+ +

La loi du 16 mars 1954, telle qu'elle a été modifiée par l'arrêté royal du 18 décembre 1957, fixe en son article 7bis les règles de passation des marchés qui doivent être suivies par les organismes d'intérêt public soumis à cette loi.

.../...

Cet article 7bis dispose notamment en son paragraphe 3 :

"§ 3. Sous réserve des clauses particulières à chaque marché, ces organismes sont tenus d'appliquer les clauses contractuelles, administratives et techniques constituant le cahier général des charges de l'Etat".

Il résulte du système du projet que le cahier général des charges restera en principe applicable aux marchés des organismes d'intérêt public sous réserve des dérogations prévues dans le cahier spécial des charges, alors que le cahier général des charges ne sera applicable aux marchés passés au nom de l'Etat que si le cahier spécial de tel marché déterminé y fait référence.

+
+ +

.../...

Article 5.

En son paragraphe 3, l'article 5 dispose que le cahier spécial des charges indique notamment "les conditions particulières à respecter". Ces conditions s'identifient avec l'objet même des marchés dont il est question au paragraphe 2; la mention qui les concerne peut dès lors être omise au paragraphe 3.

+ +

Une contradiction ressort du § 3 de cet article 5, qui dispose in fine :
"les dérogations aux clauses du cahier général des charges, compte tenu des exigences particulières au marché considéré".

Cette disposition est en contradiction avec l'article 4 du projet, et compte tenu de la rédaction proposée par le Conseil d'Etat pour cet article 4, elle est superflue.

+ +

Le § 2 devrait commencer par ces mots :

"§ 2. Le cahier spécial des charges indique ...".

Le § 3 devrait commencer par ces mots :

"§ 3. Le cahier spécial des charges indique, en outre, le cas échéant :

1° ...".

Le § 4 gagnerait à être rédigé de la manière suivante :

.../...

"§ 4. Lorsqu'il s'agit d'un marché à passer par adjudication, le cahier spécial des charges peut imposer ou autoriser des variantes; il doit désigner exactement l'objet de celles-ci et préciser nettement leur nature et leur portée".

+
+ +

Article 6.

Cet article, qui devrait figurer en tête de la section, serait mieux rédigé de la manière suivante :

"Article 6.-

Pour l'application du présent arrêté, et quel que soit le mode de passation du marché, il faut entendre par :

1° à 5° ... (comme au projet) ... ".

+
+ +

Article 8.

Cet article reprend quasi textuellement l'article 3, § 1er, de la loi.

Comme il a été dit dans l'observation générale figurant au début de l'avis, une telle disposition doit être omise.

+
+ +

.../...

Article 9.

Cet article , en son § 1er, reprend textuellement l'article 3, § 2, de la loi.

Pour les raisons émises dans l'observation générale figurant au début de l'avis, cette disposition doit être omise.

En conséquence, l'article 9 devrait être rédigé de la manière suivante :

"Article 9.-

Dans les cas où la loi autorise la conclusion du marché sans fixation forfaitaire des prix, il est conclu :

1° à 3° ... (comme au projet) ... ".

+

+ +

Article 10.

L'article 10, § 1er, du projet dispose :

"§ 1er. Dans les cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint ou de marché de gré à gré, le cahier spécial des charges peut prévoir que les soumissionnaires doivent fournir préalablement à l'attribution du marché, toutes indications destinées à permettre à l'administration de contrôler les prix offerts".

.../...

La portée pratique de cette disposition est sans doute de permettre au Ministre de vérifier si, lorsque la concurrence est insuffisante par suite d'entente éventuelle entre soumissionnaires, les prix ne sont pas surfaits, ce qui pourrait l'inciter à ne pas adjuger le marché et à recommencer une nouvelle procédure d'appel à la concurrence ou à passer un marché de gré à gré sur base de l'article 12, § 2, 2°, de la loi.

Il s'indiquerait, dès lors, de prévoir que le § 1er n'est applicable, dans le cas d'adjudication restreinte ou d'appel d'offres restreint, que si les prix proposés dépassent manifestement les prévisions de l'administration.

Ce paragraphe pourrait être rédigé de la manière suivante :

"§ 1er. Dans les cas de marchés de gré à gré, le cahier spécial des charges peut prévoir que les soumissionnaires doivent fournir, préalablement à l'attribution du marché, toutes indications destinées à permettre à l'administration de contrôler les prix offerts.

Il en est de même dans les cas d'adjudication restreinte ou d'appel d'offres restreint, lorsque les prix proposés dépassent manifestement les prévisions de l'administration".

+ +

L'article 10, § 3, dispose :

"§ 3. Les agents de l'administration qui, par suite des mesures de contrôle des prix dont question aux §§ 1er et 2, deviendraient détenteurs de renseignements confidentiels sont tenus au secret".

.../...

Une telle disposition ne paraît pas nécessaire, tout au moins pour les agents de l'Etat, étant donné l'article 9, alinéa 2, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, qui dispose :

"Il leur est interdit de révéler les faits dont ils auraient eu connaissance à raison de leurs fonctions et qui auraient un caractère secret de par leur nature ou de par les prescriptions des supérieurs hiérarchiques ...".

Si le Gouvernement estime cependant devoir rappeler l'obligation du secret professionnel aux agents de l'administration qui participent à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat, qu'ils soient agents de l'Etat au sens du statut du 2 octobre 1937 ou non, il y aurait lieu de rédiger une telle disposition d'une manière générale. Ce n'est, en effet, pas seulement dans les cas prévus à l'article 10, §§ 1er et 2, que les agents peuvent devenir détenteurs de renseignements confidentiels.

Il est suggéré de rédiger un article spécial qui trouverait sa place dans le chapitre VI du projet et qui pourrait être rédigé de la manière suivante :

"Article-

Les agents de l'administration qui, en raison de leurs fonctions, auraient eu connaissance de renseignements confidentiels ayant trait à la passation ou à l'exécution des marchés, notamment à la fixation des prix et à leur contrôle, sont tenus au secret".

+

+ +

.../...

Article 11.

L'article 11 du projet dispose :

"Article 11.-

Quel que soit le mode de détermination des prix, l'administration a le droit d'apporter unilatéralement des modifications à l'entreprise initiale, pour autant qu'elle n'en modifie pas l'objet, et moyennant juste compensation, s'il y a lieu".

Le rapport au Roi explique la portée de cet article dans les termes suivants :

"... l'article 11 consacre formellement et d'une manière absolument générale, sous la seule réserve de ne pas aller jusqu'à changer l'objet de l'entreprise, le droit pour l'administration de modifier unilatéralement, fût-ce même par augmentation ou diminution des prestations prévues, une entreprise commencée lorsque les circonstances le recommandent à ses yeux. L'équité devra évidemment rester sauvegardée, suivant les conditions stipulées au cahier des charges, par voie de décomptes en plus ou en moins, le plus souvent sur base des prix unitaires portés ou joints à la soumission".

Cette disposition n'a pas d'équivalent dans l'arrêté du 5 octobre 1955. Elle érige en règle impérative un principe qui, à présent, ne se trouve exprimé que dans l'article 42 du cahier général des charges annexé à cet arrêté royal, lequel en fixe les limites et les modalités d'application. Cette règle n'a donc à l'heure actuelle qu'un caractère conventionnel.

En attribuant à l'administration le pouvoir de créer à charge de l'entrepreneur, et, le cas échéant, contre le gré de celui-ci, une obligation par l'effet d'une manifestation unilatérale de volonté, le projet s'inspire de certaines opinions doctrinales, telle notamment celle de M. FLAMME, lequel dans son ouvrage "Les marchés de l'administration" déclare (page 324) que ce droit de modification unilatéral des conditions initiales du marché constitue "un droit originaire et inaliénable de l'administration et qui lui appartient en tant que puissance publique, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de le stipuler dans la convention".

Cette opinion, qui s'inspire des solutions françaises - lesquelles sont fondées sur des données constitutionnelles très différentes de celles qui caractérisent le régime belge -, est contestée par d'autres auteurs (DOUXCHAMPS Y., "Les marchés passés par l'Etat sont-ils des contrats administratifs ?" J.T. 1954, 109; DE VISSCHERE Frans, "Het administratief contract - De stand van het vraagstuk naar Belgisch recht", R.W. 1962, col. 2394 et suivantes). Quant à la jurisprudence belge, si elle admet l'application de la loi du changement dans le mode de fonctionnement des services publics et si elle en a déduit le droit pour l'administration d'en imposer les conséquences au concessionnaire de services publics, moyennant l'octroi d'une indemnité destinée à assurer le maintien de l'équilibre financier du contrat (1),

.../...

(1) ORIANNE, P. La loi et le contrat dans les concessions de services publics, Bruxelles, 1961.
Appel Bruxelles, 3 janvier 1877, Pas. II-136; 16 avril 1878, Pas. II-261; Appel Liège, 9 juin 1924, Pas. 1926-II-24; Cass. 10 juin 1926, Pas. 1927-I-13, et note T.; Cass. 4 septembre 1958, Pas. 1959-I-7; Appel Gand, 19 novembre 1959, Pas. 1961-II-14; Cfr. également la note P.L. sous Cass. 5 mars 1917, Pas. I-119.

elle a, au contraire, toujours fondé sur la volonté déclarée ou implicite des parties, la mutabilité relative des contrats qui, tels les contrats de travaux publics, ne présentent qu'un lien indirect avec le fonctionnement d'un service public.

Si, en matière de travaux publics, l'autorité administrative a le droit de mettre fin à l'entreprise lorsque celle-ci ne répond plus aux besoins d'intérêt général en vue desquels le contrat avait été conclu, ce droit n'est pas différent de celui qui est reconnu au maître de l'ouvrage par l'article 1794 du Code civil. C'est ce que la Cour d'appel de Liège a constaté par son arrêt du 31 mars 1949 (Pas. 1950-II-5) dans les termes suivants :

"Attendu que, même vis-à-vis d'un véritable adjudicataire, la décision du conseil communal, en sa séance du 30 août 1932, était conforme non seulement au principe du libre exercice des pouvoirs qui confère à l'administration le droit souverain d'annuler ou de suspendre les contrats administratifs de travaux, sans être tenue par les clauses et conditions du contrat, mais encore au droit de tout maître d'ouvrages de mettre fin unilatéralement au contrat d'entreprise, sous la seule réserve de la réparation du dommage causé à l'adjudicataire par la mesure d'annulation ou de suspension"(1).

.../...

(1) De toute évidence, la Cour d'appel de Liège a employé les mots "annuler" et "annulation" dans le sens de "résilier" et "résiliation".

Sans qu'il soit besoin de rechercher dans quelle mesure d'autres contrats, tels les contrats de concessions de services publics ou de concessions sur le domaine public, sont soumis à des règles dérogatoires à celles du Code civil, il est permis d'affirmer qu'en matière de contrats de travaux et de marchés publics, le Roi ne dispose pas, en l'absence d'une habilitation légale expresse, du pouvoir de modifier unilatéralement les clauses de tels contrats. Pareille habilitation ne découle d'aucune disposition légale. Au contraire, l'article 12, § 2, de la loi du 4 mars 1963 écarte cette solution :

"§ 2. Pour les marchés de travaux, de fournitures ou de services supplémentaires qui, techniquement, ne peuvent être séparés du marché principal ou dont le coût n'excède pas 20 p.c. de celui-ci".

L'objet de l'article 12 est de dispenser l'administration, dans cette hypothèse, de recourir à l'adjudication ou à l'appel d'offre, mais le législateur n'envisage en pareille occurrence que la conclusion d'un marché de gré à gré. Si le consentement de l'entrepreneur pour l'exécution de travaux supplémentaires ou, plus généralement, pour toute modification à l'entreprise initiale, n'était pas requis, l'article 12, § 2, 12°, serait en réalité sans objet.

On doit en conclure que l'article 11 n'est pas conforme à la loi de 1963.

On doit également observer que l'application du principe de la modification des conditions du marché par la volonté unilatérale de l'administration placerait

.../...

l'entrepreneur principal dans une situation sans issue à l'égard des sous-entrepreneurs, lesquels ne sont tenus envers lui que par des conventions soumises au droit privé.

S'il est opportun que l'administration possède la possibilité d'imposer aux entrepreneurs la modification ou l'extension de l'objet de l'entreprise, cette faculté doit conserver un caractère conventionnel et c'est dès lors dans le cahier général des charges qu'il y a lieu de l'insérer, en même temps qu'on en fixera le champ et les modalités d'application. Ce cahier général des charges pourra de même être rendu applicable conventionnellement par l'entrepreneur principal dans ses rapports avec les sous-traitants.

Toutes les fois que l'administration souhaitera se réserver la faculté de modifier l'entreprise initiale, elle devra, eu égard à l'article 4 du projet, se référer dans le cahier spécial des charges à la disposition du cahier général ayant trait à cette question.

+
+ +

Article 12.

Les hypothèses dans lesquelles des acomptes peuvent être payés sont fixées par l'article 4, alinéa 1er, de la loi du 4 mars 1963; il n'y a pas lieu de les mentionner dans le § 2 de l'article 12.

Cet article pourrait être rédigé de la manière suivante :

.../...

"Article 12.-

§ 1er. Le prix de l'entreprise est payé soit en une fois après son exécution complète, soit par acomptes dans les cas où ce mode de paiement est permis par la loi, au fur et à mesure de son avancement et suivant les modalités prévues par le cahier spécial des charges.

§ 2. (texte du § 3 du projet) ".

+

+ +

Article 13.

L'article 4 de la loi du 4 mars 1963 dispose en son alinéa 2 :

"Toutefois, des avances peuvent être accordées à titre de provision, suivant les conditions et les modalités déterminées par arrêté royal délibéré en conseil des Ministres".

L'article 13 du projet exécute cette disposition; il prévoit en son § 1er les cas dans lesquels des avances peuvent être consenties et en ses §§ 2 et 3 les modalités de l'octroi de ces avances et de leur récupération.

L'article 13 dispose, en outre, en son § 4 :

"§ 4. Il peut être dérogé aux dispositions qui précèdent par décision du conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, du Premier Ministre".

.../...

Une telle disposition laisse au conseil des Ministres et, en cas d'urgence, au Premier Ministre, le pouvoir d'accorder des avances en dehors de toute condition et modalité quelconque, alors cependant qu'en vertu de la loi, ces conditions et modalités doivent être déterminées par un arrêté royal délibéré en conseil des Ministres. Une disposition ayant une telle portée n'aurait pas de base légale.

Suivant les explications données par les fonctionnaires délégués, l'intention du Gouvernement est exclusivement de permettre des dérogations au § 1er.

Pour répondre à cette intention, il y aurait lieu d'insérer le § 4 immédiatement après le § 1er.

+ +

La loi du 28 juin 1963 modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat dispose en son article 59, alinéa 1er :

"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'avances avant un service fait et accepté".

Dans son avis relatif au projet qui devint la loi du 4 mars 1963, le Conseil d'Etat avait attiré l'attention sur cette disposition qui n'était encore qu'à l'état de projet; il avait déclaré :

.../...

"Une telle disposition prévoit pour les entreprises d'Etat ... un régime différent de celui qui est prévu par les articles 4 et 5 du projet pour les marchés de l'Etat lui-même.

S'il entrerait dans les intentions du Gouvernement de n'admettre qu'un système au point de vue acompte et avance, l'article 59, alinéa 1er, cité ci-dessus, devrait être omis" (Session 1961-1962, Sénat, Doc. Parl. n° 364, page 53).

Le législateur a maintenu cette disposition. Encore que le susdit article 59 n'ait pas encore été mis en vigueur, il s'indique de prévoir à l'article 13 du projet qu'il est pris sans préjudice de l'application des dispositions prises en exécution de cet article.

+ +

L'article 13 appelle, pour le surplus, diverses observations de forme dont il a été tenu compte dans le texte proposé ci-après :

"Article 13.-

§ 1er. Sans préjudice des dispositions prises en application de l'article 59 de la loi du 28 juin 1963 modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat, des avances peuvent, selon les modalités fixées dans le cahier spécial des charges, être accordées au titulaire d'un marché, dans les cas énumérés ci-après :

.../...

1° pour les marchés qui nécessitent des investissements préalables de valeur considérable par rapport au montant du marché :

- soit pour la réalisation de constructions ou installations;
- soit pour l'achat de matériel, machines ou outillages;
- soit pour des dépenses de nature diverse telles que études, essais, mises au point, acquisitions de brevets, de licences de fabrication ou de perfectionnement ou de "know how", réalisation de prototypes;

2° pour les marchés de fournitures qu'il est indispensable de conclure de gré à gré :

a à d ... (comme au projet) ...

§ 2. Des avances peuvent être accordées dans des cas non prévus au § 1er par décision du conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, du Premier Ministre.

§ 3. ... (texte du § 2 du projet) ...

§ 4. ... (texte du § 3 du projet) ...".

+

+ +

Article 14.

Dans le souci de ne pas devoir apporter de modification à l'article 14 si la périodicité du bulletin des adjudications était changée ou si son impression n'était plus assurée par les imprimeries du Moniteur belge, il est suggéré de rédiger l'article 14 en reprenant les termes de l'article 11 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 :

.../...

"Article 14.-

Toute adjudication publique est annoncée par le bulletin des adjudications publié par l'Etat, et, éventuellement, par tous autres moyens laissés à l'appréciation de l'administration".

+

+ +

Article 16.

Eu égard au texte de l'alinéa 4, le mot "effectivement" peut être omis à l'alinéa 1er.

+ +

L'alinéa 4 de cet article gagnerait à être rédigé de la manière suivante :

"Si le cahier spécial des charges ne peut être consulté à la date prévue, l'administration est tenue de retarder l'ouverture des soumissions du nombre de jours nécessaires pour que les candidats soumissionnaires puissent disposer du délai minimum prévu aux alinéas 1er à 3; l'administration ne doit prendre cette décision que si un candidat soumissionnaire lui a signalé le retard au moins huit jours de calendrier avant la date fixée pour l'ouverture des soumissions".

+

+ +

.../...

Article 17.

L'article 17, alinéa 2, dispose :

"Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans la soumission que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, etc ... doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire".

Cet article énumère les conditions essentielles du marché d'une manière non limitative. Il en résulte qu'il appartiendra à l'administration, sous le contrôle éventuel du juge, d'apprécier si les ratures ou surcharges, mentions complémentaires ou modificatives ont, dans chaque cas particulier, une influence sur les conditions qu'elle estime essentielles du marché.

+

+ +

Article 18.

En son § 1er, cet article prévoit que la soumission doit notamment indiquer le siège de la société soumissionnaire.

Il y a lieu de préciser, comme le faisait l'article 16, § 1er, de l'arrêté royal du 5 octobre 1955, que c'est du "siège social" de la société qu'il s'agit.

+ +

.../...

Le § 4 de cet article étant particulièrement long, il s'indiquerait de le rédiger sous forme d'article distinct.

Il appelle diverses observations de pure forme dont il est tenu compte dans le texte suivant :

"Article _____.

§ 1er. ... (le 1° du projet) ...

§ 2. La soumission est irrégulière et est écartée dans les cas suivants :

1° lorsque l'attestation mentionnée au § 1er ... (la suite comme au projet, 2° , a)....

2° lorsqu'il résulte de l'attestation mentionnée au § 1er :

a. soit que le soumissionnaire n'a pas transmis à l'Office national de sécurité sociale, toutes les déclarations requises jusques et y compris celles qui sont relatives au pénultième trimestre échu par rapport au jour de la séance d'ouverture des soumissions:

b. soit qu'il reste débiteur de cotisations pour une somme totale supérieure à 50.000 francs,

- à moins qu'il ait obtenu, pour cette dette, des délais de paiement qu'il respecte strictement;

.../...

- à moins qu'il établisse, avant l'attribution du marché, qu'il possède à l'égard de l'Etat, d'une province ou d'un établissement public provincial, d'une commune, d'une association de communes ou d'un établissement public communal ou intercommunal ou d'un organisme d'intérêt public visé par la loi du 16 mars 1954, une ou des créances certaines et exigibles pour un montant au moins équivalent à celui pour lequel il est en retard de paiement de cotisations.

§ 3. Le présent article n'est pas applicable ... (la suite comme au 3° du projet) ... ".

+
+ +

Article 19.

Cet article dispose :

"Article 19.-

Lorsqu'une soumission relative à une entreprise de travaux est déposée par une société dotée de personnalité juridique, elle mentionne tous renseignements ayant trait au prescrit de l'article 1er, A, 2°, de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agrération des entrepreneurs et relatif à la propriété des capitaux de la société".

.../...

Aux termes de l'article 1er, A, 2°, de l'arrêté-loi du 3 février 1947, l'exécution de travaux offerts par l'Etat ou financés ou subsidiés par lui, sous quelque forme que ce soit, ne peut être confiée qu'à des entrepreneurs satisfaisant à certaines conditions, et notamment à la suivante :

"2° être de nationalité belge. S'il s'agit de sociétés, il faut que les deux tiers du capital au moins soient belges ".

L'article 19 du projet doit permettre de vérifier si la société soumissionnaire remplit cette condition.

Il pourrait être rédigé d'une manière plus simple :

"Article 19.-

Pour l'application de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agrément des entrepreneurs, lorsqu'une soumission relative à une entreprise de travaux est déposée par une société dotée de la personnalité juridique, elle doit, s'il échet, mentionner tout renseignement établissant que les deux tiers de son capital sont belges".

+

+

+

.../...

Article 20.

Dans un souci de concordance avec les dispositions qui précèdent (§ 1er, 1° et 2°), il s'indiquerait de rédiger le § 1er, 3°, de la manière suivante :

"3° de tout soumissionnaire de nationalité étrangère, qu'il soit personne physique ou morale!... (la suite comme au projet) ...

+ +

L'obligation de constituer un cautionnement ou de fournir une garantie doit figurer dans le cahier spécial des charges, qui en déterminera également le montant. En conséquence le § 2 trouverait mieux sa place à l'article 5, § 2.

+
+ +

Article 23.

Le § 1er gagnerait à être rédigé de la manière suivante :

§ 1er. Lorsqu'au cahier spécial des charges d'une entreprise de travaux publics est joint un métré récapitulatif, celui-ci précise si les quantités indiquées de chaque article sont des quantités forfaitaires ou simplement présumées".

+ +

.../...

Au § 4, alinéas 1er et 2, les mots "erreurs et-ou-omissions" devraient être remplacés par les mots "des erreurs ou des omissions"; cette formule couvre toutes les hypothèses prévues.

+

+ +

Article 24.

Au § 2, alinéa 1er, il y a lieu d'écrire "par application de l'article 34".

+

+ +

Article 25.

Le § 2, alinéa 2, gagnerait à être rédigé de la manière suivante :

"Si les prix sont indiqués en chiffres et en lettres et s'il existe entre eux une différence, l'intention réelle du soumissionnaire doit être recherchée en analysant la soumission et en comparant ses prix à ceux des autres soumissionnaires ainsi qu'aux prix couramment pratiqués; à défaut de découvrir cette intention réelle, les prix exprimés en lettres font foi".

+

+ +

Article 26.

Au § 1er, alinéa 2, les mots "ci-après" peuvent être omis.

+ +

.../...

Le § 2 fait appel à la notion de "lots identiques" sans la définir.

Le Conseil d'Etat en suggère une définition dans le texte qu'il propose pour ce § 2 :

"§ 2. Chacun des lots fait l'objet d'un marché distinct.

Sont toutefois considérés comme ne formant qu'un seul marché, tous les lots d'une entreprise de fournitures qui sont adjugés à un même fournisseur lorsque ces lots sont identiques.

Par "identiques", il faut entendre des lots comprenant les mêmes quantités des mêmes objets ainsi que la même destination si les frais de transport sont à charge du fournisseur.

Le groupement de plusieurs lots en un marché unique n'emporte pas cumul des délais de livraison.

Lorsque le cahier spécial des charges le prévoit, l'administration peut décider que des lots même différents formeront un marché unique".

+

+ +

.../...

Article 29.

L'article 26, § 2, de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 disposait que "si la soumission est envoyée par voie postale, elle doit l'être sous pli recommandé".

Le projet ne reprend pas cette disposition; il en résulte que la soumission peut être envoyée par voie postale sans recommandation. Toutefois, le projet, en son § 3, dispose que la soumission arrivée en retard ne sera prise en considération que si elle a été "déposée à la poste sous pli recommandé au plus tard le quatrième jour du calendrier précédant le jour fixé pour l'ouverture des soumissions".

Tenant compte de l'avantage que le § 3 accorde à la recommandation postale, il serait préférable de rédiger le début de la deuxième phrase du § 1er comme suit : "en cas d'envoi par la poste sous pli recommandé ou ordinaire, cette enveloppe... (la suite comme au projet)...".

+

+ +

Article 30.

Suivant le § 2, le retrait ne peut être signifié par télégramme qu'en cas de nécessité.

La notion de nécessité étant laissée à l'appréciation du soumissionnaire, il s'indiquerait, pour ne pas soulever à son sujet de controverse, de l'omettre et de commencer le § 2 par les mots :

"§ 2. Par dérogation au § 1er, le retrait peut ...".

+

+ +

.../...

Article 31.

A l'alinéa 2, 1°, les mots "le président de séance" seraient utilement remplacés par les mots "la personne chargée par l'administration de présider la séance".

+
+ +

Article 32.

Suivant cet article, les soumissions sont consignées dans un procès-verbal.

Il n'entre certainement pas dans les intentions du Gouvernement de faire consigner au procès-verbal les soumissions avec tous les renseignements qui doivent y figurer en application de la section 2 du chapitre II du projet, mais uniquement les offres qui y sont portées.

Suivant le rapport au Roi, l'article 32 reprend la teneur de l'article 31 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955; cet article dispose que les offres des soumissionnaires et non les soumissions, sont consignées au procès-verbal de la séance.

+ +

.../...

Le projet ne prévoit pas, comme le fait l'article 31 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955, que les soumissionnaires qui ont protesté et les fonctionnaires qui ont émis des observations durant la séance d'ouverture des soumissions, doivent signer le procès-verbal qui relate notamment ces incidents.

Il y a là une dérogation à une règle communément suivie, selon laquelle les personnes ayant pris part à un débat sont appelées à en signer le procès-verbal pour attester la conformité entre ce qui y est rapporté et leurs interventions.

+ +

Tenant compte de ces deux observations, le Conseil d'Etat suggère de rédiger l'article 32 de la manière suivante :

"Article 32.-

Les offres, les modifications qui y furent apportées ainsi que leur retrait et la relation des incidents survenus au cours de la séance d'ouverture des soumissions sont consignés dans un procès-verbal qui est signé immédiatement par le président et un assesseur désigné par l'administration; il est également signé par toutes les personnes qui sont intervenues lors des incidents cités ci-dessus et par tout soumissionnaire qui en exprime le désir".

+
+ +

.../...

Article 33.

Cet article dispose :

"Article 33.-

Les plis contenant les soumissions, les modifications ou retraits de soumissions, arrivés tardivement mais susceptibles d'être pris en considération conformément aux articles 29, § 3, et 30, § 1er, alinéa 3, sont dépuillés par une commission composée de trois agents au moins de l'administration. Un procès-verbal est établi et signé par les membres de la commission".

Telle qu'elle est rédigée, cette disposition n'est pas conforme à l'article 6 de la loi du 4 mars 1963, aux termes duquel l'adjudication publique comporte "ouverture des soumissions en séance publique".

Pour respecter les dispositions de cet article 6, tout en tenant compte des considérations d'ordre pratique invoquées par les délégués du Gouvernement, il est suggéré de prévoir une date limite pour la recevabilité des soumissions, modifications et retraits envoyés par voie postale, qui serait antérieure d'au moins quatre jours à celle de la séance publique d'ouverture des soumissions. Ce système ne ferait pas obstacle au dépôt des documents immédiatement avant l'ouverture de la séance publique.

+

+ +

.../...

Article 34.

L'alinéa 2 de cet article dispose notamment :

"Pour rectifier ces erreurs, l'intention réelle du soumissionnaire est recherchée conformément à ce qui est dit à l'article 25, § 2, alinéa 2 ".

Cet article 25, § 2, alinéa 2, concerne une question absolument distincte de celle qui est traitée par l'article 34 : il s'agit de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire lorsque la soumission contient un prix en chiffres et un prix en lettres et lorsque ces deux prix sont différents. Pour rechercher l'intention réelle du soumissionnaire, l'administration pourra notamment procéder à l'analyse de la soumission, à la comparaison des prix avec ceux des autres soumissionnaires et avec ceux couramment pratiqués.

Par souci de clarté, le Conseil d'Etat suggère de supprimer la référence à l'article 25 et d'insérer dans l'article 34, les divers critères sur lesquels l'administration pourra se baser pour établir l'intention réelle du soumissionnaire.

La première phrase de l'alinéa 2 pourrait être rédigée de la manière suivante :

"Pour rectifier ces erreurs, l'administration recherche l'intention réelle du soumissionnaire par tous moyens, notamment en analysant la soumission et en comparant ses prix à ceux des autres soumissionnaires ainsi qu'aux prix couramment pratiqués".

+

+ +

.../...

Article 35.

Dans le but de rendre le texte plus clair, il est suggéré de scinder cette disposition en deux articles; le premier reprendrait les §§ 1er et 3 ayant trait aux corrections apportées aux quantités prévues dans le métré récapitulatif ; le second reprendrait le § 2 qui est relatif à la réparation d'omissions dans le même métré.

+ +

Si cette suggestion était suivie, l'article 35 nouveau serait divisé en deux paragraphes. Le premier reprendrait les dispositions du § 1er du projet. Le second, qui reprendrait la disposition du § 3 du projet, pourrait être rédigé de la manière suivante :

"§ 2. Les corrections apportées par un soumissionnaire dont l'offre a été déclarée nulle, sont également prises en considération pour l'application du § 1er".

+ +

Suivant cette suggestion, l'article suivant comprendrait le § 2 de l'article 35 du projet.

Des observations de pure forme doivent être formulées au sujet de ce paragraphe :

- par souci de concordance avec le début du § 1er, l'alinéa 1er du 1° devrait être rédigé comme suit :

.../...

"1° Lorsqu'un soumissionnaire a réparé l'une ou l'autre omission dans le métré récapitulatif d'une entreprise de travaux, l'administration s'assure du bien-fondé de cette correction et, éventuellement, l'admet en tout ou en partie".

- les mots "ci-avant" figurant dans la définition du X et du Y doivent être omis.

+ +

Le passage du Rapport au Roi relatif à l'article 35, § 1er, contient des erreurs de référence, qui empêchent d'en comprendre exactement le texte. Il y aurait lieu de les rectifier.

+

+ +

Article 37.

Cet article a trait à la désignation de l'adjudicataire. Il reprend en son § 1er, alinéas 1er et 2, la disposition de l'article 8, § 1er, de la loi du 4 mars 1963 et en son § 4, le § 2 du même article de cette loi en y apportant cependant les deux précisions que la loi a chargé le Roi de donner.

Pour les raisons émises dans l'observation générale au début de cet avis, ces dispositions, en tant qu'elles reproduisent des textes de loi, doivent être omises.

+ +

.../...

L'article 37, § 1er, alinéa 3, dispose :

"Si le cahier spécial des charges a prévu des variantes comme il est dit à l'article 5, § 3, l'attribution du marché se fait d'après un classement unique des soumissions de base et des variantes".

C'est l'article 5, § 4 - et non § 3 comme il est dit dans la disposition examinée - qui prévoit que "si le cahier spécial des charges relatif à un marché à passer par adjudication impose ou autorise des variantes, il doit désigner exactement l'objet de celles-ci et préciser nettement leur nature et leur portée".

Il en résulte que l'administration devra effectuer un classement unique des soumissions de base et des variantes, que ces dernières soient imposées par le cahier spécial des charges ou qu'elles soient simplement autorisées. Il s'indiquerait de le dire en termes exprès dans cet alinéa 3, plutôt que de se référer à l'article 5.

+ +

Tenant compte de ces observations, il est suggéré de rédiger l'article 37 de la manière suivante :

"Article 37.-

Pour la désignation de l'adjudicataire, en exécution de l'article 8 de la loi du 4 mars 1963, les règles suivantes sont applicables :

.../...

- 1° lorsque le cahier spécial des charges a imposé ou autorisé une ou plusieurs variantes, le marché est confié au soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la plus basse d'après un classement unique des soumissions de base et des variantes;
- 2° ... (§ 2 du projet) ... ;
- 3° ... (§ 3 du projet) ... ;
- 4° la décision dérogeant à l'attribution du marché au soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la plus basse peut être prise par le Ministre intéressé lorsque l'écart entre le montant de la soumission régulière qu'il se propose de choisir et celui de la soumission régulière la plus basse est inférieur à 10 p.c. de ce dernier montant sans atteindre 100.000 francs".

+

+ +

Article 38.

Les alinéas 2 et 3 du § 1er de cet article gagneraient à être rédigés de la manière suivante :

"Lorsque la désignation de l'adjudicataire nécessite l'intervention soit de la Commission permanente consultative en matière de contrats et adjudications, soit de la Commission d'agrément des entrepreneurs, le délai est augmenté du laps de temps qui s'est écoulé à partir d

.../...

jour où cette intervention a été sollicitée jusqu'au jour où l'administration a obtenu l'avis de la commission. Si l'intervention des deux commissions est requise, le délai est augmenté du laps de temps qui s'est écoulé à partir du jour où la première consultation a été sollicitée jusqu'au jour où l'administration a obtenu le second des avis de la commission.

Cette augmentation de délai ne peut toutefois excéder trente jours de calendrier.

Les soumissionnaires ne restent engagés par leur soumission durant ce délai supplémentaire que s'ils ont été avisés de l'intervention sollicitée avant l'expiration du délai fixé à l'alinéa 1er".

+

+ +

Article 39.

Cet article reprend les dispositions de l'article 11 de la loi du 4 mars 1963. Pour les raisons énoncées dans l'observation générale au début de cet avis, cet article doit être omis.

+

+ +

.../...

Article 40.

L'alinéa 1er dispose :

"Le marché n'est conclu que par la notification, au soumissionnaire intéressé, de l'approbation de sa soumission".

Les intentions du Gouvernement ne sont plus de considérer comme précédemment, en application de l'article 38 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955, que l'adjudication est définitive dès son approbation par le Ministre intéressé ; le projet exige de plus que notification de cette approbation soit envoyée à l'adjudicataire.

Pour des raisons de pure forme, l'article 40 serait mieux rédigé de la manière suivante :

"Article 40.-

Le marché est définitif lorsque notification est faite au soumissionnaire intéressé, de l'approbation de sa soumission.

Cette notification est faite par lettre recommandée à la poste ; en cas de nécessité, elle peut être faite par télégramme dont la teneur est confirmée par lettre recommandée.

La notification est réputée faite par le seul dépôt au bureau postal ou télégraphique de la lettre ou du télégramme, effectué dans le délai durant lequel les soumissionnaires restent tenus par leurs soumissions en vertu de l'article 38".

+

+ +

.../...

Article 41.

Le Conseil d'Etat ayant fait observer sous l'article 37 que le § 4 de cet article devait être omis parce qu'il ne fait que répéter l'article 8, § 2; de la loi du 4 mars 1963, le § 1er de l'article 41 devrait être rédigé de la manière suivante :

"§ 1er. Lorsqu'il a été dérogé à la règle suivant laquelle le marché doit être confié au soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la plus basse, la décision désignant l'adjudicataire est portée à la connaissance des soumissionnaires qui ont proposé une offre régulière plus basse que celle de l'adjudicataire".

+ +

Le § 2 prévoit l'hypothèse où la soumission acceptée est arrivée tardivement dans les conditions prévues à l'article 29, § 3. Il omet de régler le cas où la soumission acceptée a subi des modifications arrivées tardivement mais admises en application de l'article 30, § 1er, alinéa 3.

Le § 2 devrait être complété pour rencontrer cette hypothèse.

Dans l'ignorance où il est des intentions du Gouvernement à ce sujet, le Conseil d'Etat ne propose pas de texte.

.../...

Si le Gouvernement se rallie à la suggestion faite sous l'article 33, le § 2 deviendra sans objet.

+ +

Cet article soulève une question plus générale, celle de la notification, à tous les soumissionnaires, de la décision d'adjuger le marché.

Une telle notification aurait un double avantage.

I. En disposant en son article 8, § 1er, que le marché doit être confié "sous peine de dommages-intérêts" au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, la loi du 4 mars 1963 ne règle pas tout le contentieux des marchés passés par adjudication. Des recours pour excès de pouvoir pourront encore être introduits au Conseil d'Etat par les soumissionnaires. Si le projet ne prévoit pas la notification, à tous les soumissionnaires, de la décision d'accorder le marché, le délai d'introduction du recours pour excès de pouvoir ne commencera à courir, pour ces soumissionnaires, qu'à dater de la connaissance effective qu'ils auront eue de la décision. Si, au contraire, une telle notification était prévue, elle constituerait le point de départ du délai de recours ; l'administration saurait de manière certaine si le délai est ou non écoulé.

II. La notification à tous les soumissionnaires, de la décision d'adjuger le marché ne comporte pas seulement cet avantage pour l'administration, elle permettrait également aux soumissionnaires de savoir qu'ils ne sont plus tenus par leurs soumissions lorsque la décision d'adjuger a été prise avant que le délai prévu à l'article 38 ne soit complètement écoulé.

.../...

Si, tenant compte de ces considérations, le Gouvernement décidait de prévoir la notification, à tous les soumissionnaires, de la décision d'adjuger le marché, l'article 41 devrait être remanié.

Dans l'ignorance où il est des intentions du Gouvernement à ce sujet, le Conseil d'Etat ne propose pas de nouveau texte pour cet article.

+

+ +

Article 42.

L'alinéa 1er serait mieux rédigé de la manière suivante :

"Si la notification de la décision à l'adjudicataire n'a pas été faite dans le délai prévu à l'article 38, le marché n'est conclu que moyennant l'accord écrit et sans réserve du soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la plus basse".

+ +

A l'alinéa 2, in fine, l'expression "sous-épreuve" devrait être remplacée par "seconde épreuve".

+ +

.../...

A l'alinéa 3, in fine, la référence à l'article 53 du projet doit être remplacée par la référence à l'article 12, § 2, de la loi du 4 mars 1963.

+
+ +

Article 44.

Cet article rend le chapitre II applicable à la procédure d'adjudication restreinte "hormis les articles 14 et 15".

L'article 43 prévoyant que l'appel à la concurrence devra contenir les renseignements énumérés à l'article 15, il y aurait lieu de modifier l'article 44 de la manière suivante :

"Article 44.-

Le chapitre II est applicable aux marchés passés par adjudication restreinte.

Toutefois, l'article 14 et l'article 15, sous réserve de ce qu'il en a été dit à l'article 43, ne sont pas applicables ; de plus, les entrepreneurs ou fournisseurs consultés sont seuls admis à l'ouverture des soumissions".

+
+ +

.../...

Article 45.

Cet article devrait être rédigé comme suit

"Article 45.-

L'appel à la concurrence a lieu :

- pour l'appel d'offre général : ... (la suite comme au projet) ... ;
- pour l'appel d'offre restreint : ... (la suite comme au projet) ... ".

Article 46.

L'ouverture des offres dans la procédure de l'appel d'offres a lieu à huis clos.

Il résulte de l'exposé des motifs de la loi du 4 mars 1963 que "les arrêtés d'exécution auront à procurer toutes les garanties d'objectivité voulues sur le sujet" (Session 1961-1962, Sénat, doc. parl. 364, page 14).

Pour répondre à ce souci, le projet prévoit que l'ouverture des offres sera faite "par une commission composée de trois membres au moins spécialement désignés par l'administration".

Pour éviter tout doute concernant l'interprétation de cette disposition, il y aurait lieu de préciser que les membres de la commission peuvent être choisis parmi les agents de l'administration ou parmi les personnes étrangères à celle-ci ; il y a également lieu de préciser le mode de désignation du président de la commission.

.../...

L'article 46, alinéa 2, pourrait être rédigé de la manière suivante :

"A l'expiration du délai fixé pour la présentation des offres, il est procédé, à huis clos, à l'ouverture de celles-ci par une commission composée de trois membres au moins, spécialement désignés par l'administration parmi ses agents, ou parmi les personnes étrangères à celle-ci. L'administration désigne, parmi les membres de la commission, un président".

+ +

Dans le même souci de donner toute garantie d'objectivité concernant le déroulement de la procédure, il y a lieu non seulement de prévoir, comme le fait l'alinéa 4, le paraphe du président de la commission sous les offres, modifications et retraits, mais également la signature du procès-verbal par les membres de la commission. Une telle disposition est vraisemblablement sous-entendue dans le projet ; il s'indiquerait de la rédiger en termes exprès.

L'alinéa 4 pourrait, dès lors, être rédigé de la manière suivante :

"Le procès-verbal est signé par les membres de la commission. Les offres ainsi que ... (la suite comme au projet) ...".

+ +

.../...

En vertu de l'alinéa 1er, les articles 17 à 30 sont applicables à l'appel d'offres. L'article 29, § 3, qui a trait à la soumission arrivée tardivement, mais admise malgré ce retard, et l'article 30, § 1er, alinéa 3, qui a trait aux modifications ou aux retraits arrivés tardivement mais également admis malgré leur retard, sont donc applicables à l'appel d'offres.

Il y aurait lieu, dès lors, de régler, comme le fait l'article 33 pour les soumissions, modifications ou retraits arrivés en retard, mais pris en considération, la procédure à suivre pour leur examen.

Il est suggéré de compléter l'article 46 par l'alinéa suivant :

"Les offres, les modifications qui y sont apportées et les retraits d'offres, envoyés tardivement mais pris en considération en application des articles 29, § 3, et 30, § 1er, alinéa 3, sont examinés suivant la procédure prévue au présent article".

+

+ +

Article 47.

Les §§ 2 et 3 ont trait aux marchés de travaux publics ; les §§ 1er, 4 et 5 concernent tous les marchés.

Par souci de rendre les textes plus clairs, il s'indiquerait de rédiger les §§ 2 et 3 en un seul paragraphe, qui serait subdivisé en 1° (le § 2) et 2° (le § 3).

+ +

.../...

Le § 4 dispose :

"§ 4. A défaut pour un soumissionnaire de fournir dans un délai fixé, les précisions demandées en application des §§ 1er et 3, l'administration peut, soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la corriger selon ses propres calculs et estimations".

Si la suggestion qui vient d'être faite était retenue, il faudrait remplacer la référence au § 3 par "et 2°, alinéa 2".

+ +

Il résulte des explications données par les fonctionnaires délégués que la correction des soumissions sera effectuée en tenant compte d'éléments objectifs : les calculs effectués par l'administration. Il y aurait lieu, dès lors, d'omettre les mots "et estimations" qui figurent in fine du § 4.

+
+ +

Article 48.

L'alinéa 1er reprend le texte de l'article 10 de la loi du 4 mars 1963. Pour les raisons émises dans l'observation générale figurant en tête de l'avis, cette disposition doit être omise.

.../...

Il faut, pour le surplus, observer que dans le texte français, deux erreurs se sont glissées :

- parmi les éléments dont le Ministre peut tenir compte, ne figure pas "la valeur technique" ;
- in fine, sont employés les mots "de toutes suggestions faites dans la soumission", alors que la loi emploie les mots plus exacts "de toutes suggestions faites dans l'offre".

+ +

En disposant en son article 10 que le Ministre choisit librement l'offre qu'il juge la plus intéressante en tenant compte de certains critères, la loi du 4 mars 1963 n'a pas entendu le soustraire au contrôle exercé par le Conseil d'Etat en application de l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946.

Les décisions qui peuvent être détachées du contrat sont susceptibles d'annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir.

En ne prévoyant pas que la décision du Ministre choisissant l'offre qu'il juge la plus intéressante doit être motivée par l'appel à l'un ou l'autre des critères prévus à l'article 10 de la loi, et en ne précisant pas que cette décision et ses motifs doivent être notifiés à tous les soumissionnaires, le projet rendra ces éventuels recours particulièrement difficiles ; il pourrait avoir comme conséquence que tous les soumissionnaires évincés

.../...

introduisent d'office des recours basés sur des irrégularités théoriques qui seraient précisées dans les mémoires postérieurs lorsqu'ils auront connaissance des éléments du dossier administratif.

Pour éviter ces difficultés, il est suggéré de prévoir à l'article 48 que la décision doit être motivée et à l'article 50, § 3, que la décision et ses motifs doivent être notifiés à tous les soumissionnaires.

+ +

Comme il a été dit plus haut, c'est dans le chapitre relatif aux marchés sur appel d'offres que devrait notamment figurer la disposition formant l'alinéa 3 de l'article 2.

Elle pourrait être insérée dans l'article 48 du projet.

+ +

Tenant compte de ces observations, il est proposé de rédiger l'article 48 de la manière suivante :

"Article 48.-

En application de l'article 10 de la loi du 4 mars 1963, le Ministre choisit librement l'offre qu'il juge la plus intéressante ; sa décision est motivée.

Dans le cas ... (la suite comme au projet, alinéa 2) ...

.../...

Les marchés estimés à un montant égal ou supérieur à quinze millions de francs sont soumis pour avis au comité ministériel des investissements publics et des transports institué par l'arrêté royal du 2 juin 1961".

+

+ +

Article 49.

L'article 39 reprenant le texte de l'article 11 de la loi du 4 mars 1963, le Conseil d'Etat a estimé qu'il devait être omis ; il n'y a pas lieu d'y faire référence dans l'article 49.

+ +

Cet article pourrait être rédigé plus simplement de la manière suivante :

"Article 49.-

Les articles 36 et 38 sont applicables aux marchés sur appel d'offres".

+

+ +

.../...

Article 50.

Par souci de concordance avec l'article 42, il est suggéré de remplacer les mots "qui doit être pur et simple", qui figurent in fine du § 2, alinéa 1er, par les mots "et sans réserve".

A l'alinéa 2 du § 2, in fine, l'expression "sous-épreuve" devrait être remplacée par "seconde épreuve".

A l'alinéa 3 du § 2 du même article, il y aurait lieu de remplacer la référence "à l'article 53" par "à l'article 12, § 2, de la loi du 4 mars 1963".

+ +

Tenant compte de la seconde observation émise sous l'article 48, il est proposé de rédiger le § 3 de la manière suivante :

"§ 3. La décision ainsi que ses motifs sont notifiés aux soumissionnaires dont les offres n'ont pas été retenues, par lettre recommandée à la poste, en même temps qu'ils sont notifiés au soumissionnaire choisi".

+
+ +

Article 51.

En son § 2, cet article dispose que les primes peuvent ne pas être octroyées, en tout ou en partie, "si les projets reçus ne sont pas jugés satisfaisants".

.../...

Suivant ce texte, il semble que c'est au Ministre qu'il appartiendra de juger si les projets sont ou non satisfaisants ; si telle est l'intention du Gouvernement, il s'indiquerait de remplacer les mots "si les projets ne sont pas jugés satisfaisants" qui figurent in fine du § 2, par les mots "s'il ne juge pas les projets satisfaisants".

+ +

Pour les raisons émises dans l'observation relative à l'article 48, il y aurait lieu de préciser que la décision que doit prendre le Ministre dans le cas prévu au § 3 doit être motivée ; cette motivation est ici d'autant plus nécessaire que le Ministre pourrait ne pas suivre l'avis du jury.

Il y aurait donc lieu d'insérer les mots "par décision motivée" après les mots "est prononcée par le Ministre" qui figurent au § 3 de cet article.

+
+ +

Article 52.

Cet article reproduit quasi textuellement l'article 12, § 1er, de la loi du 4 mars 1963.

Pour les raisons émises dans l'observation générale figurant au début de cet avis, cet article doit être omis.

+
+ +

.../...

Article 53.

Cet article reproduit textuellement, sauf en ce qui concerne le 1°, l'article 12, § 2, de la loi du 4 mars 1963. Il doit, lui aussi, être omis, à l'exception du 1°, qui pourrait être rédigé de la manière suivante :

"Article 53.-

En application de l'article 12, § 2, 1°, de la loi du 4 mars 1963, il peut être traité de gré à gré lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas 300.000 francs".

+

+ +

Article 54.

Comme il a été dit plus haut, c'est dans le chapitre relatif aux marchés de gré à gré que devrait notamment figurer la disposition formant l'alinéa 3 de l'article 2.

Elle pourrait être insérée dans l'article 54 du projet.

Par application de l'article 25 du Livre Ier du Code de commerce, il y aurait lieu de préciser au § 2 que la force probante de la facture est subordonnée à son acceptation.

.../...

Il est suggéré de rédiger cet article de la manière suivante :

"Article 54.-

§ 1er. Le marché de gré à gré se constate :

- soit par un engagement souscrit sur base d'une demande d'offres, éventuellement modifiée après discussion entre parties;
- soit par une convention signée par les parties;
- soit par une correspondance, suivant les usages du commerce.

Les marchés de gré à gré dont le montant n'excède pas 10.000 francs peuvent être constatés par simple facture acceptée.

§ 2. Les marchés de gré à gré estimés à un montant égal ou supérieur à quinze millions de francs sont soumis pour avis au comité ministériel des investissements publics et des transports institué par l'arrêté royal du 2 juin 1961.

§ 3. Sans préjudice des dispositions du chapitre Ier qui régissent tous les marchés quel que soit leur mode de passation, les chapitres II à IV ou certaines de leurs dispositions peuvent être rendus applicables par l'administration à un marché déterminé".

+

+ +

.../...

L'intitulé du chapitre VI gagnerait à être remplacé par l'intitulé suivant :

"CHAPITRE VI. - DISPOSITIONS DIVERSES".

+

+ +

Article 55.

Cet article dispose :

"Article 55.-

Après la conclusion du marché, il ne peut être dérogé à l'application de ses clauses et conditions essentielles que par une décision motivée du Ministre".

Cet article traite du même objet que l'article 44 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955; il ne fait cependant que rappeler le principe contenu dans cet article 44 et omet les diverses précisions qui y figurent.

Le rapport au Roi explique longuement la "ratio legis" de cette nouvelle disposition.

Tel qu'il est rédigé, cet article est général et laisse au Ministre tout pouvoir dans la fixation des clauses et conditions à modifier, et dans la détermination des motifs qui peuvent l'inciter à prendre la décision prévue.

.../...

A cause de ses termes généraux, l'article 55 provoquera inévitablement des controverses. Il y aurait lieu, en s'inspirant de l'article 44 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955, d'y apporter les précisions nécessaires.

En outre, il conviendrait de préciser que ces modifications ne peuvent être apportées qu'avec l'accord de l'adjudicataire comme il est prévu dans l'arrêté royal du 5 octobre 1955.

Il est suggéré de le rédiger de la manière suivante :

"Article 55.-

Après la conclusion du marché, il ne peut être dérogé à ses clauses et conditions notamment pour modifier et augmenter le prix, pour prolonger les délais prévus et pour affranchir les entrepreneurs des cas de responsabilité et d'amendes, que dans des cas exceptionnels avec l'accord de l'adjudicataire et par décision motivée du Ministre".

+

+ +

Article 57.

L'énumération purement exemplative de certaines obligations internationales auxquelles le projet précise qu'il entend ne pas déroger, est à la fois superflue et équivoque.

.../...

Elle est superflue en ce qu'elle se borne à rappeler un principe général de droit international auquel la loi du 4 mars 1963 a manifestement entendu que le pouvoir exécutif se conforme dans ses arrêtés d'exécution.

Elle est équivoque en ce qu'elle consacre une interprétation unilatérale des articles 7 et 59 du Traité instituant la Communauté économique européenne interprétation dont l'exactitude peut être mise en doute dans la mesure où elle conteste le caractère directement obligatoire de ces articles à l'égard des ressortissants des Etats-membres déjà établis en Belgique.

Pour ces diverses raisons l'article 57 du projet devrait être omis.

+

+ +

C'est après l'article 57 que devrait figurer la disposition de l'article 10, § 3, disposition relative au secret auquel sont tenus les agents de l'administration. Un projet de texte a été proposé dans l'observation émise ci-dessus concernant cet article 10, § 3.

+

+ +

.../...

Article 58.

L'article 22, 2°, de la loi du 15 mai 1846 disposait qu'il pouvait être traité de gré à gré :

"2° pour toute espèce de fournitures, de transports ou de travaux, lorsque les circonstances exigent que les opérations du Gouvernement soient tenues secrètes; ces marchés doivent préalablement avoir été autorisés par le Roi, sur un rapport spécial".

En exécution de cette disposition furent pris :

- l'arrêté royal du 25 octobre 1950 autorisant le Ministre de la Défense nationale à conclure de gré à gré certains marchés à caractère secret;
- l'arrêté royal du 20 décembre 1952 autorisant le Ministre de la Santé publique et de la Famille à conclure de gré à gré certains marchés à caractère secret.

L'article 12, § 2, de la loi du 4 mars 1963 dispose qu'il peut être traité de gré à gré notamment :

"8° lorsqu'un caractère secret, incompatible avec toute forme de concurrence et de publicité, s'attache à l'objet du marché".

La nouvelle loi n'exige donc plus une autorisation du Roi prise sur un rapport spécial. Les arrêtés royaux des 25 octobre 1950 et 20 décembre 1962 n'ont plus d'objet; ils doivent être abrogés.

+

+ +

.../...

L'article 58 pourrait être rédigé de la manière suivante :

"Article 58.-

Sont abrogés :

- 1° l'arrêté royal du 25 octobre 1950 autorisant le Ministre de la Défense nationale à conclure de gré à gré certains marchés à caractère secret;
- 2° l'arrêté royal du 20 décembre 1952 autorisant le Ministre de la Santé publique et de la Famille à conclure de gré à gré certains marchés à caractère secret;
- 3° l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat, modifié par l'arrêté royal du 31 mai 1961".

+

+ +

Article 59.

Cet article gagnerait à être rédigé de la manière suivante :

"Article 59.-

La loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'Etat et le présent arrêté entrent en vigueur le premier jour du troisième mois qui suit celui au cours duquel le présent arrêté aura été publié au Moniteur belge.

.../...

Toutefois, les marchés annoncés avant cette date restent régis par la législation antérieure et par l'arrêté royal du 5 octobre 1955 et son annexe".

+
+ +

Observation relative à l'application du projet aux organismes d'intérêt public soumis à la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

Dans son avis concernant le projet qui devint la loi du 4 mars 1963, le Conseil d'Etat avait attiré l'attention sur l'incidence du projet à l'égard de la loi du 16 mars 1954.

Le Conseil d'Etat se réfère à cette observation (session 1961-1962, Sénat, doc.parl. 364, page 53).

Il y a lieu d'ajouter que les organismes d'intérêt public soumis à la loi du 16 mars 1954 ne devront appliquer le présent projet que s'ils recourent à l'adjudication publique; les procédures prévues pour l'adjudication restreinte ou pour l'appel d'offres ne leur seront pas applicables.

.../...

Une observation a été faite sous l'article 4 concernant l'application aux organismes d'intérêt public du cahier général des charges.

Si le Gouvernement estimait qu'une certaine uniformisation du régime des marchés est souhaitable, il s'indiquerait de revoir le régime des marchés des organismes d'intérêt public.

Het ontwerp bedoelt de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat in werking te stellen en uit te voeren.

ALGEMENE OPMERKING.

Volgens het verslag aan de Koning is het "geraden en praktisch gebleken in de bepalingen van dit algemeen uitvoeringsbesluit - en onder de hoofdstukken of afdelingen waarop ze betrekking hebben - zoniet de letterlijke tekst, dan toch de getrouwe inhoud over te nemen van alle in de wet zelf opgenomen bepalingen, andere dan deze die een loutere afschaffende of overgangsdraagkracht hebben".

De voornaamste wetsartikelen waaraan uitvoering wordt gegeven, staan dus mede in het ontwerp :

- artikel 1 memoreert artikel 5 van de wet;
- artikel 2, eerste en tweede lid, herhaalt haast woordelijk artikel 2 van de wet;
- artikel 8 zegt nagenoeg letterlijk wat in artikel 3, § 1, van de wet staat;
- artikel 9, § 1, komt vrijwel overeen met artikel 3, § 2, van de wet;
- artikel 12, § 2, komt vrijwel overeen met artikel 4, eerste lid, van de wet;
- artikel 37, § 1, zegt haast woordelijk wat in artikel 8, § 1, van de wet is bepaald;
- artikel 37, § 4, is, maar dan met een verduidelijking, de haast letterlijke weergave van artikel 8, § 2, van de wet;

.../...

- artikel 39 is artikel 11 van de wet;
- artikel 52 komt vrijwel overeen met artikel 12, § 1, van de wet, en artikel 53 is nagenoeg artikel 12, § 2, van de wet, maar met een verduidelijking.

Aan die werkwijze zijn gevaren verbonden die uit de weg moeten worden gegaan. Opneming van wetsbepalingen in een besluit kan de indruk wekken, dat die bepalingen handelingen van de uitvoerende macht zijn geworden, terwijl zij toch handelingen van de wetgever blijven; omtrent de werkelijke aard van die bepalingen kan namelijk verwarring ontstaan wanneer men in het koninklijk besluit wijzigingen gaat aanbrengen. Dat gevaar is des te groter daar het ontwerp-koninklijk besluit de artikelen uit de wet van 4 maart 1963 niet altijd woordelijk herhaalt.

Men schrappe de genoemde bepalingen dus uit het ontwerp. Bij het onderzoek van de tekst worden wenken gegeven om het ontwerp dienovereenkomstig te wijzigen.

+

+ +

Zoals uit het verslag aan de Koning blijkt, wenst de Regering "dat het koninklijk besluit in de toekomst als vade-mecum zal dienen voor de technici van de openbare aannemingen, zo in de economische milieus als in de besturen".

.../...

De Regering kan dat doel even goed bereiken met een brochure waarin de wet van 4 maart 1963, het ontwerp-besluit, de algemene aanbestedingsvoorwaarden en de daarbij behorende commentaar worden samengebracht.

+

+ +

OPSCHRIFT.

Het ontwerp heeft twee opschriften : één boven het verslag aan de Koning, één boven de tekst van het besluit.

Het tweede is het eenvoudigste en lijkt dus te verkiezen.

+

+ +

AANHEF.

De aanhef verwijst naar de wet van 4 maart 1963, inzonderheid naar een aantal artikelen die voor hun uitvoering uitdrukkelijk in het optreden van de Koning voorzien.

Hij vermeldt onder meer artikel 2 van de wet, waaraan het ontwerp echter geen uitvoering bedoelt te geven (verslag aan de Koning).

Zijn uitvoeringsbevoegdheid ontleent de Koning niet alleen aan de artikelen van de wet van 4 maart 1963 maar, meer in 't algemeen, aan artikel 67 van de Grondwet.

.../...

Het eerste lid van de aanhef leze men dus zo :

"Gelet op de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat".

+

+ +

Het koninklijk besluit van 14 december 1960 tot instelling van de Permanente Commissie voor de openbare aannemingen bepaalt in artikel 2, § 1 :

"§ 1. De Ministers onderwerpen elk voorontwerp van wet of van besluit betreffende de aannemingen van de Staat en de algemene aanbestedingsvoorwaarden aan het advies van de Commissie.

De Commissie stelt de door haar nuttig geachte verbeteringen voor".

Het advies van die Commissie moet in de aanhef worden vermeld.

+

+ +

Artikel 1.

Dat artikel geeft een opsomming van de verschillende, in de wet van 4 maart 1963 (artikelen 5, 6, 7, 9 en 12) bepaalde wijzen voor het sluiten van overeenkomsten.

Gelet op hetgeen onder de algemene opmerking is gezegd, moet dat artikel vervallen.

.../...

Het door elkaar halen van wets- en verordeningsbepalingen is hier wel bijzonder gevaarlijk : dat artikel zegt immers, dat de overeenkomsten ondershands kunnen worden gesloten in de gevallen bedoeld in artikel 53 van het ontwerp, terwijl die gevallen in werkelijkheid beperkend zijn opgesomd in artikel 12, § 2, van de wet, dat in artikel 53 van het ontwerp met alleen maar een verduidelijking wordt herhaald.

+
+ +

Artikel 2.

Het eerste en het tweede lid van dat artikel zeggen haast woordelijk wat in artikel 2 van de wet staat. Ze moeten vervallen.

Het door elkaar halen van wets- en verordeningsbepalingen is ook hier uiterst gevaarlijk.

Artikel 2 van de wet bepaalt namelijk :

"Hij (de Minister) kan zijn bevoegdheid overdragen binnen de bij koninklijk besluit bepaalde grenzen; de bevoegdheid tot het nemen van de in artikel 8, § 2, bedoelde beslissingen kan echter niet worden overgedragen".

Volgens de parlementaire voorbereiding bestaan de beslissingen die de Minister op grond van artikel 8, § 2, moet nemen, hierin dat "de zaak aan de Ministerraad

.../...

of, bij hoogdringendheid, aan de Eerste Minister wordt voorgelegd, en ook dat de overeenkomst wordt gesloten wanneer van deze procedure mag afgeweken worden" (zitting 1961-1962, Senaat, Gedr. st. 364, blz. 7 en 8).

Met de woorden "de in artikel 37, § 4, bedoelde beslissing" lijkt artikel 2, tweede lid, de strekking van artikel 2 van de wet wel te beperken : het staat de gemachtigde overheid toe, de zaak bij de Ministerraad of, in spoedgevallen, bij de Eerste Minister aanhangig te maken; alleen de bevoegdheid tot het nemen van de eindbeslissing ingeval van die procedure kan worden afgeweken, zou dan niet voor overdracht vatbaar zijn.

+ +

Het derde lid van artikel 2 voorziet in het optreden van het ministerieel comité voor publieke investeringen en vervoer als overeenkomsten ten bedrage van vijftien miljoen of meer bij offerteaanvraag of ondershands moeten worden gesloten.

Zulk een bepaling hoort thuis in de hoofdstukken over offerteaanvraag en onderhandse overeenkomst.

+

+ +

Als de Regering ingaat op de hierboven gegeven wenk, moet afdeling 1 van hoofdstuk I van het ontwerp worden weggelaten. De volgende afdelingen en artikelen dienen dan te worden vernummerd.

+

+ +

.../...

Artikel 3.

Dat artikel bepaalt onder meer "dat de voorwaarden tot het sluiten en uitvoeren van overeenkomsten met de Staat worden bepaald door het algemeen lastenkohier en door de bijzondere lastenkohieren"; dat is terminologisch niet juist : die stukken geven alleen de contractuele bepalingen aan; de verordenende staan in het onderhavige besluit. Bovendien vervange men de termen "algemeen lastenkohier" en "bijzonder lastenkohier" overal in het ontwerp door "algemene aanbestedingsvoorwaarden" en "bijzonder bestek" zoals in het koninklijk besluit van 5 oktober 1955.

De artikelen 4 en 5 zeggen wat in de algemene aanbestedingsvoorwaarden en in het bijzonder bestek staat en geven de werkingssfeer van die stukken aan.

Artikel 3 kan bijgevolg als overbodig vervallen.

+

+ +

Artikel 4.

Dat artikel bepaalt :

"Artikel 4.-

Het algemeen lastenkohier omvat de algemene contractuele bepalingen van de overeenkomsten. Het wordt slechts van toepassing op een bepaalde overeenkomst door een vermelding in het bijzonder lastenkohier of in alle andere dokumenten die op de overeenkomst slaan".

.../...

Dat is een belangrijk novum; de algemene aanbestedingsvoorwaarden, die thans voor alle overeenkomsten gelden, zullen voortaan alleen nog toepassing vinden als het bijzonder bestek van de aanneming er uitdrukkelijk naar verwijst.

Het verslag aan de Koning verantwoordt die bepaling met praktische overwegingen : de algemene aanbestedingsvoorwaarden gelden thans niet voor een aantal aannemingen, vooral voor weinig belangrijke, die volgens de handelsgebruiken tot stand komen; met haar formule denkt de Regering de gegadigden de toepassing vindende bepalingen beter te kunnen doen kennen.

Om dat oogmerk te bereiken, werke men artikel 4 en artikel 5, § 1, ineen als volgt :

"Artikel ...

De contractuele bepalingen voor iedere overeenkomst worden vastgesteld in het bijzonder bestek of in enig als zodanig geldend stuk, en, in zover daarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen, in de bij dit besluit gevoegde, algemene aanbestedingsvoorwaarden".

+

+ +

In artikel 7bis zegt de wet van 16 maart 1954, zoals ze is gewijzigd bij koninklijk besluit van 18 december 1957, welke regelen de aan die wet onderworpen instellingen van openbaar nut voor het sluiten van overeenkomsten moeten volgen.

.../...

In § 3 bepaalt dat artikel namelijk :

"§ 3. Onder voorbehoud van de bijzondere bepalingen van iedere overeenkomst zijn deze instellingen gehouden tot het toepassen van de contractuele, administratieve en technische bepalingen die de algemene aanbestedingsvoorwaarden van de Staat vormen".

De ontworpen regeling brengt mee, dat de algemene aanbestedingsvoorwaarden in beginsel, behoudens de in het bijzonder bestek bepaalde afwijkingen, blijven gelden voor overeenkomsten met instellingen van openbaar nut, terwijl ze voor overeenkomsten met de Staat alleen nog toepassing zullen vinden als het bijzonder bestek van de aanneming ernaar verwijst.

+

+ +

Artikel 5.

Paragraaf 3 van artikel 5 bepaalt, dat het bijzonder bestek onder meer de "bijzondere in acht te nemen voorwaarden" aangeeft. Die voorwaarden gaan op in het "vowerp" zelf van de aanneming, als bedoeld in § 2; de desbetreffende vermelding in § 3 kan dus vervallen.

+ +

.../...

Waar § 3 van dat artikel aan het eind spreekt over "de afwijkingen op de bepalingen van het algemeen lastenkohier in overeenstemming met de bijzondere eisen van de overeenkomst", komt het in strijd met artikel 4 van het ontwerp; gelet op de redactie die de Raad van State voor artikel 4 voorstelt, is die paragraaf overbodig.

+ +

Paragraaf 2 moet als volgt beginnen :

"§ 2. Het bijzonder bestek geeft aan ...".

Paragraaf 3 late men als volgt beginnen :

"§ 3. Bovendien geeft het bijzonder bestek eventueel aan :

1° ...".

Een betere lezing voor § 4 zou zijn :

"§ 4. Als het om een bij aanbesteding te sluiten overeenkomst gaat, kan het bijzonder bestek varianten opleggen of toestaan; het dient het onderwerp van die varianten precies te omschrijven, en aard en strekking ervan duidelijk aan te geven".

+

+ +

.../...

Artikel 6.

Dat artikel moet vooraan in de afdeling komen en ware beter als volgt geredigeerd :

"Artikel 6.-

Voor de toepassing van dit besluit moet, hoe de overeenkomst ook wordt gesloten, worden verstaan onder :
1° tot 5° ... (zoals in het ontwerp) ...".

+
+ +

Artikel 8.

Dat artikel herhaalt haast woordelijk artikel 3, § 1, van de wet.

Zoals onder de algemene opmerking vooraan in dit advies is gezegd, moet die bepaling vervallen.

+
+ +

Artikel 9.

Dat artikel zegt in § 1 woordelijk wat in artikel 3, § 2, van de wet staat.

.../...

Gelet op hetgeen onder de algemene opmerking
vooraan in dit advies is gezegd, moet die bepaling vervallen.

Artikel 9 kan dan als volgt worden gelezen :

"Artikel 9.-

In de gevallen waarin de wet het sluiten van een
overeenkomst zonder vaste prijsbepaling toestaat, geschiedt dat :

1° tot 3° ... (verder zoals in het ontwerp) ...".

+

+ +

Artikel 10.

Artikel 10, § 1, van het ontwerp bepaalt :

"§ 1. In de gevallen van beperkte aanbesteding,
van beperkte offerteaanvraag of van onderhandse overeenkomst, kan het bijzonder lastenkohier voorzien dat de inschrijvers, vóór de toewijzing van de overeenkomst, alle nuttige inlichtingen moeten verstrekken, bestemd om het bestuur in de mogelijkheid te stellen de aangeboden prijzen te controleren".

In de praktijk bedoelt men hiermee wellicht de Minister bevoegdheid te geven om na te gaan of de prijzen, als er wegens opzet onder de inschrijvers geen voldoende mededinging is, niet te hoog zijn opgedreven, wat een

.../...

reden kan zijn om de aanneming niet toe te wijzen en de procedure inzake beroep op de mededinging over te doen of, met toepassing van artikel 12, § 2, 2°, van de wet een onderhandse overeenkomst te sluiten.

Daarom ook bepale men, dat § 1 in geval van beperkte aanbesteding of beperkte offerteaanvraag alleen geldt als de aangeboden prijzen de verwachtingen van het bestuur kennelijk te boven gaan.

Die paragraaf kan dan zo worden gelezen :

"§ 1. In gevallen van onderhandse overeenkomsten kan het bijzonder bestek bepalen, dat de inschrijvers, alvorens de overeenkomst wordt toegewezen, alle gegevens moeten verstrekken opdat het bestuur de aangeboden prijzen kan controleren.

Hetzelfde geldt in geval van beperkte aanbesteding of beperkte offerteaanvraag, als de voorgestelde prijzen de verwachtingen van het bestuur kennelijk te boven gaan".

+ +

Artikel 10, § 3, van het ontwerp bepaalt :

"§ 3. De beambten van het bestuur die, ingevolge de prijscontrolemaatregelen waarvan sprake in §§ 1 en 2 vertrouwelijk inlichtingen zouden kennen, zijn tot geheimhouding verplicht".

.../...

Die bepaling lijkt niet noodzakelijk, althans niet voor Rijksambtenaren; artikel 9, tweede lid, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel bepaalt immers :

"Het is hun verboden feiten bekend te maken die zij zouden kennen ter oorzaak van hun ambt, en die van nature geheim zijn of krachtens voorschriften van hiërarchische meerderen geheim te houden zijn".

Mocht de Regering het niettemin nodig achten, aan de geheimhoudingsplicht te herinneren ten behoeve van de ambtenaren van het bestuur die overeenkomsten voor rekening van de Staat mede helpen sluiten of uitvoeren, ongeacht of zij al dan niet Rijksambtenaar zijn in de zin van het statuut van 2 oktober 1937, dan ware die bepaling in algemene bewoordingen te stellen. Vertrouwelijke inlichtingen kunnen die ambtenaren immers niet alleen in de bij artikel 10, §§ 1 en 2, bedoelde gevallen bekend worden.

Voorgesteld wordt, daaraan in hoofdstuk VI een apart artikel te wijden, met de volgende lezing :

"Artikel

De ambtenaren van het bestuur die door hun ambt kennis mochten krijgen van vertrouwelijke gegevens over het sluiten of het uitvoeren van overeenkomsten, onder meer over de prijsbepaling en de controle daarop, zijn tot geheimhouding verplicht".

+

+ +

.../...

Artikel 11.

Artikel 11 van het ontwerp zegt :

"Artikel 11.-

Welke ook de wijze zij waarop de prijzen worden bepaald, heeft het bestuur het recht eenzijdig wijzigingen aan te brengen aan de oorspronkelijke aanneming, inzoverre het voorwerp ervan niet wordt gewijzigd en mits billijke vergoeding, indien nodig".

Het verslag aan de Koning licht de strekking van dat artikel toe als volgt :

"... verleent artikel 11 formeel en absoluut algemeen, onder het enig voorbehoud dat het voorwerp van de aanneming niet wordt gewijzigd, het bestuur het recht eenzijdig wijzigingen aan te brengen, - zelfs door vermeerdering of vermindering van de voorziene prestaties -, aan een aanneming waarvan de uitvoering reeds aangevangen is, indien de omstandigheden het in de ogen van het bestuur vereisen. Volgens de voorwaarden bepaald in het lastenkohier zal natuurlijk billijk moeten gehandeld worden, door middel van verrekeningen in min of meer , meestal op basis van bij de inschrijving gevoegde of er in aangebrachte eenheidsprijzen".

Die bepaling heeft geen tegenhanger in het besluit van 5 oktober 1955. Ze maakt een dwingende regel van een beginsel dat tot nog toe alleen was neergelegd in artikel 42 van de algemene aanbestedingsvoorwaarden, gevoegd bij evengenoemd koninklijk besluit, dat tevens de grenzen en de wijze van toepassing daarvan aangaf. Die regel is dus thans nog zuiver conventioneel.

.../...

Waar het ontwerp het bestuur bevoegdheid geeft om uit kracht van een eenzijdige wilsuiting ten bezware van de aannemer en eventueel tegen diens wil in een verbintenis te scheppen, sluit het aan bij bepaalde opvattingen uit de rechtsleer, met name bij die van FLAMME. In zijn werk "Les marchés de l'administration" (blz. 324) noemt deze het recht tot eenzijdige wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden der overeenkomst "un droit originaire et inaliénable de l'administration et qui lui appartient en tant que puissance publique, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de le stipuler dans la convention".

Die zienswijze is geïnspireerd op Franse oplossingen waarbij echter is uitgegaan van grondwettelijke gegevens die sterk verschillen van die welke het Belgische stelsel kenmerken. Ze wordt door andere auteurs betwist (DOUXCHAMPS Y., "Les marchés passés par l'Etat sont-ils des contrats administratifs ?" J.T. 1954, 109; DE VISSCHERE Frans "Het administratief contract - De stand van het vraagstuk naar Belgisch recht , R.W. 1962, kol. 2394 en volgende). De Belgische rechtspraak neemt wel aan, dat men het beginsel toepast dat de werkwijze van de openbare diensten altijd kan veranderen. Ze leidt daaruit af, dat het bestuur het recht heeft de concessiehouder van openbare diensten de gevolgen daarvan te doen dragen onder toekenning van een vergoeding die het financieel evenwicht in de overeenkomst moet behouden (1). De betrekkelijke

.../...

- (1) ORIANNE P. La loi et le contrat dans les concessions de services publics, Brussel 1961.
Beroep Brussel, 3 januari 1877, Pas. II-136; 16 april 1878, Pas. II-261; Beroep Luik, 9 juni 1924, Pas. 1926-II-24; Cass. 10 juni 1926, Pas. 1927-I-13 en noot T; Cass. 4 september 1958, Pas. 1959-I-7; Beroep Gent, 19 november 1959, Pas. 1961-II-14; zie ook noot P.L. onder Cass. 5 maart 1917, Pas. I-119.

veranderlijkheid van overeenkomsten die, zoals de overeenkomsten in zake openbare werken, niet direct met de werking van een openbare dienst verband houden, heeft die rechtspraak echter altijd op de uitgesproken of impliciet te kennen gegeven wil van partijen gefundeerd.

Terzake van openbare werken heeft de administratieve overheid stellig het recht aan de aanneming een einde te maken als deze niet meer beantwoordt aan het algemeen belang met het oog waarop de overeenkomst is gesloten. Toch verschilt dat recht niet van datgene dat artikel 1794 van het Burgerlijk Wetboek de opdrachtgever toekent. Het Hof van beroep te Luik heeft dat in zijn arrest van 31 maart 1949 (Pas. 1950-II-5) als volgt geconstateerd :

"Attendu que, même vis-à-vis d'un véritable adjudicataire, la décision du conseil communal, en sa séance du 30 août 1932, était conforme non seulement au principe du libre exercice des pouvoirs qui confère à l'administration le droit souverain d'annuler ou de suspendre les contrats administratifs de travaux, sans être tenue par les clauses et conditions du contrat, mais encore au droit de tout maître d'ouvrages de mettre fin unilatéralement au contrat d'entreprise, sous la seule réserve de la réparation du dommage causé à l'adjudicataire par la mesure d'annulation ou de suspension" (1).

.../...

(1) Het Hof van beroep heeft de woorden "annuler" en "annulation" hier duidelijk in de betekenis van "résilier" en "résiliation" gebruikt.

Daargelaten in hoeverre voor andere overeenkomsten, zoals overeenkomsten inzake concessie van openbare diensten of concessies op het openbaar domein, regelen gelden die van het Burgerlijk Wetboek afwijken, kan worden betoogd, dat de Koning, als de wet hem daartoe niet uitdrukkelijk machtigt, terzake van overeenkomsten van werken en openbare overeenkomsten geen bevoegdheid heeft om de bepalingen van zulke overeenkomsten eenzijdig te wijzigen. Zodanige machtiging volgt uit geen enkele wetsbepaling. Artikel 12, § 2, van de wet van 4 maart 1963 wijst die oplossing daarentegen van de hand :

"§ 2. Voor overeenkomsten inzake bijkomende werken, leveringen of diensten die technisch niet kunnen gescheiden worden van de hoofdovereenkomst of waarvoor de uitgave geen 20 t.h. van deze overeenkomst te boven gaat".

Artikel 12 bedoelt het bestuur in dat geval van aanbesteding of offerteaanvraag te ontslaan, maar de wetgever denkt hier slechts aan een ondershands te sluiten overeenkomst. Als voor de uitvoering van bijkomende werken en, meer in 't algemeen, voor enige wijziging in de oorspronkelijke aanneming geen instemming van de aannemer is vereist, zou artikel 12, § 2, 12°, eigenlijk geen zin hebben.

Men moet dus wel besluiten, dat artikel 11 niet strookt met de wet van 1963.

Op te merken is ook, dat toepassing van het beginsel dat het bestuur de voorwaarden van de overeenkomst

.../...

door een eenzijdige wilsuiking kan wijzigen, de hoofdaannemer ten aanzien van onderaannemers, die tegenover hem alleen maar door privaatrechtelijke overeenkomsten zijn gebonden, in een uitzichtloze situatie zou brengen.

Het is stellig opportuun, dat het bestuur de mogelijkheid heeft, de aannemers wijziging of verruiming van het doel der aanneming op te leggen. Die mogelijkheid moet echter conventioneel blijven. Ze moet dus in de algemene aanbestedingsvoorwaarden worden opgenomen, en men moet tevens de werkingssfeer en de wijze van toepassing daarvan aangeven. Die algemene aanbestedingsvoorwaarden kan de hoofdaannemer evenzo, conventioneel, van toepassing verklaren op zijn betrekkingen met onderaannemers.

Telkens als het bestuur zich de mogelijkheid wenst voor te behouden om de oorspronkelijke aanneming te wijzigen, moet het, gelet op artikel 4 van het ontwerp, in het bijzonder bestek naar de desbetreffende bepaling uit de algemene aanbestedingsvoorwaarden verwijzen.

+

+ +

Artikel 12.

De gevallen waarin termijnen kan worden betaald, zijn vastgesteld in artikel 4, eerste lid, van de wet van 4 maart 1963; ze hoeven in § 2 van artikel 12 niet meer te worden vermeld.

.../...

Dat artikel kan als volgt worden gelezen :

"Artikel 12.-

§ 1. De prijs van de aanneming wordt betaald hetzij ineens na volledige uitvoering, hetzij in termijnen in de gevallen waar de wet die wijze van betaling toestaat, naargelang de uitvoering vordert en volgens de in het bijzonder bestek bepaalde regelen.

§ 2. (zoals § 3 van het ontwerp)".

+

+ +

Artikel 13.

Artikel 4 van de wet van 4 maart 1963 bepaalt in het tweede lid :

"Nochtans kunnen als provisie voorschotten worden toegestaan volgens de voorwaarden en regelen die bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit worden vastgesteld".

Artikel 13 van het ontwerp geeft uitvoering aan die bepaling; in § 1 zegt het in welke gevallen voorschotten kunnen worden toegestaan, in de §§ 2 en 3 stelt het nadere regelen voor de toekenning en de terugvordering daarvan.

Artikel 13 bepaalt bovendien in § 4 :

"§ 4. Van vorenstaande bepalingen kan worden afgeweken bij beslissing van de Ministerraad of, bij hoogdringendheid, van de Eerste Minister".

.../...

Zulk een bepaling laat de Ministerraad en, in spoedgevallen, de Eerste Minister bevoegdheid om voorschotten toe te staan buiten enige voorwaarde en regel om, terwijl die voorwaarden en regelen ingevolge de wet bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit moeten worden vastgesteld. Voor een bepaling met zodanige strekking is dan ook geen rechtsgrond voorhanden.

Te oordelen naar hetgeen de gemachtigde ambtenaren hebben verklaard, bedoelt de Regering alleen afwijking van § 1 mogelijk te maken.

Paragraaf 4 moet daartoe onmiddellijk na paragraaf 1 worden ingevoegd.

+ +

De wet van 28 juni 1963 tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit bepaalt in artikel 59, eerste lid :

"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 zijn advies over het ontwerp dat de wet van 4 maart 1963 is geworden, heeft de Raad van State voor die bepaling aandacht gevraagd; hij zei namelijk :

.../...

"Deze bepaling voert voor de zogenaamde Staats-bedrijven een andere regeling in dan de artikelen 4 en 5 van het ontwerp voor overeenkomsten van de Staat zelf voorschrijven.

Mocht het in de bedoeling van de Regering liggen slechts één regeling inzake voorschotten te treffen, dan dient evengenoemd artikel 59, eerste lid, te vervallen" (zitting 1961-1962, Senaat, Gedr. st. nr 364, blz. 53).

De wetgever heeft die bepaling behouden. Wel is artikel 59 nog niet in werking gesteld. Toch zou artikel 13 van het ontwerp moeten zeggen, dat het de toepassing van de ter uitvoering van dat artikel 59 vastgestelde bepalingen onverlet laat.

+ +

Bij artikel 13 zijn bovendien een aantal vormopmerkingen te maken waarmee in de hierna voorgestelde tekst rekening is gehouden :

"Artikel 13.-

§ 1. Onverminderd de bepalingen vastgesteld ter uitvoering van artikel 59 van de wet van 28 juni 1963 tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit kunnen de aannemer, volgens de in het bijzonder bestek te bepalen regelen, voorschotten worden toegestaan in de hierna opgesomde gevallen :

.../...

- 1° voor overeenkomsten die in verhouding tot hun bedrag zeer hoge voorafgaande investeringen vergen :
- hetzij voor bouwwerken of installaties;
 - hetzij voor aankoop van materieel, machines of outillering;
 - hetzij voor uitgaven allerhande, zoals studiewerk, proeven, regelingen, verkrijging van octrooien, licenties voor fabricage of vervolmaking, voor "know how" of voor het uitwerken van prototypen;
- 2° voor leveringsovereenkomsten die volstrekt ondershands dienen te worden gesloten :
- a tot d ... (zoals in het ontwerp) ...

§ 2. In gevallen die niet in § 1 zijn bedoeld, kunnen voorschotten worden toegestaan bij beslissing van de Ministerraad of, als er spoed mee gemoeid is, van de Eerste Minister.

§ 3. ... (tekst van § 2 van het ontwerp) ...

§ 4. ... (tekst van § 3 van het ontwerp) ...".

+

+ +

Artikel 14.

Opdat artikel 14 ongewijzigd kan blijven ingeval het bulletin der aanbestedingen op andere tijdstippen mocht gaan verschijnen of niet langer op de persen van het Belgisch Staatsblad mocht worden gedrukt, stelle men het artikel in dezelfde bewoordingen als artikel 11 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 :

.../...

"Artikel 14.-

Iedere openbare aanbesteding wordt bekendgemaakt in het bulletin der aanbestedingen, dat door de Staat wordt uitgegeven en, eventueel, met behulp van alle andere middelen, die ter beoordeling van het bestuur staan".

+

+ +

Artikel 16.

Gelet op de tekst voor het vierde lid, kan het woord "werkelijk" in het eerste lid vervallen.

+ +

Het vierde lid van dat artikel kan als volgt worden gelezen :

"Indien op de gestelde datum geen inzage van het bijzonder bestek kan worden genomen, moet het bestuur de opening van de inschrijvingsbiljetten zoveel dagen uitstellen als nodig is opdat de gegadigden over de in het eerste tot het derde lid bepaalde minimumtermijn beschikken; het bestuur dient zodanige beslissing alleen te nemen als een gegadigde de vertraging ten minste acht kalenderdagen vóór de datum van opening der inschrijvingsbiljetten heeft gemeld".

+

+ +

.../...

Artikel 17.

Artikel 17, tweede lid, zegt :

"Iedere doorhaling of overschrijving, en aanvullende of wijzigende vermelding, zowel in de inschrijving als in de bijlage, die van aard zijn om de essentiële voorwaarden van de overeenkomst, zoals de prijzen, termijnen, technische voorwaarden, enz... te beïnvloeden, dienen insgelijks te worden ondertekend door de inschrijver of zijn gemachtigde".

De hoofdvoorwaarden van de overeenkomsten zijn hier niet beperkend opgesomd. Het is dus zaak van het bestuur, eventueel onder rechterlijke controle, uit te maken of doorhaling, overschrijving, aanvullende of wijzigende vermelding in ieder afzonderlijk geval van invloed is op de voorwaarden die het voor de overeenkomst als essentieel beschouwt.

+
+ +

Artikel 18.

Dat artikel bepaalt in § 1, dat de inschrijving onder meer de zetel van de inschrijvende vennootschap moet vermelden.

Hier dient, zoals in artikel 16, § 1, van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 het geval was, duidelijk te worden gesteld, dat het om de "maatschappelijke zetel" van de vennootschap gaat.

+ +

.../...

Paragraaf 4 van dat artikel is zeer lang. Men make er een apart artikel van.

Bij die paragraaf zijn bovendien nog een aantal vormopmerkingen te maken waarmee in de hierna voorgestelde tekst rekening is gehouden :

"Artikel

§ 1. ... (1° van het ontwerp) ...

§ 2. De inschrijving is onregelmatig en wordt geweerd in de volgende gevallen :

1° wanneer het attest waarvan sprake in § 1 ... (verder zoals in het ontwerp, 2°, a) ...;

2° wanneer uit het attest waarvan sprake in § 1 blijkt :

a. hetzij dat de inschrijver de Rijksdienst voor maatschappelijke zekerheid niet alle gewenste verklaringen heeft bezorgd, met inbegrip van die welke betrekking hebben op het voorlaatste trimester, dat vervallen is ten opzichte van de dag van de zitting voor het openen der inschrijvingen;

b. hetzij dat hij bijdragen voor een totaal van meer dan 50.000 frank verschuldigd blijft,

- tenzij hij voor het betalen van die schuld uitstel heeft gekregen, waarvan hij de termijnen strikt in acht neemt;

.../...

- tenzij hij, voordat de overeenkomst wordt toegewezen, het bewijs levert, dat hij op de Staat, op een provincie of een provinciale openbare instelling, op een gemeente, een vereniging van gemeenten of een gemeentelijke of intercommunale openbare instelling of op een instelling van openbaar nut bedoeld in de wet van 16 maart 1954, een of meer vaststaande en opeisbare schuldvorderingen heeft voor een bedrag dat ten minste gelijk is aan dat waarvoor hij met de betaling van zijn bijdragen ten achteren is.

§ 3. Dit artikel is niet van toepassing wanneer ... (verder zoals in 3° van het ontwerp) ...".

+

+ +

Artikel 19.

Dat artikel bepaalt :

"Artikel 19.-

Wanneer een inschrijving voor een aanneming van werken ingestuurd wordt door een vennootschap met rechts-persoonlijkheid, vermeldt deze alle inlichtingen die be-trekking hebben op hetgeen voorgeschreven wordt in artikel 1, A, 2°, van de besluitwet van 3 februari 1947 tot in-richting van de erkenning van aannemers en betreffende de eigendom van haar kapitalen".

.../...

Werken door de Staat, hoe dan ook, aangeboden, gefinancierd of gesubsidieerd, kunnen volgens artikel 1, A, 2°, van de besluitwet van 3 februari 1947 alleen worden opgedragen aan aannemers die aan bepaalde eisen voldoen, onder meer :

"2° van Belgische nationaliteit zijn. Indien het gaat om maatschappijen is vereist, dat minstens twee derden van het kapitaal Belgisch weze".

Artikel 19 van het ontwerp moet het mogelijk maken, na te gaan of de inschrijvende vennootschap wel aan die eis voldoet.

Het kan eenvoudiger worden geformuleerd :

"Artikel 19.-

Voor de toepassing van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers moet de inschrijving die voor een aanneming van werken door een vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt ingediend, eventueel alle gegevens vermelden waaruit blijkt dat twee derde van het kapitaal van die vennootschap Belgisch kapitaal is".

+

+ +

.../...

Artikel 20.

Ter wille van de overeenstemming met de voorgaande bepalingen (§ 1, 1° en 2°), stelde men § 1, 3°, als volgt :

"3° van elke inschrijver van vreemde nationaliteit, onverschillig of het om een natuurlijke dan wel om een rechtspersoon gaat ..." (verder zoals in het ontwerp) ...

+ +

De verplichting een borgtocht te storten of een waarborg te geven, moet in het bijzonder bestek staan, dat tevens het bedrag ervan bepaalt. Paragraaf 2 hoort dus veeleer thuis in artikel 5, § 2.

+
+ +

Artikel 23.

Paragraaf 1 ware beter als volgt geredigeerd :

"§ 1. Als bij het bijzonder bestek van een aanneming van openbare werken een samenvattende opmeting is gevoegd, moet deze duidelijk aangeven of de voor iedere post vermelde hoeveelheden vaste of alleen maar vermoedelijke hoeveelheden zijn".

In § 4, eerste en tweede lid, vervange men "fouten en - of - leemten " door "fouten of leemten"; die formule voorziet in alle gevallen.

+
+ +

.../...

Artikel 24.

In § 2, tweede lid, schrijve men "met toepassing van artikel 34".

Artikel 25.

Een betere lezing voor § 2, tweede lid, zou zijn :

"Wanneer de prijzen in cijfers en in letters zijn aangegeven en er daartussen enig verschil is, moet de werkelijke bedoeling van de inschrijver worden nagegaan door ontleding van de inschrijving en door vergelijking van zijn prijzen met die van de overige inschrijvers en met de algemeen gangbare ; kan de werkelijke bedoeling niet worden ontdekt, dan gelden de prijzen in letterschrift".

+
+ +

Artikel 26.

Aan het slot van § 1 schrijve men "tweede lid" en late men het woord "hierna" weg.

+ +

Paragraaf 2 werkt met het begrip "dezelfde loten", maar geeft daar geen omschrijving van.

.../...

De Raad van State gebruikt in zijn tekst voor § 2 de term "identieke percelen" en geeft een definitie van dat begrip in overweging :

"§ 2. Ieder perceel is onderwerp van een afzonderlijke overeenkomst.

Eén overeenkomst worden echter geacht te vormen, alle aan dezelfde leverancier gegunde percelen van een aanneming van leveringen, als die percelen identiek zijn.

Onder "identiek" moet worden verstaan, dat de percelen gelijke hoeveelheden van dezelfde voorwerpen bevatten en, als de vervoerkosten voor rekening van de leverancier komen, ook dezelfde bestemming hebben.

Samenvoeging van percelen tot één overeenkomst heeft geen samenvoeging van de leveringstermijnen tot gevolg.

Als dat in het bestek is bepaald, kan het bestuur beslissen dat zelfs percelen die van elkaar verschillen, één overeenkomst vormen".

+

+ +

.../...

Artikel 29.

Artikel 26, § 2, van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 bepaalde : "wordt de inschrijving met de post verstuurd, dan moet zij aangetekend worden".

Zulk een bepaling komt in het ontwerp niet meer voor ; de inschrijving zal dus ook niet-aangetekend met de post mogen worden verzonden. In § 3 bepaalt het ontwerp echter, dat een te laat ingekomen inschrijving alleen in aanmerking komt als ze "bij een ter post aangetekend schrijven werd neergelegd ten laatste de vierde kalenderdag vóór de dag vastgesteld voor het openen van de inschrijvingen".

Gelet op het voordeel dat § 3 aan de aantekening ter post verbindt, lijkt het verkieslijk, de tweede volzin van § 1 als volgt te beginnen : "In geval van ter post aangetekende of gewone verzending wordt die omslag ... (verder zoals in het ontwerp) ...".

+

+ +

Artikel 30.

Per telegram kan de intrekking, volgens § 2, alleen bij noodzaak worden bericht.

De "noodzaak" is hier aan het oordeel van de inschrijver overgelaten. Om betwistingen te voorkomen, werken liever niet met dat begrip en stelle men het begin van § 2 als volgt :

.../...

"§ 2. In afwijking van § 1 kan van de intrekking per telegram kennis worden gegeven op voorwaarde dat : ...".

+

+ +

Artikel 31.

In het tweede lid, 1°, worden de woorden "voorzitter van de zitting" best vervangen door : "de persoon die door het bestuur met het voorzitten van de zitting is belast".

+

+ +

Artikel 32.

Volgens dat artikel worden de inschrijvingen in een proces-verbaal aangetekend.

Het is stellig niet de bedoeling van de Regering de inschrijvingen in het proces-verbaal te doen vermelden met alle gegevens die daarin ingevolge afdeling 2 van hoofdstuk II van het ontwerp moeten voorkomen ; alleen van de gedane offertes moet aantekening worden gehouden.

Artikel 32 herhaalt, aldus het verslag aan de Koning, wat in artikel 31 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 stond ; volgens dat artikel worden de offertes van de inschrijvers, niet de inschrijvingen zelf, in het proces-verbaal van de zitting aangetekend.

+ +

.../...

Anders dan artikel 31 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 zegt het ontwerp niet, dat de inschrijvers die bezwaar hebben gemaakt en de ambtenaren die opmerkingen hebben voorgedragen tijdens de openingszitting, het proces-verbaal, waarin dat wordt gerelateerd, dienen te ondertekenen.

Dat wijkt af van de algemeen gangbare regel, dat zij die aan een bespreking hebben deelgenomen de notulen tekenen ten bewijze, dat hetgeen daarin staat wel degelijk strookt met hetgeen zij hebben betoogd.

+ +

Met inachtneming van die twee opmerkingen, stelt de Raad van State voor artikel 32 de volgende lezing voor :

"Artikel 32.-

De offertes, de wijzigingen en de intrekking ervan alsook het relaas van de incidenten die zich op de zitting voor het openen van de inschrijvingen hebben voorgedaan, worden vermeld in een proces-verbaal dat terstond wordt ondertekend door de voorzitter en door een vanwege het bestuur aan te wijzen assessor ; het wordt mede ondertekend door al wie bij die incidenten is opgetreden en door iedere inschrijver die daartoe het verlangen te kennen geeft".

+

+ +

.../...

Artikel 33.

Dat artikel zegt :

"Artikel 33.-

De brieven met de inschrijvingen, de wijzigingsbrieven of intrekkingen, die laattijdig binnenkwamen maar die wel in aanmerking zouden kunnen komen overeenkomstig de artikelen 29, § 3, en 30, § 1, alinea 3, worden geopend door een commissie, bestaande uit ten minste drie ambtenaren van het bestuur. Proces-verbaal wordt opgemaakt en ondertekend door de leden van de commissie".

Zo geformuleerd, strookt dat niet met artikel 6 van de wet van 4 maart 1963, luidens hetwelk openbare aanbesteding "opening van de inschrijvingsbiljetten in openbare zitting" onderstelt.

Om het bepaalde in artikel 6 in acht te nemen en mede gelet op de praktische overwegingen door de gemachtigden van de Regering aangevoerd, wordt **voorgesteld** voor de ontvankelijkheid van de met de post ingezonden inschrijvingen, wijzigingen of intrekkingen een grensdatum te stellen die ten minste vier dagen vóór de datum van de openbare zitting voor het openen der inschrijvingen valt. Zulk een regeling verhindert niet, dat de stukken vlak vóór het openen van de openbare zitting worden neergelegd.

+

+ +

.../...

Artikel 34.

Het tweede lid van dat artikel bepaalt onder meer :

"Bij het verbeteren van deze fouten wordt gezocht naar het werkelijk inzicht van de inschrijver overeenkomstig hetgeen werd bepaald in artikel 25, § 2, tweede lid".

In artikel 25, § 2, tweede lid, nu is iets heel anders behandeld dan in artikel 34 : daar gaat het erom de werkelijke bedoeling van de inschrijver te zoeken als de inschrijving een verschil oplevert tussen de prijs in cijfer en de prijs in letterschrift. Om te ontdekken wat de inschrijver werkelijk bedoelt, kan het bestuur onder meer de inschrijving ontleden en de prijzen vergelijken met die van de overige inschrijvers en met de algemeen gangbare.

Duidelijkheidshalve stelt de Raad van State voor, niet naar artikel 25 te verwijzen en in artikel 34 een aantal maatstaven op te nemen op grond waarvan het bestuur de werkelijke bedoeling van de inschrijver kan bepalen.

De eerste volzin van het tweede lid ware dan als volgt te lezen :

"Voor het verbeteren van die fouten gaat het bestuur de werkelijke bedoeling van de inschrijver na met alle middelen, onder meer ontleding van de inschrijving en vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de algemeen gangbare prijzen".

+

+ +

.../...

Artikel 35.

Voor een duidelijker lezing splitse men die bepaling in twee artikelen ; in het eerste zou komen wat in §§ 1 en 3 over verbetering van de hoeveelheden in de samenvattende opmeting is gezegd ; het tweede zou bevatten wat in § 2 staat in verband met het aanvullen van leemten in die opmeting.

+ +

Als op die wenk wordt ingegaan, moet het nieuwe artikel 35 in twee paragrafen worden ingedeeld. De eerste zou geven wat in § 1 van het ontwerp is bepaald. De tweede, die overeenkomt met § 3 van het ontwerp, ware als volgt te lezen :

"§ 2. Verbeteringen, aangebracht door een inschrijver wiens offerte nietig is verklaard, worden voor de toepassing van § 1 mede in aanmerking genomen".

+ +

Ingevolge de hierboven gegeven wenk zou het volgende artikel dan overeenkomen met § 2 van artikel 35 van het ontwerp.

Bij die paragraaf zijn een aantal vormopmerkingen te maken :

.../...

- ter wille van de overeenstemming met het begin van § 1, leze men het eerste lid van het 1° zo :

"1° wanneer een inschrijver in de samenvattende opmeting van een aanneming van werken enige leemte mocht hebben aangevuld, vergewist het bestuur zich ervan, of die verbetering gegrond is en neemt ze eventueel geheel of gedeeltelijk aan";

- in de definitie van X en Y late men het woord "hierboven" telkens weg.

+ +

In de op artikel 35, § 1, betrekking hebbende passus uit het verslag aan de Koning komen verkeerde verwijzingen voor die het juiste begrip van de tekst in de weg staan en dus verbeterd moeten worden.

+
+ +

Artikel 37.

Dat artikel handelt over het toewijzen van de aanneming. In § 1, eerste en tweede lid, herhaalt het artikel 8, § 1, van de wet van 4 maart 1963, in § 4 herhaalt het § 2 van dat artikel, maar dan met twee, door de Koning in opdracht van de wet aan te geven bijzonderheden.

Gelet op hetgeen onder de algemene opmerking vooraan in dit advies is gezegd, moeten die bepalingen vervallen, althans in zover ze wetteksten herhalen.

.../...

Artikel 37, § 1, derde lid, bepaalt :

"Als het bijzonder lastenkohier varianten heeft voorzien zoals bepaald in artikel 5, § 3, geschiedt de toewijzing van de overeenkomst volgens een enkele rangschikking der inschrijvingen en der varianten".

Artikel 5, § 4 - en niet § 3 zoals in de hier besproken bepaling is gezegd - stelt, dat "indien het bijzonder lastenkohier betreffende een per aanbesteding te sluiten overeenkomst varianten oplegt of toelaat, het nauwkeurig en duidelijk het voorwerp van deze varianten moet aanduiden alsmede de aard en de draagwijdte ervan".

Het bestuur zal dus één rangschikking van basisinschrijvingen en varianten moeten aanleggen, overschillig of deze laatste in het bijzonder bestek voorgeschreven dan wel alleen maar toegestaan zijn. Het derde lid zou dat met zoveel woorden, en niet onder verwijzing naar artikel 5, moeten zeggen.

+ +

Met inachtneming van die opmerkingen wordt voor artikel 37 de volgende redactie in overweging gegeven :

"Artikel 37.-

Voor het toewijzen van de aanneming ter uitvoering van artikel 8 van de wet van 4 maart 1963 gelden de onderstaande regelen :

.../ ...

- 1° wanneer het bijzonder bestek een of meer varianten voorschrijft of toestaat, wordt de aanneming toege-
wezen aan de inschrijver die volgens één rangschikking
van basisinschrijvingen en varianten de laagste, regel-
matige inschrijving heeft ingediend ;
- 2° ... (§ 2 van het ontwerp) ... ;
- 3° ... (§ 3 van het ontwerp) ... ;
- 4° de beslissing waarbij wordt afgeweken van toewijzing
aan de laagste regelmatige inschrijving, kan worden ge-
nomen door de betrokken Minister, als het verschil
tussen het bedrag van de regelmatige inschrijving die
hij voornemens is te kiezen, en dat van de laagste
regelmatige inschrijving minder dan 10 t.h. van laatst-
genoemd bedrag beloopt maar 100.000 frank niet bereikt".

+

+ +

Artikel 38.

Het tweede en het derde lid van § 1 van dat artikel
worden beter als volgt geredigeerd :

"Als voor het toewijzen van de aanneming hetzij
de bestendige commissie van advies inzake contracten en
aanbestedingen hetzij de commissie voor erkenning van
aannemers moet optreden, wordt de termijn verlengd met
de tijd die verstreken is sedert de dag waarop om dat
optreden is verzocht tot de dag waarop het advies van
de commissie bij het bestuur is ingekomen. Moeten beide

.../...

commissies optreden, dan wordt de termijn verlengd met de tijd die verloopt sedert de dag waarop het eerste advies is gevraagd tot de dag waarop het tweede bij het bestuur is ingekomen.

Die termijnverlenging mag echter niet meer dan dertig kalenderdagen bedragen.

De inschrijvers blijven gedurende die bijkomende termijn door hun inschrijving alleen gebonden als zij vóór het verstrijken van de in het eerste lid bepaalde termijn bericht van de adviesaanvraag hebben gekregen".

+
+ +

Artikel 39.

Dat artikel herhaalt artikel 11 van de wet van 4 maart 1963. Gelet op hetgeen onder de algemene opmerking vooraan in dit advies is gezegd, moet het vervallen.

+
+ +

Artikel 40.

Het eerste lid stelt :

"De overeenkomst wordt slechts gesloten door de kennisgeving aan de betrokken inschrijver van de goedkeuring van zijn inschrijving".

.../...

De Regering wenst de aanbesteding niet meer, zoals vroeger ingevolge artikel 38 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 het geval was, als definitief te aanzien zodra de Minister ze heeft goedgekeurd ; het ontwerp eist bovendien, dat van die goedkeuring aan de aannemer kennis wordt gegeven.

Uit louter redactionele overwegingen stelle men artikel 40 liever als volgt :

"Artikel 40.-

De overeenkomst is definitief als de betrokken inschrijver van de goedkeuring van zijn inschrijving kennis is gegeven.

Die kennisgeving kan geschieden bij een ter post aangetekende brief ; zo nodig kan ze worden gedaan per telegram, waarvan de inhoud bij aangetekende brief wordt bevestigd.

Kennisgeving is geacht gedaan te zijn door eenvoudige afgifte van de brief of het telegram op het post- of telegraafkantoor binnen de termijn gedurende welke de inschrijvers ingevolge artikel 38 door hun inschrijving gebonden blijven".

+

+ +

.../...

Artikel 41.

Bij artikel 37 heeft de Raad van State opgemerkt, dat § 4 van dat artikel moest vervallen omdat het maar een herhaling van artikel 3, § 2, van de wet van 4 maart 1963 is ; § 1 van artikel 41 ware dus als volgt te lezen :

"§ 1. Wanneer afgeweken is van de regel, dat de overeenkomst dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend, wordt van de beslissing tot toewijzing der aanneming kennis gegeven aan de inschrijvers die een regelmatige offerte , lager dan die van de aannemer, hebben gedaan".

+ +

Paragraaf 2 rekent wel met het geval, dat de aanvaarde inschrijving te laat is ingekomen onder de voorwaarden bepaald in artikel 29, § 3, maar niet met het geval, dat de aangenomen inschrijving wijzigingen heeft ondergaan die te laat zijn ingezonden maar ingevolge artikel 30, § 1, derde lid, toch werden aanvaard.

Paragraaf 2 ware zo aan te vullen, dat ook daarin wordt voorzien.

De Raad van State weet niet wat hier de bedoeling van de Regering is en stelt dan ook geen nieuwe tekst voor.

Gaat de Regering in op de bij artikel 33 gegeven wenk, dan heeft § 2 geen reden van bestaan meer.

+ +

.../...

Er rijst bij dat artikel nog een algemener vraag : ware van de beslissing die de aanneming toewijst, niet aan alle inschrijvers kennis te geven ?

Zodanige kennisgeving zou een tweeledig voordeel bieden :

I. Waar de wet van 4 maart 1963 in artikel 8, § 1, zegt dat de aanneming op straffe van schadevergoeding moet worden toegewezen aan de inschrijver met laagste regelmatige inschrijving, voorziet ze niet in alle geschillen terzake van overeenkomsten bij wijze van aanbesteding. De inschrijvers staat bovendien beroep wegens machtsoverschrijding open bij de Raad van State. Als het ontwerp niet voorschrijft, dat van de beslissing tot toewijzing der aanneming aan alle inschrijvers kennis moet worden gegeven, gaat de termijn voor het instellen van beroep wegens machtsoverschrijding voor die inschrijvers eerst in vanaf de dag dat ze van de beslissing werkelijk kennis hebben gekregen. Als wél met zulke kennisgeving wordt gewerkt, heeft men meteen een uitgangspunt voor de termijn van het beroep ; het bestuur weet dan bepaald of de termijn al dan niet verstreken is.

II. Kennisgeving van de toewijzingsbeslissing aan alle inschrijvers levert niet alleen voordelen op voor het bestuur : de inschrijvers kunnen erdoor te weten komen, dat zij door hun inschrijving niet langer gebonden zijn, met name als de beslissing die de aanneming toewijst, genomen is voordat de in artikel 38 gestelde termijn geheel was verstreken.

.../...

Mocht de Regering, gelet op die bedenkingen, voorschrijven dat van de beslissing tot toewijzing der aan-neming aan alle inschrijvers kennis moet worden gegeven, dan dient artikel 41 te worden omgewerkt.

De Raad van State weet echter niet hoe de Regering het hier verstaat en stelt voor dat artikel dan ook geen nieuwe tekst voor.

+
+ +

Artikel 42.

Een betere lezing voor het eerste lid zou zijn :

"Is de aannemer geen kennis van de beslissing gegeven binnen de in artikel 38 gestelde termijn, dan is de overeenkomst maar gesloten als de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend, schriftelijk en zonder voorbehoud zijn instemming betuigt".

+ +

Aan het slot van het tweede lid, Franse tekst, schrijve men "seconde épreuve" in plaats van "sous-épreuve".

+ +

In het derde lid, aan het slot, verwijze men naar artikel 12, § 2, van de wet van 4 maart 1963 in plaats van naar artikel 53 van het ontwerp.

+
+ +

.../...

Artikel 44.

Dat artikel verklaart hoofdstuk II op beperkte aanbesteding toepasselijk "behoudens de artikelen 14 en 15".

Artikel 43 bepaalt, dat oproep tot mededinging de in artikel 15 opgesomde gegevens moet bevatten. Artikel 44 ware dan ook als volgt te wijzigen :

"Artikel 44.-

Hoofdstuk II is toepasselijk op overeenkomsten bij beperkte aanbesteding.

Geen toepassing vinden echter artikel 14 en artikel 15, behoudens hetgeen daarover in artikel 43 is gezegd ; bovendien zijn alleen de aangezochte aannemers of leveranciers tot de opening van de inschrijvingsbiljetten toegelaten".

+

+ +

Artikel 45.

Dat artikel kan beter als volgt worden gelezen :

"Artikel 45.-

Beroep op de mededinging geschiedt :

- voor algemene offerteaanvraag : ... (verder zoals in het ontwerp) ... ;
- voor beperkte offerteaanvraag : ... (verder zoals in het ontwerp) ...".

.../...

Artikel 46.

Bij offerteaanvraag worden de offerten in besloten vergadering geopend.

Volgens de memorie van toelichting bij de wet van 4 maart 1963 zullen de "uitvoeringsbesluiten te dien aanzien alle vereiste waarborgen van objectiviteit nog moeten verwezenlijken" (Zitting 1961-1962, Senaat, gedr.st. 364, blz. 14).

Door die zorg is in het ontwerp het voorschrift ingegeven, dat de offerten worden geopend door "een commissie bestaande uit ten minste drie leden, die hiertoe speciaal door het bestuur zijn aangewezen".

Opdat geen twijfel over de interpretatie van die bepaling kan bestaan, stelle men duidelijk, dat de leden van de commissie uit ambtenaren van het bestuur of uit buitenstaanders kunnen worden gekozen ; men geve ook nader aan, hoe de voorzitter van de commissie wordt aangewezen.

Artikel 46, tweede lid, kan als volgt worden gelezen :

"Na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes worden deze in besloten vergadering geopend door een commissie van ten minste drie leden die het bestuur speciaal aanwijst uit zijn ambtenaren of uit buitenstaanders. Het bestuur wijst uit de leden van de commissie een voorzitter aan".

+ +

.../...

Steeds met het doel het objectief verloop van de procedure ten volle te waarborgen, ware niet alleen te bepalen, zoals in het vierde lid, dat de voorzitter van de commissie de offerten, wijzigingen en intrekkingen onderaan parafeert, maar ook dat de leden van de commissie het proces-verbaal ondertekenen. Dat is er in het ontwerp wellicht onder verstaan ; toch ware het met zoveel woorden te zeggen.

Het vierde lid kan dan als volgt worden geredigeerd :

"Het proces-verbaal wordt ondertekend door de leden van de commissie. De offertes alsook ... (verder zoals in het ontwerp) ...".

Op offerteaanvraag zijn ingevolge het eerste lid de artikelen 17 tot 30 van toepassing. Toepasselijk zijn dus ook artikel 29, § 3, over de te laat ingekomen maar niettemin aanvaarde inschrijvingen, en artikel 30, § 1, derde lid, over wijzigingen of intrekkingen waarvan te laat kennis is gegeven maar die toch werden aanvaard.

Hier zou dan ook, zoals in artikel 33 voor te laat ingekomen maar aanvaarde inschrijvingen, wijzigingen of intrekkingen is gedaan, de voor het onderzoek te volgen procedure moeten worden aangegeven.

Voorgesteld wordt, artikel 46 met het volgende lid aan te vullen :

"De offertes, de daarin aangebrachte wijzigingen en de intrekkingen van offertes die te laat werden ingezonden maar ingevolge de artikelen 29 , § 3, en 30, § 1, derde lid, toch in aanmerking zijn genomen, worden onderzocht volgens de in dit artikel bepaalde procedure".

+

+ +

.../

Artikel 47.

De §§ 2 en 3 gelden voor overeenkomsten inzake openbare werken ; de §§ 1, 4 en 5 voor alle overeenkomsten.

Voor de overzichtelijkheid make men van de §§ 2 en 3 één paragraaf, in te delen in 1° (§ 2) en 2° (§ 3).

+ +

Paragraaf 4 bepaalt :

"§ 4. Wanneer een inschrijver de bij toepassing van §§ 1 en 3 gevraagde toelichtingen niet binnen een vastgestelde termijn verstrekt, kan het bestuur hetzij zijn offerte als onregelmatig verwerpen, hetzij ze volgens eigen berekening en raming verbeteren".

Als op de hierboven gegeven wenk wordt ingegaan, vervange men de verwijzing naar § 3 door "en 2°, tweede lid".

+ +

Te oordelen naar hetgeen de bevoegde ambtenaren hebben verklaard, worden de inschrijvingen verbeterd naar objectieve gegevens : de berekeningen van het bestuur. De woorden "en raming", aan het slot van § 4, moeten dan ook vervallen.

+

+ +

.../...

Artikel 48.

Het eerste lid herhaalt artikel 10 van de wet van 4 maart 1963. Gelet op hetgeen onder de algemene opmerking vooraan in dit advies is gezegd, moet die bepaling vervallen.

Bovendien zijn in de Franse tekst twee vergissingen begaan :

- de "valeur technique" (Nederlands : technische waarde), is onder de gegevens waarmee de Minister rekening kan houden, niet vermeld ;
- aan het slot staat : "de toutes suggestions faites dans la soumission" ; de wet zegt het juist : "de toutes suggestions faites dans l'offre".

+ +

Waar de wet van 4 maart 1963 in artikel 10 bepaalt, dat de Minister vrij de offerte kiest die hem volgens bepaalde maatstaven het voordeligst lijkt, bedoelt de wet van 4 maart 1963 hem geenszins te onttrekken aan de controle die de Raad van State ingevolge artikel 9 van de wet van 23 december 1946 uitoefent.

De beslissingen die van de overeenkomst losgemaakt kunnen worden, kunnen vernietigd worden wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, en ook wegens machtsoverschrijding of -afwending.

.../...

Het ontwerp zegt niet, dat de beslissing waarbij de Minister de offerte kiest die hem het voordeligst lijkt, gemotiveerd moet zijn onder verwijzing naar een der in artikel 10 van de wet aangegeven maatstaven ; het zegt ook niet dat van die beslissing en van haar motivering aan alle inschrijvers kennis moet worden gegeven ; dat alles zal eventueel beroep bij de Raad van State wel zeer moeilijk maken ; het gevolg kan zijn, dat alle geweerde inschrijvers van rechtswege beroep instellen op grond van theoretische onregelmatigheden die zij dan, in latere memories, als zij de gegevens van het administratief dossier kennen, nader toelichten.

Om zulke moeilijkheden uit de weg te gaan, bepalen, in artikel 48, dat de beslissing gemotiveerd moet zijn, en in artikel 50, § 3, dat van die beslissing en van de motivering aan alle inschrijvers kennis dient te worden gegeven.

+ +

Het bepaalde in het derde lid van artikel 2 moet, zoals hierboven gezegd, onder het hoofdstuk over de overeenkomsten bij offerteaanvraag komen.

Het kan daar in artikel 48 van het ontwerp worden ingevoegd.

+ +

.../...

Met inachtneming van die opmerkingen wordt voorgesteld, artikel 48 als volgt te lezen :

"Artikel 48.-

Overeenkomstig artikel 10 van de wet van 4 maart 1963 kiest de Minister vrij de offerte die hem het voordeligst lijkt ; zijn beslissing wordt gemotiveerd.

Ingeval ... (verder zoals in het ontwerp, tweede lid).

Aannemingen die op vijftien miljoen frank of meer worden geraamd, zijn onderworpen aan het advies van het ministerieel comité voor publieke investeringen en vervoer, ingesteld bij koninklijk besluit van 2 juni 1961.

+
+ +

Artikel 49.

Artikel 39, dat artikel 11 van de wet van 4 maart 1963 herhaalt, moet volgens de Raad van State vervallen ; in artikel 49 moet er niet naar verwezen worden.

+ +

Een eenvoudiger lezing voor dat artikel zou zijn :

"Artikel 49.-

De artikelen 36 en 38 zijn van toepassing op aannemingen bij offerteaanvraag".

+
+ +

.../...

Artikel 50.

Ter wille van de overeenstemming met artikel 42, vervange men de woorden "mits zijn schriftelijke instemming, die onvoorwaardelijk moet zijn" aan het slot van § 2, eerste lid, door "mits hij schriftelijk en zonder voorbehoud zijn instemming betuigt".

Aan het slot van het tweede lid van § 2 schrijven men "tweede proef" in plaats van "proef".

In het derde lid van § 2 vervange men de verwijzing "voorzien in artikel 53" door "bedoeld in artikel 12, § 2, van de wet van 4 maart 1963".

+ +

Ter inachtneming van de tweede opmerking bij artikel 48, stelle men § 3 als volgt :

"§ 3. Van de beslissing en haar motivering wordt bij een ter post aangetekende brief kennis gegeven aan de inschrijvers wier offertes niet in aanmerking zijn genomen, en tezelfdertijd ook aan de gekozen inschrijver".

+
+ +

Artikel 51.

Dat artikel bepaalt in § 2, dat de premiën helemaal niet of alleen maar gedeeltelijk kunnen worden toegekend "indien de ingediende ontwerpen onvoldoende worden geacht".

.../...

Zoals dat geformuleerd is, lijkt het zaak van de Minister te zijn, uit te maken of de ontwerpen al dan niet voldoening geven; verstaat de Regering het zo, dan vervange men de woorden "indien de ingediende ontwerpen onvoldoende worden geacht", aan het slot van § 2, door "indien de Minister de ontwerpen onvoldoende acht".

+ +

Gelet op hetgeen bij artikel 48 is opgemerkt, ware te bepalen, dat de beslissing die de Minister in het onder § 3 bedoelde geval vaststelt, met redenen omkleed moet zijn ; motivering is hier des te meer geboden, daar de Minister het advies van de jury niet hoeft op te volgen.

In § 3 van dat artikel schrijve men dus : "wijst de Minister de overeenkomst ,na advies van de jury, bij gemotiveerde beslissing toe".

Artikel 52.

Dat artikel zegt haast woordelijk wat in artikel 12, § 1, van de wet van 4 maart 1963 is bepaald.

Het moet vervallen, gelet op de algemene opmerking vooraan in dit advies.

+
+ +

.../...

Artikel 53.

Dat artikel herhaalt letterlijk, behalve onder 1°, wat in artikel 12, § 2, van de wet van 4 maart 1963 staat. Het moet evenzo vervallen, met uitzondering van 1°, dat als volgt is te lezen :

"Artikel 53.-

Overeenkomstig artikel 12, § 2, 1°, van de wet van 4 maart 1963 kan ondershands worden gehandeld als de goed te keuren uitgave niet hoger dan 300.000 frank ligt".

+

+ +

Artikel 54.

Zoals hiervoren is gezegd, moet het bepaalde in het derde lid van artikel 2 mede onder het hoofdstuk over de onderhandse overeenkomsten komen.

Het kan ~~daar~~ in artikel 54 van het ontwerp worden ingevoegd.

Overeenkomstig artikel 25 van boek I van het Wetboek van koophandel ware in § 2 duidelijk te stellen, dat de factuur maar bewijskracht heeft als ze is aangenomen.

.../...

Voorgesteld wordt, dat artikel als volgt te redigeren :

"Artikel 54.-

§ 1. De onderhandse overeenkomst wordt vastgesteld :

- hetzij door een schriftelijke verbintenis op grond van een offerteaanvraag, eventueel gewijzigd na bespreking onder partijen ;
- hetzij door een onder partijen getekende overeenkomst ;
- hetzij door briefwisseling naar handelsgebruik.

Onderhandse overeenkomsten met een bedrag van niet meer dan 10.000 frank kunnen worden vastgesteld door een gewone, aangenomen factuur.

§ 2. Onderhandse overeenkomsten, geraamd op 15 miljoen frank of meer, zijn onderworpen aan het advies van het ministerieel comité voor publieke investeringen en vervoer, ingesteld bij koninklijk besluit van 2 juni 1961.

§ 3. Onverminderd de bepalingen van hoofdstuk I, die gelden voor alle overeenkomsten hoe ze ook worden gesloten, kan het bestuur de hoofdstukken II tot IV of sommige bepalingen daarvan op een bepaalde aanneming van toepassing verklaren".

+

+

+

.../...

Het volgende opschrift voor hoofdstuk VI ware beter :

"HOOFDSTUK VI. - DIVERSE BEPALINGEN".

+
+ +

Artikel 55.

Dat artikel zegt :

"Artikel 55.-

Na het sluiten van de overeenkomst kan nog slechts van de toepassing der voornaamste bepalingen en voorwaarden worden afgeweken dan door een met redenen omklede beslissing van de Minister".

Dat artikel behandelt hetzelfde onderwerp als artikel 44 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955; het herhaalt alleen maar het in dat artikel neergelegde beginsel, met weglating echter van de daarin gegeven bijzonderheden.

De ratio legis van die nieuwe bepaling is in het verslag aan de Koning uitvoerig toegelicht.

Dat artikel is in algemene bewoordingen gesteld en geeft de Minister de ruimste bevoegdheid om de te wijzigen bepalingen en voorwaarden, alsook de gronden waarop hij bedoelde beslissing kan nemen, vast te stellen.

.../...

Het kan niet anders of artikel 55 moet wegens zijn algemene bewoordingen een bron van betwistingen worden. Men brenge er, met artikel 44 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 als voorbeeld, de nodige verduidelijkingen in aan.

Bovendien ware, zoals in het koninklijk besluit van 5 oktober 1955, nader aan te geven dat die wijzigingen niet dan met de instemming van de aannemer kunnen worden aangebracht.

Voorgesteld wordt, dat artikel als volgt te lezen :

"Artikel 55.-

Nadat de overeenkomst is gesloten, kan van de bepalingen en voorwaarden daarvan, met name om de prijs te wijzigen en te verhogen, om de gestelde termijnen te verlengen en om de aannemers vrij te stellen van de gevallen van aansprakelijkheid en van geldboeten, niet worden afgeweken dan in uitzonderingsgevallen, met de instemming van de aannemer en bij gemotiveerde beslissing van de Minister".

+

+ +

Artikel 57.

Het ontwerp somt hier, louter als voorbeeld, een aantal internationale verplichtingen op, en zegt dat het daarvan niet bedoelt af te wijken. Zulk een opsomming is én overbodig én dubbelzinnig.

.../...

Overbodig, want ze memoreert alleen maar een algemeen volkenrechtelijk beginsel dat de wet van 4 maart 1963 de uitvoerende macht in haar besluiten kennelijk wenst te zien naleven.

Dubbelzinnig, want ze huldigt voor de artikelen 7 en 59 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, eenzijdig, een interpretatie waarvan de juistheid in zoverre kan worden betwijfeld, dat ze die artikelen ten aanzien van reeds in België gevestigde onderdanen van Lid-Staten directe bindende kracht ontzegt.

Daarom ook moet artikel 57 uit het ontwerp worden geschrapt.

+

+ +

De bepaling van artikel 10, § 3, met betrekking tot de geheimhoudingsplicht van de ambtenaren van het bestuur, moet na artikel 57 komen. Voor dat artikel 10, § 3, is onder de desbetreffende opmerking een tekstvoorstel gedaan.

+

+ +

.../...

Artikel 58.

Artikel 22, 2°, van de wet van 15 mei 1846 bepaalde dat onderhandse overeenkomsten konden worden gesloten :

"2° voor alle slag van leveranties, transporten of werken, wanneer de omstandigheden vereisen dat de handelingen van de Regering geheim gehouden worden : tot die aankopen moet, op een afzonderlijk verslag, door de Koning vooraf machtiging verleend worden".

Ter uitvoering van die bepaling zijn vastgesteld:

- het koninklijk besluit van 25 oktober 1950 waarbij de Minister van Landsverdediging ertoe gemachtigd wordt onderhandse koopovereenkomsten aan te gaan, welke van zulke aard zijn dat het nodig is het geheim ervan te bewaren;
- het koninklijk besluit van 20 december 1952 waarbij de Minister van Volksgezondheid en van het Gezin ertoe gemachtigd wordt onderhandse koopovereenkomsten aan te gaan, welke van zulke aard zijn dat het nodig is het geheim ervan te bewaren.

Artikel 12, § 2, van de wet van 4 maart 1963 bepaalt dat ondershands kan worden onderhandeld :

"8° wanneer het voorwerp van de overeenkomst een zo geheim karakter vertoont, dat het onverenigbaar is met elke vorm van mededinging en bekendmaking".

.../...

De nieuwe wet eist dus niet langer een door de Koning op een bijzonder verslag te geven machtiging. De koninklijke besluiten van 25 oktober 1950 en 20 december 1962 hebben bijgevolg geen onderwerp meer; ze moeten worden opgeheven.

+

+ +

Artikel 58 kan als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 58.-

Opgeheven worden :

- 1° het koninklijk besluit van 25 oktober 1950 waarbij de Minister van Landsverdediging ertoe gemachtigd wordt onderhandse koopovereenkomsten aan te gaan, welke van zulke aard zijn, dat het nodig is het geheim ervan te bewaren;
- 2° het koninklijk besluit van 20 december 1952 waarbij de Minister van Volksgezondheid en van het Gezin ertoe gemachtigd wordt onderhandse koopovereenkomsten aan te gaan, welke van zulke aard zijn, dat het nodig is het geheim ervan te bewaren;
- 3° het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aanneming van werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat, gewijzigd bij koninklijk besluit van 31 mei 1961".

+

+ +

.../...

Artikel 59.

Een betere lezing voor dat artikel zou zijn :

"Artikel 59.-

De wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat en dit besluit treden in werking de eerste dag van de derde maand volgend op die waarin dit besluit in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt.

Vóór die datum aangekondigde overeenkomsten blijven echter onderworpen aan de vroegere wetgeving en aan het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 alsook aan de bijlage daarvan".

+

+ +

Opmerking over de toepassing van het ontwerp op de instellingen van openbaar nut die onderworpen zijn aan de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.

In zijn advies over het ontwerp dat de wet van 4 maart 1963 is geworden, vestigde de Raad van State de aandacht op de terugslag die het ontwerp op de wet van 16 maart 1954 zou hebben.

.../...

De Raad van State verwijst naar die opmerking (zitting 1961-1962, Senaat, gedr. st. 364, blz. 53).

Hij wenst er nog aan toe te voegen, dat de aan de wet van 16 maart 1954 onderworpen instellingen van openbaar nut het ontworpen besluit alleen moeten toepassen als zij met openbare aanbesteding werken; de procedures voor beperkte aanbesteding en offerteaanvraag gelden voor hen niet.

Bij artikel 4 is een opmerking gemaakt over de toepassing van de algemene aanbestedingsvoorwaarden op de instellingen van openbaar nut.

Mocht de Regering eenvormigheid in de overeenkomstenregeling gewenst achten, dan ware de regeling voor de instellingen van openbaar nut op dat punt te **herzien**.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs : J. SUTENS,
de Heren :

premier président,
eerste voorzitter,

G. HOLOYE,
J. MASQUELIN,

conseillers d'Etat,
raadsheren van State,

P. ANSIAUX,

assesseurs de la
section de législation,

P. DE VISSCHER,

bijzitters van de
afdeling wetgeving,

G. DE LEUZE;

greffier adjoint,
adjunct-griffier,

greffier.
griffier.

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

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

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

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

(s) G. DE LEUZE.

(s) J. SUTENS.