

## SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 1961-1962.

22 AOUT 1962.

**Projet de loi relative aux marchés passés au nom de l'Etat.**

### EXPOSE DES MOTIFS

**Considérations générales.**

MESDAMES, MESSIEURS,

Le secteur public qui, en plus de l'Etat, comprend les administrations locales et les organismes d'intérêt public, place annuellement sur le marché un volume très considérable de commandes en travaux et fournitures qui contribuent, pour une part importante, à la production nationale. Au cours de ces dernières années, ce volume atteignait un total d'environ 30 milliards de francs. Maintenant que le Gouvernement, dans le cadre d'un programme général d'expansion économique, a décidé d'augmenter sensiblement, dans les toutes prochaines années, ses efforts en matière d'investissements, ce volume s'accroîtra sans nul doute encore.

Non seulement du fait de leur importance, mais aussi en raison de leur diversité, ces commandes ont une large influence sur l'activité économique du pays. Suivant les données des dernières années, l'Etat a pris, pour son compte, de 40 à 45 p.c. des investissements publics; le département des Travaux publics y participe pour environ la moitié. La part respective des administrations subordonnées et des organismes d'intérêt public — parmi lesquels la Sté Nat. des Chemins de fer belges et la Régie des Télégraphes et Téléphones qui ont sans cesse de très grands besoins en outillage — approche les 30 p.c. du total. Au surplus, les commandes à réaliser dans le cadre des besoins courants du secteur public s'étendent à une nombreuse série de branches industrielles.

Dans ces conditions, il est clair que les marchés pour compte du secteur public, non seulement peuvent être d'une grande signification pour la conduite d'une politique conjoncturelle convenable — aspect du problème sur lequel, dans le passé, on a peut-être quelque peu trop exclusivement insisté — mais peuvent tout

## BELGISCHE SENAAAT

ZITTING 1961-1962.

22 AUGUSTUS 1962.

**Ontwerp van wet betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat.**

### MEMORIE VAN TOELICHTING

**Algemene beschouwingen.**

DAMES EN HEREN,

De overheidssector die, naast het Rijk, de lokale besturen en de overheidsbedrijven omvat, plaatst jaarlijks een zeer aanzienlijk volume aan bestellingen voor werken en leveringen welke voor een belangrijk aandeel tot de nationale productie bijdragen. Tijdens de jongste jaren benaderde dat volume een totaal van ongeveer 30 miljard F. Waar de Regering, in het kader van het algemene programma voor economische expansie, besloten heeft om in de eerstvolgende jaren haar inspanningen op het stuk van investeringen, vooral in de sector van de infrastructuurwerken, gevoelig te verhogen, zal dit volume ongetwijfeld nog toenemen.

Niet enkel uit hoofde van hun omvang, maar ook van hun verscheidenheid hebben deze bestellingen een breedvertakte weerslag op 's lands economische activiteit. Volgens de gegevens voor de laatste jaren nam de Staat 40 tot 45 t. h. van de openbare investeringen voor zijn rekening; het Departement van Openbare Werken deelde daarin voor ongeveer de helft. Het respectieve aandeel van de ondergeschikte besturen en van de overheidsbedrijven, waaronder de N.M.B.S. en de R.T.T. met hun ruime behoeften aan outillage sterk overwegend zijn, benaderde 30 t. h. van het totaal. Daarnaast richten ook de bestellingen in het raam van de lopende behoeften van de openbare sector zich tot een uitgebreide reeks van bedrijfstakken.

In die omstandigheden is het duidelijk dat de overeenkomsten voor rekening van de openbare sector niet alleen van grote betekenis kunnen zijn voor het voeren van een gepaste conjunctuurpolitiek — een aspect waarop men in het verleden misschien enigszins eenzijdig de nadruk heeft gelegd — maar dat zij evenzeer

aussi bien être utilisés en matière de politique structurelle. Celle-ci doit tendre, en effet, à promouvoir, suivant des directives appropriées, le développement de l'économie nationale par l'élévation et une plus grande dispersion du bien-être général. Il faut donc considérer que si les commandes à placer par les pouvoirs publics doivent, pour une large part, s'inspirer du souci d'améliorer et de développer l'infrastructure du pays, elles peuvent aussi constituer un instrument efficace en vue de la diversification de l'activité industrielle, de la promotion du progrès technique et de l'abaissement des prix de revient.

Les exemples qui nous sont donnés à cet égard par l'étranger procurent, en effet, la preuve convaincante des larges possibilités qui sont offertes à ces divers points de vue par un régime bien organisé des marchés pour compte des pouvoirs publics.

On doit bien constater qu'en Belgique, l'Etat et, dans une moindre mesure, les autres organes du secteur public, ne sont pas adéquatement outillés sur le plan juridique, pour l'exécution d'une politique de marchés qui s'insérerait d'une manière harmonieuse dans une politique générale d'expansion économique.

Le but du présent projet de loi est de remédier à cette imperfection.

\*\*

Les principes fondamentaux qui régissent les marchés de travaux et de fournitures au nom de l'Etat sont inscrits dans la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat. L'article 21 de cette loi dispose que « tous les marchés au nom de l'Etat sont faits avec concurrence, publicité et à forfait »; l'article 22 énumère limitativement les cas où il peut être traité de gré à gré.

Ces dispositions, sauf en ce qui concerne la règle du forfait, ont été empruntées à la législation française de l'époque, c'est-à-dire l'ordonnance du Roi du 4 décembre 1836, prise en exécution de la loi de finances du 31 janvier 1833. Deux idées sont à leur base :

- éloigner toute supposition de fraudes et d'intrigues dans le choix des adjudicataires;
- obtenir les économies les plus considérables possibles dans les prix des travaux adjugés.

Les travaux préparatoires de la loi du 15 mai 1846 sont des plus concis au sujet des articles 21 et 22, mais les discussions auxquelles donnèrent lieu les lois postérieures du 21 avril 1848 et du 16 juillet 1849, qui apportèrent, en raison de la crise économique, des dérogations temporaires aux principes de la concurrence et de la publicité, montrent que le législateur belge a fait siens les motifs qui ont justifié la réglementation française (1).

(1) H. La Fontaine : *Droits et obligations des entrepreneurs de travaux publics*, Bruxelles 1885, cité par M.A. Flamme : « Les adjudications publiques et le contrôle du Conseil d'Etat », in *Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1955, n° 3, p. 173. — *Annales parlementaires 1847-1848*, p. 1317. et 1849, 1783.

dienstbaar kunnen gemaakt worden aan de structuurpolitiek, die erop gericht is de ontwikkeling van de volkshuishouding langs de voor verhoging en spreiding van de volkswelvaart meest geëigende lijnen te bewerken. Vooreerst zijn de door de Overheid te plaatsen bestellingen voor een ruim deel afgestemd op de verbetering en de uitbreiding van de infrastructuur, maar bovendien kunnen zij een doeltreffend werktuig vormen bij het streven naar diversifiëring van de industriële activiteit, voor het bevorderen van de technische vooruitgang en met het oog op het drukken van de kostprijzen.

De voorbeelden, welke ons te dien aanzien door het buitenland worden bezorgd, leveren inderdaad het overtuigende bewijs van de ruime mogelijkheden welke in deze diverse opzichten door een goed georganiseerd stelsel van overeenkomsten voor rekening van de Overheid worden geboden.

Men moet evenwel vaststellen dat in België de Staat en, hoewel in mindere mate, ook de andere organen van de openbare sector op het juridische vlak niet behoorlijk zijn toegerust voor het voeren van een politiek van overeenkomsten die op harmonische wijze in het algemeen beleid van economische expansie zou ingeschakeld zijn.

Het doel van onderhavig wetsontwerp bestaat erin deze onvolmaaktheid weg te werken.

\*\*

De grondbeginselen die de overeenkomsten betreffende werken en leveringen voor rekening van de Staat beheersen, zijn vastgelegd in de wet van 15 mei 1846 op de rijkscomptabiliteit. Artikel 21 van deze wet bepaalt dat « al de kopen in naam van de Staat worden aangegaan met mededinging, met openbaarmaking en tegen een vaste prijs »; artikel 22 geeft een limitatieve opsomming van de gevallen waarin onderhandse overeenkomsten mogen gesloten worden.

Behoudens hetgeen de regel van de forfaitaire prijs betreft, werden voornoemde bepalingen ontleend aan de toenmalige Franse wetgeving, m. n. de verordening van de Koning dd. 4 december 1836, getroffen ter uitvoering van de financiewet van 31 januari 1833. Een dubbele gedachte ligt daaraan ten gronde :

- elk vermoeden van bedrog of van gekuip te weren bij de keuze der aannemers;
- de grootst mogelijke bezuiniging te bekomen in de prijzen der toegewezen werken.

De voorbereidende werkzaamheden in verband met de wet van 15 mei 1846 zijn uiterst bondig wat de artikelen 21 en 22 aangaat, maar de behandeling van de latere wetten van 21 april 1848 en 16 juli 1849, waarbij, om reden van de economische crisis, tijdelijke afwijkingen op de principes van mededinging en openbaarmaking werden ingevoerd, wijst erop dat de Belgische wetgever de beweegredenen die aan de Franse reglementering ten gronde lagen tot de zijne heeft gemaakt (1).

(1) H. La Fontaine : *Droits et obligations des entrepreneurs de travaux publics*, Brussel 1885, aangehaald door M.A. Flamme : « Les adjudications publiques et le contrôle du Conseil d'Etat », in *Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1955, n° 3, blz. 173, *Handelingen van de Kamers 1847-1948*, blz. 1317, alsmede 1849, blz. 1783.

Ces principes légaux ont été mis en œuvre d'une manière fragmentaire par les articles 160 et suivants de l'arrêté royal du 15 novembre 1849 relatif à l'exécution de la loi sur la comptabilité de l'Etat et, ensuite, par les articles 91 à 99 de l'arrêté royal du 10 décembre 1868 portant règlement général sur la comptabilité de l'Etat.

Les seules modifications qui furent apportées à ces dispositions légales plus que centenaires résultent de la loi du 6 juillet 1891, modifiant quelques dispositions de la loi sur le droit de patente, de l'arrêté royal n° 204, du 1<sup>er</sup> octobre 1935, organisant la Commission permanente consultative en matière de contrats et d'adjudications et de l'arrêté-loi du 3 février 1947, organisant l'agrégation des entrepreneurs.

Sur le plan réglementaire, certains aménagements furent apportés au régime des marchés. L'arrêté du Régent du 31 décembre 1947 créa une commission chargée d'élaborer un cahier national des charges qui devait être approuvé par arrêté royal et rendu applicable non seulement aux départements ministériels, mais aussi aux administrations subordonnées. C'est des travaux de cette commission que sortirent l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat et son annexe contenant les clauses administratives contractuelles de ces marchés. Cet arrêté réalise une utile coordination des textes réglementaires et améliore les clauses contractuelles, mais il laisse entier le problème de la modernisation des dispositions fondamentales du statut des marchés.

Du point de vue du champ d'application de la législation des marchés, il faut rappeler qu'elle fut étendue dans une certaine mesure aux organismes d'intérêt public par la loi du 16 mars 1954 et l'arrêté royal du 18 décembre 1957.

\*  
\*\*

Il n'en reste pas moins que, du point de vue légal, les services de l'Etat ne disposent, jusqu'à présent, que de deux modes de conclusion des marchés : d'une part, l'adjudication publique, d'autre part, le marché de gré à gré.

L'article 5 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 prévoit bien que le marché de gré à gré peut être passé à la suite d'une adjudication restreinte ou d'un concours, mais cette disposition ne peut avoir pour effet de créer des modes nouveaux de passation de marchés; elle n'a d'ailleurs que le caractère d'un rappel de la légalité, étant donné que les services administratifs ont parfois, dans le passé, mis en œuvre des procédés sortant du cadre de la loi du 15 mai 1846 (1).

(1) F. Remion : « L'arrêté royal du 5 octobre 1955, organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat » in *Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1955, n° 4, p. 241.

Deze wettelijke beginselen werden fragmentarisch in toepassing gebracht door de artikelen 160 en volgende van het koninklijk besluit van 15 november 1849, betreffende de uitvoering van de wet op de rijkscomptabiliteit, vervolgens door de artikelen 91 tot 99 van het koninklijk besluit van 10 december 1868 houdende algemeen reglement op de rijkscomptabiliteit.

De enige wijzigingen die aan deze meer dan honderdjarige wetsbepalingen werden aangebracht, vloeien voort uit de wet van 6 juli 1891 waarbij enkele bepalingen van de wet op het patentrecht werden gewijzigd, uit het koninklijk besluit n° 204 van 1 oktober 1935 houdende inrichting der bestendige commissie van advies inzake contracten of aanbestedingen en uit de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers.

Op het reglementaire vlak werden sommige aanpassingen aangebracht in het stelsel van de overeenkomsten. Bij besluit van de Regent dd. 31 december 1947 werd een commissie ingesteld, belast met het uitwerken van « 's lands aanbestedingsvoorwaarden » die bij koninklijk besluit moesten goedgekeurd worden en toepasselijk gemaakt, niet alleen op de ministeriële departementen, maar eveneens op de ondergeschikte besturen. De werkzaamheden van deze commissie hebben geleid tot het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten, evenals tot de nieuwe algemene aanbestedingsvoorwaarden van de Staat. Dit besluit behelst een gepaste coördinatie van de reglementaire teksten en verbetert de contractuele bepalingen, maar het laat het vraagstuk van de modernisering der fundamentele beschikkingen van het statuut der overeenkomsten onberoerd.

Met betrekking tot het toepassingsgebied van de wetgeving op de overeenkomsten dient eraan herinnerd dat het door de wet van 16 maart 1954 en het koninklijk besluit van 18 december 1957, ten dele tot de instellingen van openbaar nut werd uitgebreid.

\*  
\*\*

Desondanks is het een vaststaand feit dat, wettelijk gezien, de staatsdiensten tot op heden slechts over twee mogelijkheden beschikken om overeenkomsten te sluiten : eensdeels de openbare aanbesteding, anderdeels de onderhandse overeenkomst.

Weliswaar bedingt artikel 5 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 dat de onderhandse overeenkomst kan worden gesloten op grond van een beperkte aanbesteding of van een wedstrijd, maar deze bepaling kan niet tot gevolg hebben nieuwe modaliteiten te openen voor het sluiten van overeenkomsten; zij heeft ten andere enkel tot doel te herinneren aan de wettelijkheid, vermits de administratieve diensten in het verleden soms methoden hebben aangewend die buiten het raam van de wet van 15 mei 1846 vallen (1).

(1) F. Remion : « L'arrêté royal du 5 octobre 1955, organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat », in *Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1955, n° 4, blz. 241.

L'instauration d'un contrôle de légalité sur les marchés à la suite de la création du Conseil d'Etat en 1946 a permis de consurer certains de ces procédés; mais si l'insuffisance des textes justifie à elle seule une réforme, c'est surtout sur le plan économique que, comme dit plus haut, celle-ci apparaît de plus en plus urgente.

Les marchés se sont trouvés, en effet, transformés par leur ampleur, leur complexité, leurs répercussions sur l'économie nationale. L'adjudication publique n'est plus toujours le meilleur procédé de placement des commandes de l'Etat.

Ces constatations ont été faites depuis longtemps à l'étranger; elles ont conduit à des solutions différentes, sans doute, mais dont le trait commun est la faculté d'adaptation aux exigences de la vie économique et de son évolution (1).

La France, à laquelle le législateur belge emprunta le régime plus que centenaire que nous connaissons encore, fournit aujourd'hui l'exemple d'un vaste système à procédures multiples, ébauché dès le siècle dernier, mis au point en 1942, perfectionné en 1956 et tout récemment encore (2).

Le Grand-Duché de Luxembourg et l'Italie connaissent aussi des systèmes pluralistes, c'est-à-dire, outre le marché de gré à gré, l'adjudication publique et l'adjudication restreinte.

Quant aux Pays-Bas et à l'Allemagne Fédérale, ils pratiquent des procédures organisées, mais d'utilisation à peu près discrétionnaire.

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

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

(1) M. A. Flamme : « Les marchés de travaux publics de l'Administration », *Rapport général présenté au X<sup>e</sup> Congrès International des Sciences Administratives*, Madrid 1956, Institut International des Sciences administratives, Bruxelles, p. 8, et « Des modes de passation des marchés publics en droit comparé » in *Revue internationale des sciences administratives*, 1954, n<sup>o</sup> 4, p. 841.

(2) A. de GrandRy : *Les adjudications et marchés pour le compte de l'Etat en Belgique, en Suisse et en France*, stencillé, Bruxelles 1953, et « La réforme des marchés de l'Etat en France », in *Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1958, n<sup>o</sup> 4, p. 241.

Het invoeren van een wettelijkheidscontrole op de overeenkomsten, ingevolge de instelling van de Raad van State in 1946, heeft het mogelijk gemaakt sommige dezer methoden te wraken, doch indien de ontoreikendheid van de teksten op zichzelf een hervorming wettigt, het is, zoals boven uiteengezet, inzonderheid op economisch plan dat die hervorming met de dag dringender wordt.

Door hun omvang, hun complexiteit en hun weerslag op de volkshuishouding hebben de overeenkomsten inderdaad een andere betekenis gekregen. Niet langer is de openbare aanbesteding de beste werkwijze voor het plaatsen der bestellingen van de Staat.

Sedert lang was men in het buitenland tot deze vaststellingen gekomen; zij voerden tot oplossingen die, weliswaar verschillend, niettemin gemeen hebben dat zij gemakkelijk aan te passen zijn aan de noodwendigheden van het economisch leven in zijn evolutie (1).

Frankrijk, waaraan de Belgische wetgever het meer dan honderdjarige en nog vigerende stelsel ontleende, bezorgt thans het voorbeeld van een breedvertakt systeem met menigvuldige procedures dat, reeds tijdens de voorgaande eeuw ontworpen, in 1942 nader werd uitgewerkt om in 1956 en onlangs nog verder verbeterd te worden (2).

Het Groothertogdom Luxemburg en Italië bezitten eveneens een meervoudig stelsel, m. n. de onderhandse overeenkomst, de openbare aanbesteding en de beperkte aanbesteding.

In Nederland en in de Duitse Bondsrepubliek ten slotte, bestaan georganiseerde procedures, waaronder men echter praktisch naar goeddunken kiest.

Aldus kent België, onder de landen-leden van de Europese Gemeenschap, het meest strakke regime, het enige dat, buiten het uitzonderlijk beroep op de onderhandse overeenkomst, slechts één enkele procedure inhoudt die met betrekking tot het toepassingsgebied, een bindende kracht heeft.

Het is dan ook duidelijk dat de hervorming van de overeenkomsten voor rekening van de Staat, op binnenlands plan reeds ruim gewettigd, zich in internationaal opzicht werkelijk opdringt. Zij beantwoordt aan het algemeen verlangen van de betrokken beroepsverenigingen die er terecht om bezorgd zijn de nationale ondernemingen op gelijke voet geplaatst te zien met deze van de lidstaten, voor de toepassing van de bepalingen welke terzake in het Verdrag houdende instelling van de Europese Economische Gemeenschap en inzonderheid in artikel 7 voorkomen.

(1) M. A. Flamme : « Les marchés de travaux publics de l'Administration », *Algemeen rapport ingediend op het X<sup>e</sup> Internationaal Congres voor Administratieve Wetenschappen*, Madrid 1956, Internationaal Instituut voor Administratieve Wetenschappen, Brussel, blz. 8 e.v., en « Des modes de passation des marchés publics en droit comparé », in *Revue internationale des sciences administratives*, 1954, n<sup>o</sup> 4, blz. 841.

(2) A. de GrandRy : *Les adjudications et marchés pour le compte de l'Etat en Belgique, en Suisse et en France*, gestencild, Brussel, 1953, en « La réforme des marchés de l'Etat en France », in *Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1958, n<sup>o</sup> 4, blz. 241.

L'adjudication publique doit, en fait, céder du terrain aux autres modes de réalisation des marchés : adjudication restreinte et appel d'offres ou concours. Ces procédures ne pouvant être abandonnées à une pratique empirique, la solution du problème de passation des marchés de l'Etat incombe au Parlement.

#### Analyse des articles.

Le chapitre 1<sup>er</sup> groupe diverses dispositions générales.

#### Article premier.

L'article 1<sup>er</sup> énonce deux principes — la concurrence et le forfait — qui vont rester à la base du régime des marchés au nom de l'Etat. Ils sont dictés par l'intérêt général et par le principe de l'égalité des soumissionnaires, dérivant de l'article 6 de la Constitution.

La concurrence, même lorsqu'elle n'est pas imposée dans les formes de l'adjudication publique, doit, dans toute la mesure du possible, être mise en jeu; c'est pourquoi il est utile de formuler cette règle à titre de principe général dominant tous les marchés.

Le forfait a été introduit par le législateur de 1846 à la suite des considérations suivantes émises par la section centrale : « Il ne suffit pas que le Gouvernement soit obligé de recourir à la concurrence (et à la publicité), mais il faut encore que ceux qui entreprennent les travaux ou les fournitures courent les chances de pertes comme celles de bénéfiques, et l'Administration ne peut déroger aux conditions exprimées par les cahiers des charges. »

Il a toujours été entendu que ce principe, qui est applicable à tous les marchés, quelle que soit la forme dans laquelle ils sont passés, ne fait pas obstacle à la conclusion des marchés à bordereau de prix, le caractère de forfait s'attachant, dans ce cas, au prix unitaires. Mais son commentaire législatif a été utilisé pour lui imposer, en matière de marchés publics, un caractère nettement plus rigoureux qu'en droit commun. La Cour des Comptes, en particulier, a argumenté des mots « ... et l'administration ne peut déroger aux conditions exprimées par les cahiers des charges » pour contester à l'administration le droit d'apporter toute modification au contrat qui ne serait pas justifiée par la force majeure, sensu stricto, et ce, malgré la jurisprudence en sens opposé du Comité Supérieur de Contrôle et des tribunaux eux-mêmes. Les controverses du genre ont été nombreuses dans les cas de survenance des sujétions imprévisibles et de retenues pour retard.

Or, il est rare qu'en pratique, les conditions théoriques de la force majeure puissent être considérées comme remplies à la lettre. Une position aussi draconienne ne peut, au surplus, qu'inciter les entrepreneurs à se prémunir contre elle par des relèvements de prix et engendrer des procès périlleux pour l'Etat.

In feite moet de openbare aanbesteding veld ruimen voor andere procedures : beperkte aanbesteding, prijsaanvraag, wedstrijd. Maar deze procedures mogen niet overgelaten worden aan een empirische praktijk; het vraagstuk van het sluiten der overeenkomsten voor rekening van de Staat behoort door het Parlement te worden opgelost.

#### Ontleding der artikelen.

Het eerste hoofdstuk groepeerde verscheidene algemene beginselen.

#### Artikel 1.

Artikel 1 brengt de twee beginselen naar voren — de mededinging en de forfaitaire prijs — die ten grondslag blijven liggen aan het stelsel van de overeenkomsten voor rekening van de Staat. Zij zijn ingegeven door het algemeen belang en door het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, voortvloeiend uit art. 6 van de Grondwet.

Voor zover dit enigszins mogelijk is, moet een beroep gedaan worden op de mededinging, zelfs wanneer het niet om een openbare aanbesteding gaat; daarom is het nuttig deze regel te formuleren als algemeen principe, dat alle overeenkomsten beheerst.

De forfaitaire prijs werd door de wetgever van 1846 ingevoerd ingevolge de volgende door de centrale afdeling uitgebrachte beschouwingen : « Het volstaat niet dat de Regering ertoe verplicht wordt een beroep te doen op de mededinging (en over te gaan tot openbaarmaking), maar bovendien is vereist dat degenen die de werken of de leveringen uitvoeren, de kans lopen zowel verlies als winst te boeken en dat het Bestuur niet van de bedongen aanbestedingsvoorwaarden mag afwijken » (vertaling).

Er werd steeds aanvaard dat dit principe, dat toepasselijk is op alle overeenkomsten, ongeacht de wijze waarop zij gesloten worden, geen beletsel vormt voor het sluiten van overeenkomsten op prijslijst, daar het forfaitair karakter in dit geval bij de eenheidsprijzen ligt. Doch de toelichting van de wetgever werd ingeroepen om inzake openbare overeenkomsten aan dit principe een veel strenger karakter te geven dan volgens het gemeen recht. Voornamelijk het Rekenhof heeft de woorden « ...en dat het Bestuur niet van de bedongen aanbestedingsvoorwaarden mag afwijken » aangevoerd om aan de administratie het recht te betwisten in het contract om het even welke wijziging aan te brengen die niet door de overmacht « sensu stricto » zou verantwoord zijn, en dit niettegenstaande de tegenovergestelde rechtspraak van het Hoog Comité van Toezicht en van de rechtbanken zelf. Soortgelijke geschillen in gevallen van onvoorziene omstandigheden en boeten wegens laattijdige oplevering waren talrijk.

Het gebeurt echter zelden dat in de praktijk de theoretische voorwaarden voor het bestaan van overmacht kunnen beschouwd worden als naar de letter vervuld. Daarenboven kan een zo drastische houding de aannemers enkel ertoe aanzetten zich te beveiligen door prijsverhogingen, alsmede aanleiding geven tot voor de Staat gevaarlijke rechtsgedingen.

C'est pourquoi il nous apparaît opportun, à l'occasion du présent projet de loi, de préciser que s'il demeure indispensable, dans l'optique plus commerciale et plus réaliste qui a inspiré l'économie de cette réforme, de maintenir le principe du forfait, celui-ci doit être considéré et interprété compte tenu de la portée qu'il a dans le droit commun. Ce dernier est plus large et plus souple que la conception administrative qui a prévalu jusqu'ici; la référence pure et simple à son application sera plus efficace tant du point de vue du coût des marchés publics que de la qualité de leur exécution. Il est inéquitable de frapper de sanctions les adjudicataires qui ont tout fait pour conduire à bien leur entreprise et répondre aux desiderata de l'administration.

Au demeurant, la position la plus raisonnable à cet égard est celle qui est à la base de plusieurs avis émis par le Comité supérieur de Contrôle, à savoir que des décisions ministérielles peuvent, sous l'invocation de cas de force majeure ou fortuits, ou, encore, de circonstances extraordinaires, être fondées sur l'équité, sans pour autant enfreindre le principe de l'égalité entre soumissionnaires, dès lors que ceux-ci peuvent avoir la conviction qu'ils auraient tous été traités avec la même compréhension s'ils s'étaient trouvés dans la situation invoquée.

Dans ce dernier ordre d'idées, il s'indiquera surtout de bien fixer, dans les clauses contractuelles générales des marchés, les conditions dans lesquelles les entrepreneurs et fournisseurs pourraient, le cas échéant, obtenir, d'une part, que l'administration prolonge, revise ou résilie le contrat, ou que leur soient accordés des dommages-intérêts et, d'autre part, qu'il leur soit fait remise partielle ou totale des retenues pour retard.

Il est permis de dire déjà que notamment deux éléments pourraient, à la condition d'avoir été ainsi formellement envisagés et d'en bien mesurer l'incidence, justifier un assouplissement des stipulations de base du contrat : le fait de l'administration elle-même qui aurait occasionné à son co-contractant des dommages ou retards et la survenance de circonstances que ce co-contractant ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier malgré qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires. Cette dernière notion couvrirait, en fait, tous événements imprévisibles et inévitables échappant à la volonté des fournisseurs ou entrepreneurs normalement diligents et qui ont mis humainement ceux-ci dans l'impossibilité d'exécuter à point nommé leurs obligations. Il va sans dire qu'en raison du caractère relatif de ces événements, c'est sur base d'une appréciation minutieuse des circonstances de chaque espèce que le Ministre aurait à décider.

Le troisième principe qu'exprimait l'article 21 de la loi du 15 mai 1846 — la publicité — n'a plus été repris : comme tel, il ne se concilierait plus avec certaines formes nouvelles de marché déjà citées — l'adjudication restreinte et l'appel d'offres — que le présent projet organise. Bien souvent, ce ne sera plus qu'un élément d'ordre formel de la concurrence, qui pourra être envisagé sous deux aspects : d'abord, du

Daarom lijkt het ons passend, naar aanleiding van dit wetsontwerp, nader te bepalen dat, indien het vanuit de meer commerciële en realistische gezichtshoek waardoor de economie van deze hervorming werd ingegeven, onontbeerlijk blijft het beginsel van de vooraf bepaalde prijs te handhaven, dit beginsel moet opgevat en geïnterpreteerd worden met inachtneming van zijn draagwijdte in het gemeen recht. Dit laatste is ruimer en soepeler dan de totnogtoe gehuldigde administratieve opvatting; de verwijzing zonder meer naar de toepassing ervan zal doeltreffender zijn, zowel onder oogpunt van de kostprijs der openbare aannemingen als op het stuk van de hoedanigheid der uitvoering. Het is onbillijk sancties te treffen tegen aannemers die alles gedaan hebben om het werk tot een goed einde te brengen en aan de desiderata van de administratie tegemoet te komen.

In dit opzicht is de meest redelijke opvatting overigens deze waarop diverse adviezen van het Hoog Comité van Toezicht steunen : bij aanvoering van gevallen van overmacht of van toeval of nog, in buitengewone omstandigheden, kunnen ministeriële beslissingen gemotiveerd zijn door de billijkheid, zonder daarom het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers aan te tasten, voor zoveel dezen ervan kunnen verzekerd zijn dat zij met hetzelfde begrip zouden behandeld geworden zijn, indien zij zich in dezelfde toestand hadden bevonden.

Wat dit laatste punt betreft, is het vooral gewenst in de algemene contractuele bepalingen van de overeenkomsten nader te bepalen onder welke voorwaarden de ondernemers en leveranciers gebeurlijk vanwege de administratie, eensdeels een verlenging, herziening of verbreking van het contract of een schade-loosstelling, anderdeels een volledige of gedeeltelijke kwijtschelding van de boeten wegens laattijdige oplevering kunnen bekomen.

Nu reeds kan worden vooropgezet dat o. m. twee factoren een versoepeling van de basisbepalingen van het contract zouden kunnen wettigen, bijaldien zij als dusdanig worden weerhouden en de weerslag ervan nauwkeurig wordt afgemeten; de daad van de administratie zelf, die aan haar mede-contractant schade of vertraging zou hebben berokkend, alsmede omstandigheden die deze mede-contractant niet kon vermijden en waarvan hij de gevolgen niet kon ontgaan, ofschoon hij daartoe al de nodige voorzorgen getroffen heeft. Dit laatste begrip zou in feite alle onvoorzienbare en onvermijdelijke gebeurtenissen dekken, welke onafhankelijk zijn van de wil van de normaal zorgvuldige leveranciers of ondernemers en waardoor dezen, menselijk gesproken, in de onmogelijkheid verkeerden om te gepasten tijde hun verplichtingen na te komen. Het spreekt vanzelf dat, wegens het betrekkelijk karakter van deze gebeurtenissen, de Minister op grond van een nauwkeurige beoordeling van elk specifiek geval zou dienen te beslissen.

Het derde principe, dat in art. 21 van de wet van 15 mai 1846 werd vastgesteld, d. i. de bekendmaking, werd niet meer overgenomen : als dusdanig zou het niet meer overeenstemmen met sommige reeds vernoemde vormen van overeenkomsten — de beperkte aanbesteding en de prijsaanvraag — die door dit ontwerp worden ingevoerd. Het zal dikwijls nog enkel een formeel bestanddeel van de mededinging

point de vue de la mise en compétition, puis quant aux opérations de passation du marché. La publicité pourra être réduite ou même n'être pas requise — tout en restant, bien entendu, facultative — dans certaines procédures.

Au surplus, si le libellé de l'article en cause rappelle encore, quant aux principes qu'il exprime, celui de l'article 21 de la loi de 1846, il ne peut échapper qu'il est maintenant conçu dans une optique plus large; il ne vise plus seulement l'adjudication publique mais, à des degrés divers, tous les modes de passation des marchés dont il sera question plus loin.

D'autre part, il consacre, au lieu de l'ancienne dénomination « marchés de travaux, de fournitures et de transports » celle de « marchés de travaux, de fournitures et de services ». Le terme « transports » était, en effet, trop restrictif; il est estimé préférable d'utiliser le terme « services » dont les transports ne sont qu'une variété, à l'instar des travaux de nettoyage, d'entretien des appareils de sécurité contre l'incendie, etc.; plus généralement, ce terme vise tous les contrats de louage d'industrie, au sens donné à ces mots par la doctrine (1).

Les conditions dans lesquelles les marchés sont passés sont actuellement fixées par l'arrêté royal organique du 5 octobre 1955 — déjà cité au préambule du présent exposé — et par son annexe contenant les clauses administratives contractuelles de ces marchés et constituant, en fait, le « Cahier général des charges des marchés de l'Etat ». Cet arrêté sera évidemment revu en fonction de la loi nouvelle, compte tenu de l'avis qu'exprimera sur le sujet la Commission permanente des Marchés publics, en exécution de l'arrêté royal du 11 décembre 1960, qui a organisé cette commission et fixé ses attributions.

#### Article 2.

C'est évidemment au Ministre que la loi doit attribuer compétence pour passer les marchés et, bien entendu, pour veiller à leur bonne exécution. Mais, en cette matière-ci comme en toutes autres, il est de nécessité pratique d'envisager des délégations de pouvoirs. Tel est l'objet de l'article 2.

Il ne peut toutefois être question de prévoir une délégation générale du Ministre à un fonctionnaire pour décider de tout ce qui a trait à la passation des marchés. La délégation doit être limitée, et le soin de fixer cette limite doit être laissé au Roi. Au surplus, il est parfois des situations où il n'est même pas permis d'imaginer qu'un fonctionnaire puisse suppléer un Ministre. Tel sera l'exercice d'une attribution tout-à-fait spéciale — dont il sera traité sous l'article 8, paragraphe 2 — qui, par elle-même, impose une intervention

(1) H. De Page : *Traité élémentaire de Droit civil belge*, Tome IV, 2<sup>e</sup> édition, 1938, p. 845.

zijn, dat onder een tweevoudig opzicht kan aanwezig zijn : vooreerst bij het in mededinging stellen; vervolgens, bij de verrichtingen tot het sluiten van de overeenkomsten. Bij sommige procedures kan de bekendmaking beperkt of zelfs niet vereist worden, ofschoon zij vanzelfsprekend facultatief blijft.

Indien de tekst van bedoeld artikel daarenboven met betrekking tot de daarin vervatte beginselen, nog gelijkenis vertoont met deze van art. 21 van de wet van 1846, zal het niet ontgaan dat hij nu ruimer opgevat is : hij doelt niet meer alleen op de openbare aanbesteding, maar in meer of mindere mate, op alle wijzen van sluiten van overeenkomsten, waarover verder sprake.

Anderszins vervangt hij de vroegere benaming « aannemingen van werken, leveringen en transporten » door deze van « aannemingen van werken, leveringen en diensten ». De term « transporten » was inderdaad te beperkt; men heeft de voorkeur gegeven aan de uitdrukking « diensten », waarvan de transporten slechts een onderdeel vormen, evenals de schoonmaak, het onderhoud van blustoeuvelen enz.; deze uitdrukking doelt meer in het algemeen op de overeenkomsten van dienstverhuring, in de betekenis die door de rechtsleer aan deze woorden gegeven wordt (1).

De voorwaarden waaronder de overeenkomsten worden gesloten, worden thans beheerst door het organiek koninklijk besluit van 5 oktober 1955, dat reeds in de inleiding werd aangehaald, en door de bijlage ervan, waarin de administratieve contractuele bepalingen van deze overeenkomsten voorkomen en die in feite de « Algemene Aanbestedingsvoorwaarden van de overeenkomsten voor rekening van de Staat » vormt. Dit besluit zal vanzelfsprekend worden herzien overeenkomstig de nieuwe wet en rekening gehouden met het advies dat de « Permanente Commissie voor de Openbare Aannemingen », ter uitvoering van het koninklijk besluit van 14 december 1960 dat deze Commissie ingesteld en haar bevoegdheden bepaald heeft, terzake zal uitbrengen.

#### Artikel 2.

De wet moet vanzelfsprekend aan de Minister bevoegdheid verlenen om de overeenkomsten te sluiten en tevens om over de goede uitvoering ervan te waken. Maar hierbij is het, zoals in alle andere gevallen, om praktische redenen noodzakelijk te voorzien in overdracht van bevoegdheid. Daartoe strekt artikel 2.

Het is evenwel uitgesloten in een algemene overdracht te voorzien van de Minister aan een ambtenaar inzake beslissing nopens al hetgeen betrekking heeft op het sluiten van de overeenkomsten. De overdracht moet beperkt blijven en de taak om deze perken te bepalen moet aan de Koning worden overgelaten. Daarenboven doen er zich soms toestanden voor waarbij men zich zelfs niet zou kunnen indenken dat een ambtenaar een Minister zou kunnen vervangen; dit is o. m. het geval voor de zeer bijzondere bevoegd-

(1) H. De Page : *Traité élémentaire de Droit civil belge*, Deel IV, 2<sup>e</sup> uitgave, 1938, blz. 845.



réellement personnelle du Ministre en ce sens que c'est à lui qu'il appartiendra de 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.

#### Article 3.

L'article 3 légalise les clauses de revision de prix qui sont des dérogations à la règle du forfait. Celle-ci ne peut jouer correctement quand l'une des parties modifie unilatéralement et par voie d'autorité les prix ou certains de leurs éléments. Aussi, l'intervention croissante de l'Etat provoque-t-elle, depuis 1930, la stipulation, dans les marchés publics, de clauses contractuelles prémunissant les entrepreneurs contre les variations de salaires, des prix des matériaux réglementés, des tarifs officiels de transports, des droits de douanes... Le forfait est ainsi limité aux risques techniques qui découlent de l'importance réelle des travaux et des difficultés d'exécution, les clauses de revision couvrant les entrepreneurs contre les risques d'ordre économique ou social.

Il va sans dire que ces clauses impliquent réciprocité et doivent prémunir non seulement l'adjudicataire mais également l'administration à l'égard des variations des divers éléments constitutifs du prix.

Cette disposition prévoit même, en son second paragraphe, deux véritables exceptions au principe général du forfait, exceptions qui se justifient et se circonscrivent d'ailleurs par elles-mêmes : il est des circonstances, en effet, où même l'approximation dans les calculs est exclue et où, partant, il faut bien recourir à l'exécution de travaux sur base de prix provisoires ou sur base de dépenses contrôlées parce que l'un ou l'autre de ces systèmes est raisonnablement le seul praticable si l'on ne veut pas recueillir des prix surfaits. Ainsi pourra-t-il en être parfois pour des entreprises présentant des aléas techniques anormaux et réellement imprévisibles au départ et pour des travaux consécutifs à des inondations, à des éboulements miniers, à des effondrements de terre ou à d'autres accidents du genre ou encore pour ceux qui doivent être exécutés pour compte d'entrepreneurs défaillants.

#### Article 4.

L'article 4 maintient comme antérieurement le principe du paiement par acomptes après service fait et accepté.

Il a été toutefois jugé utile de légaliser la pratique qui consiste à considérer comme satisfaisant à la règle du service fait et accepté l'approvisionnement des matériaux et matières. C'est au cahier des charges qu'il appartiendra de préciser quels matériaux et matières sont admissibles du point de vue notamment de la possibilité de contrôler le service fait.

heid — waarover sprake in art. 8, par. 2 — die uiteraard een werkelijk persoonlijk optreden van de Minister vergt, in deze zin dat het hem toekomt de zaak aan de Ministerraad of, bij hoogdringendheid, aan de Eerste-Minister voor te leggen, alsmede de overeenkomst te sluiten wanneer van deze procedure mag afgeweken worden.

#### Artikel 3.

Artikel 3 verleent een wettelijke grondslag aan de bepalingen van prijsherziening, die afwijken van de regel van de forfaitaire prijs. Deze regel mist zijn uitwerking, wanneer een der partijen de prijzen of sommige bestanddelen ervan eenzijdig en bindend wijzigt. Sedert 1930 leidde de toenemende staatsinmenging dan ook tot het opnemen in de openbare overeenkomsten, van contractuele bepalingen ter beveiliging van de aannemers tegen de schommelingen van de lonen, van de gereglementeerde materialenprijzen, van de officiële vervoertarieven, van de douanerechten, enz. Het forfaitair aspect wordt aldus beperkt tot de technische risico's voortvloeiend uit de werkelijke omvang van de werken en uit de moeilijkheden van uitvoering, terwijl de bepalingen nopens de herziening de aannemers tegen de risico's van economische of sociale aard dekken.

Het spreekt vanzelf dat die bepalingen de wederkerigheid insluiten : zij moeten niet alléén de aannemer, maar ook de administratie beveiligen tegen de schommelingen van de diverse bestanddelen van de prijs.

In haar tweede paragraaf behelst deze beschikking zelfs twee werkelijke uitzonderingen op het algemeen principe van de forfaitaire prijs; zij dragen overigens hun verantwoordelijkheid en tevens hun beperking in zich. Er zijn inderdaad omstandigheden waarin zelfs een benaderende berekening uitgesloten is en waarin men bijgevolg verplicht is over te gaan tot de uitvoering van de werken op basis van voorlopige prijzen of op basis van gecontroleerde uitgaven, omdat het ene of het andere van deze stelsels redelijkerwijze de enige uitweg biedt, indien men wil vermijden dat overdreven prijzen worden aangerekend.

Dit zal soms het geval kunnen zijn bij aannemingen waaraan abnormale en bij de aanvang werkelijk onvoorzienbare technische risico's verbonden zijn, alsmede bij werken, uit te voeren ingevolge overstromingen, mijninstortingen, aardverzakkingen of andere soortgelijke ongevallen, of nog, bij werken die moeten uitgevoerd worden voor rekening van in gebreke gebleven aannemers.

#### Artikel 4.

Artikel 4 handhaaft zoals voorheen het principe van de betaling door middel van vereffeningen op afrekening na verstrekte en aanvaarde dienst.

Het is evenwel nuttig gebleken een wettelijke basis te bezorgen aan de praktijk, waarbij het aanvoeren van materiaal en grondstoffen wordt beschouwd als in overeenstemming met de regel van de verstrekte en aanvaarde dienst. De aanbestedingsvoorwaarden zullen nauwkeurig moeten bepalen welk materiaal en welke grondstoffen in aanmerking kunnen komen, inzonderheid met het oog op de mogelijkheid tot controle van de verstrekte dienst.



De même, il a été estimé opportun de prévoir la possibilité d'octroyer des avances à titre de provision, dans les conditions déterminées par le Roi. Aucune disposition d'ordre général ne permettait jusqu'à ce jour l'octroi d'avances; des dispositions législatives particulières ont été prises concernant les marchés passés pour la Défense nationale avec les gouvernements étrangers et des « cavaliers budgétaires » interviennent périodiquement pour autoriser le paiement d'avances pour des commandes passées à l'étranger ou même en Belgique. Le principe étant désormais déposé dans la loi, sans discrimination entre Belges et étrangers, il appartiendra au Roi d'établir les critères auxquels il convient de subordonner l'octroi d'avances.

Le chapitre II traite des modes de passation des marchés sur lesquels s'est trouvée naturellement axée la réforme du régime traditionnel. En vue de doter l'administration d'un instrument juridiquement plus efficace, une gamme plus riche de procédures légales a été substituée au dualisme rigide « adjudication publique — gré à gré ». Certes, ni l'adjudication restreinte, ni l'appel d'offres ne sont inconnus dans la pratique, mais aucun texte n'en avait fixé jusqu'ici les conditions d'emploi. Le nœud de la réforme consiste donc à institutionnaliser ces procédures.

La loi reconnaît désormais quatre modes de passation de marchés :

1. l'adjudication publique;
2. l'adjudication restreinte;
3. l'appel d'offres, général ou restreint;

4. le marché de gré à gré.

Parmi les caractères essentiels qui distinguent ces procédures entre elles, figure la règle du choix du contractant. On peut, à cet égard, les diviser en deux grandes classes :

a) les procédures *avec* adjudication (adjudication publique ou restreinte), assorties d'un automatisme mitigé dans le choix du contractant, où le critère du prix est prédominant;

b) les procédures *sans* adjudication (appel d'offres et gré à gré), où le libre choix de l'administration se déterminera d'après l'offre la plus avantageuse.

Comme dans la plupart des pays étrangers et, spécialement, dans les pays membres de la Communauté économique européenne, c'est au Ministre compétent qu'il appartiendra de choisir le mode de procédure à mettre en œuvre, ce, suivant la nature, l'importance et l'urgence du marché, suivant les possibilités de sélection des entrepreneurs et fournisseurs et suivant les circonstances économiques du moment, le tout sans que — bien entendu — puissent être prévues des discriminations de nationalité, qui seraient en contradiction avec les traités.

Il nous paraît intéressant de signaler ici que le premier texte qui avait été soumis au Conseil d'Etat n'al-

Het werd eveneens passend geoordeeld de mogelijkheid te openen om, onder de door de Koning vastgestelde voorwaarden, provisionele voorschotten te verlenen. Tot op heden liet geen enkele bepaling van algemene aard toe voorschotten te verstrekken; bijzondere wettelijke bepalingen werden getroffen in verband met de overeenkomsten, welke voor rekening van de Landsverdediging met buitenlandse regeringen worden gesloten, terwijl herhaaldelijk « budgettaire nevenbepalingen » worden ingeschakeld om machtiging te verlenen tot het betalen van voorschotten voor bestellingen in het buitenland of zelfs in België. Daar het principe thans in de wet is opgenomen met uitsluiting van enig onderscheid tussen Belgen en buitenlanders, zal het de Koning toekomen de normen te bepalen, waarvan het toekennen van voorschotten dient afhankelijk gesteld te worden.

Hoofdstuk II handelt over de wijzen van sluiten der overeenkomsten, waarop de hervorming van het traditionele stelsel in hoofdzaak slaat. Met het doel de administratie met een juridisch doeltreffender instrument uit te rusten, werd een bredere gamma van wettelijke procedures in de plaats gesteld van het strakke dualisme « openbare aanbesteding — onderhandse overeenkomst ». In de praktijk zijn weliswaar de beperkte aanbesteding noch de prijsaanvraag onbekend, doch tot op heden had geen enkele tekst de toepassingsvoorwaarden ervan vastgelegd. De kern van de hervorming ligt derhalve in het institutionaliseren van deze procedures.

De wet erkent voortaan vier vormen voor het sluiten van overeenkomsten :

- 1. de openbare aanbesteding;
- 2. de beperkte aanbesteding;
- 3. de algemene dan wel de beperkte prijsaanvraag;
- 4. de onderhandse overeenkomst.

Onder de hoofdkenmerken, waardoor deze procedures zich van elkander onderscheiden, komt de regel nopens het kiezen van de contractant voor; te dien aanzien kan men de procedures in twee grote klassen indelen :

a) de procedures *met* aanbesteding (openbare of beperkte), waarbij het criterium van de prijs, met een gematigd automatisme, maatgevend is voor de keuze van de contractant;

b) de procedures *zonder* aanbesteding (prijsaanvraag en onderhandse overeenkomst), waarbij de vrije keuze van de administratie zal uitgaan naar de gunstigste aanbieding.

Zoals in de meeste landen en bijzonder in de landen-leden van de Europese Economische Gemeenschap, behoort het aan de bevoegde Minister de toe te passen procedure te kiezen volgens de aard, de omvang en de dringendheid van de overeenkomst, volgens de mogelijkheden tot selectie van de ondernemers en leveranciers en volgens de economische omstandigheden van het ogenblik; dit alles zonder dat, in strijd met de verdragen, onderscheid mag worden gemaakt volgens de nationaliteit.

Wij achten het nuttig hierbij te vermelden dat de eerste tekst die aan de Raad van State werd voorge-

lait pas aussi loin, en ce sens qu'il délimitait d'une manière restrictive les hypothèses où il pouvait respectivement être recouru à chacun des divers modes de marché ci-dessus.

Mais, dans son avis du 17 octobre 1960, le Conseil d'Etat a constaté que ces discriminations étaient très complexes et d'une application difficile et qu'au surplus une telle conception ne répondait pas complètement au but poursuivi, qui est de mettre les entreprises nationales sur un pied d'égalité avec celles des Etats de la Communauté économique européenne. Cette haute juridiction estimait que « cette égalité ne serait entièrement réalisée que si, comme dans les autres pays, l'administration avait le choix entre divers procédés de passation des marchés » et que « sans la réalisation de cette formule notre législation restera moins souple que celle des autres partenaires du marché commun ».

Le Gouvernement n'a donc fait, en l'occurrence, que se rallier à ces vues, qui réalisent un alignement total sur la législation de nos partenaires.

#### Article 5.

L'article 5 formule, en conséquence, et d'une manière lapidaire ce qu'il faut considérer comme l'essence de la règle nouvelle, à savoir qu'hormis les cas exceptionnels et nettement circonscrits d'une possibilité de recours au marché de gré à gré, il y a, au départ, une option, une alternative : ou bien c'est la procédure classique de l'adjudication ou bien c'est la procédure de l'appel d'offres, étant entendu que, dans l'une ou l'autre hypothèse, il y a aussi une seconde option : la procédure « publique » (ou « générale ») ou bien la procédure « restreinte ».

#### Article 6.

L'article 6 donne les caractéristiques de l'adjudication publique quant à l'appel à la concurrence et à la publicité des séances d'ouverture des soumissions.

#### Article 7.

L'article 7 définit l'adjudication restreinte, laquelle ne se distingue de l'adjudication publique que par un caractère essentiel : la limitation de la concurrence aux entrepreneurs ou fournisseurs consultés par l'administration. Par ailleurs, s'il n'y a pas de publicité dans l'appel à la concurrence, les soumissionnaires sont invités à assister à l'ouverture des offres.

L'emploi de cette procédure pourra, par exemple, s'expliquer :

— pour les marchés dont l'importance, relativement peu élevée, ne justifie pas le recours à une adjudication publique;

— pour les marchés de nature spéciale ou très importants, où la concurrence se limite à un certain nombre de firmes, du fait qu'ils requièrent une compétence technique ou une capacité financière exceptionnelle;

legd, niet zover reikte, in deze zin dat hij de mogelijkheden, waarin respectievelijk ieder van de bovenvernoemde procedures voor het sluiten van overeenkomsten kon aangewend worden, beperkend omschreef.

Doch in zijn advies van 17 oktober 1960 heeft de Raad van State aangetekend dat deze differentiatie zeer ingewikkeld en moeilijk toe te passen is, terwijl bovendien een soortgelijke opvatting niet ten volle beantwoordt aan het gestelde doel, m. n. de nationale ondernemingen op gelijke voet te stellen met die van de overige landen van de Europese Economische Gemeenschap. Dit hoge rechtscollege was van oordeel dat « algehele gelijkheid alleen kan bestaan indien het bestuur, zoals in de overige landen, de keuze heeft uit verschillende procédés voor het sluiten van overeenkomsten » en dat zonder de verwezenlijking van die hervorming « onze wetgeving minder soepel zal blijven dan die van onze partners in de Gemeenschappelijke Markt ».

De Regering heeft zich eenvoudig aangesloten bij deze zienswijze, waardoor een volledige harmonisatie met de wetgeving van de partnerlanden bewerkt wordt.

#### Artikel 5.

Dienovereenkomstig omschrijft artikel 5 zeer bondig hetgeen dient beschouwd als de essentie van de nieuwe regel, m. n. dat er, buiten de uitzonderlijke en duidelijk omschreven gevallen waarin het mogelijk is een onderhandse overeenkomst te sluiten, bij het vertrekpunt een keuze te doen valt tussen de klassieke procedure van de aanbesteding en de procedure van de prijsaanvraag, met dien verstande dat er in beide gevallen nog een tweede optie blijft : de « openbare » (of « algemene ») dan wel de « beperkte » procedure.

#### Artikel 6.

Artikel 6 vermeldt de kenmerken van de openbare aanbesteding inzake het beroep op de mededinging en de openbaarheid van de zittingen waarop de inschrijvingsbiljetten worden geopend.

#### Artikel 7.

Artikel 7 omschrijft de beperkte aanbesteding, die zich slechts door één essentieel kenmerk van de openbare aanbesteding onderscheidt : de beperking van de mededinging tot de door de administratie geraadpleegde ondernemers of leveranciers. Doch indien het beroep op de mededinging niet publiek geschiedt, worden niettemin de inschrijvers uitgenodigd om de opening van de inschrijvingsbiljetten bij te wonen.

Het bezigen van deze procedure kan, bijvoorbeeld aangewezen zijn :

— voor de overeenkomsten, die wegens hun geringe omvang geen openbare aanbesteding wettigen;

— voor de overeenkomsten van bijzondere aard of van grote omvang waarbij de mededinging in feite tot enkele ondernemingen beperkt blijft, omdat zij een buitengewone technische bevoegdheid of financiële draagkracht vergen;

— pour les marchés dont le délai d'exécution n'est pas compatible avec la procédure de l'adjudication publique;

— pour les marchés à caractère relativement secret.

#### Article 8.

L'article 8 édicte la règle à suivre pour le choix du soumissionnaire, en cas d'adjudication publique ou restreinte. Cette règle est actuellement formulée par l'article 35 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955, organique des marchés. Il a été estimé nécessaire d'en inscrire le principe dans la loi même, car le choix du soumissionnaire est un élément essentiel qui distingue les procédures de passation des marchés et fait donc partie de leur définition.

Le critère de l'offre la « plus basse » actuellement en vigueur est maintenu, car il est inhérent au système de l'adjudication publique. Il a cependant été jugé utile de supprimer le mot « effectivement » qui figure dans l'article 35 susvisé, ce mot pouvant prêter à confusion : la soumission la plus basse se juge, en effet et tout uniment, par la comparaison des prix offerts par rapport à la nature, à la quantité et à la qualité — exigées par le cahier spécial des charges — pour les prestations demandées. Mais la suite du texte indique qu'en plus du montant même de la soumission, d'autres éléments peuvent être pris en considération et, à cet égard, il est apparu intéressant de signaler que sont à retenir non seulement, comme le prévoit déjà l'article 35, les éléments chiffrables qui auront une incidence sur les sommes à décaisser par le maître de l'ouvrage en raison du marché en question (frais de réception, par exemple), mais aussi les éléments concrets et même quasi chiffrés d'appréciation qui pourront résulter de cette forme particulière d'adjudication publique que constitue l'adjudication sur coefficients. Celle-ci ne représente pas, faut-il le dire, un mode distinct de passation des marchés : c'est une adjudication qui combine le mérite technique et le prix et n'apporte dès lors en rien une dérogation à la règle de l'adjudication du marché à l'offre la plus basse.

Toutefois, l'automatisme du choix, même corrigé par la notion « éléments chiffrables », ne supprime pas la nécessité de maintenir cette soupape de sûreté, dont l'expérience a démontré l'utilité et que représente la règle existante (1) de l'obligation de recourir au Conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, au Premier Ministre, pour déroger au principe du choix du soumissionnaire le plus bas. Aussi, la disposition nouvelle confirme-t-elle cette règle, qui doit donc, bien entendu, être comprise en ce sens qu'en cas d'adjudication sur coefficients, ceux-ci constituent un élément constitutif du prix et que, partant, le calcul de leur incidence sur le montant des offres est de la compétence des administrations maitresses d'ouvrages.

Au surplus, cette disposition est assortie d'un tempérament d'ordre pratique qui permettra de dégorger

(1) Cf. article 35 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955.

— voor de overeenkomsten, waarvan de uitvoerings-termijn niet overeen te brengen is, met de procedure van openbare aanbesteding;

— voor de overeenkomsten van eerder geheime aard.

#### Artikel 8.

Artikel 8 vestigt de regel van toepassing bij de keuze van de inschrijver in geval van openbare of beperkte aanbesteding. Deze regel is thans vervat in artikel 35 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten. Men heeft het noodzakelijk geacht het principe ervan in de wet zelf op te nemen, want de keuze van de inschrijver is een essentiële factor in het onderscheid tussen de procedures voor het sluiten van de overeenkomsten en maakt derhalve deel uit van hun definitie.

Het thans vigerende criterium van de « laagste » offerte wordt gehandhaafd, want het is eigen aan het systeem van de openbare aanbesteding. Het werd evenwel nuttig geacht het in artikel 35 voorkomende « werkelijk » weg te laten, aangezien deze term verwarring kan stichten : de laagste offerte wijst zich inderdaad zonder meer uit door de vergelijking van de voor de gevraagde prestaties gestelde prijzen t.a.v. de door de bijzondere aanbestedingsvoorwaarden vereiste aard, hoeveelheid en kwaliteit. Doch het gevolg van de tekst wijst erop dat, buiten het bedrag zelf van de inschrijving, andere elementen in aanmerking kunnen genomen worden; in dit opzicht blijkt het interessant te vermelden dat er niet alléén, zoals artikel 35 reeds bepaalt, dient rekening gehouden met de berekenbare elementen, die een weerslag zullen hebben op de uit hoofde van de overeenkomst door de bouwheer te betalen sommen (bijvoorbeeld keuringskosten), maar ook met de concrete en zelfs quasi-becijferde beoordelings-elementen, die naar voren treden bij de aanbesteding op coëfficiënten, welke een bijzondere vorm van openbare aanbesteding is. Dient het gezegd dat soortgelijke aanbesteding geen afzonderlijke vorm van overeenkomst uitmaakt ? Het is een aanbesteding die de technische verdienste paart aan de prijs en bijgevolg geënzins afwijkt van de regel der toewijzing aan de laagste offerte.

Het automatisme van de keuze, zelfs gemilderd door het begrip « berekenbare elementen », neemt evenwel de noodzakelijkheid niet weg de veiligheidsklep te handhaven, waarvan de ervaring het nut heeft aangetoond en waarin de thans bestaande regel voorziet (1), m.n. de verplichting om op de Ministerraad of, bij dringende noodzaak, op de Eerste-Minister een beroep te doen om van het beginsel van de keuze van de laagste inschrijver af te wijken. De nieuwe beschikking bevestigt dan ook deze regel, die evenwel aldus moet opgevat worden dat bij aanbesteding op coëfficiënten, deze een bestanddeel van de prijs uitmaken en dat de berekening van de weerslag ervan op het bedrag van de offertes bijgevolg tot de bevoegdheid van de als bouwheer optredende administraties behoort.

Daarenboven werd deze bepaling met het oog op de praktijk versoepeld; daardoor wordt het mogelijk de

(1) Zie artikel 35 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955.

le Conseil des Ministres des affaires d'intérêt mineur, ce, dans la mesure que le Roi pourra déterminer.

Mais l'article en question comporte, sur le plan du droit, une considérable innovation : le texte consacré, en faveur du soumissionnaire le plus bas dans une adjudication, un véritable droit à l'obtention du marché si, bien entendu, celui-ci est adjudgé. Et, qui plus est, la méconnaissance de ce droit est sanctionnée.

Comme l'a fait observer le Conseil d'Etat, dans son avis du 17 octobre 1960 précité, déjà le fait d'insérer dans la loi elle-même et non plus dans un simple arrêté royal, une disposition aux termes de laquelle l'administration est « tenue » de choisir ce soumissionnaire, sauf les dérogations expressément prévues, serait de nature à faire naître pareil droit. Le fait de compléter cette disposition par la prévision d'une sanction ad hoc éventuelle rend la situation absolument nette.

C'est là une position qu'eu égard au mutisme des textes en vigueur, les tribunaux et, du reste, le Conseil d'Etat, n'ont jamais eu la possibilité d'admettre jusqu'à présent.

D'où, d'ailleurs, une situation juridique raisonnablement indéfendable que la doctrine et, bien entendu, tous les praticiens n'ont cessé de déplorer (1) : lorsqu'un recours est introduit devant le Conseil d'Etat par un soumissionnaire irrégulièrement évincé et que celui-ci obtient gain de cause — en ce sens que la décision d'adjudication est déclarée annulée — cette annulation reste purement platonique. Et, pour cause : la décision n'intervient généralement qu'un an, voire deux ans après l'introduction du recours et, à ce moment, le marché litigieux se trouve déjà exécuté. L'intéressé a beau se retourner vers les tribunaux pour obtenir les dommages-intérêts qui s'indiqueraient, pareils recours sont voués à l'échec, les juges estimant que le requérant n'avait pas un droit automatique à se voir confier le marché et que, partant, l'administration n'a pas lésé, par sa faute, un droit civil.

Il est à remarquer que la jurisprudence elle-même a regretté cette situation : au demeurant, elle constatait tout simplement qu'il y avait, à cet égard, un vice dans le système légal, mais qu'il ne lui appartenait pas de le corriger (2).

N'était-ce pas là un appel discret au Législateur en vue de voir combler cette faille ?

Le Conseil d'Etat aussi, dont les arrêts en la matière restent inopérants, voudrait évidemment que l'on agisse en ce sens et il l'a appelé encore dans son avis

(1) M.A. Flamme : note sous jugement Civ. Bruxelles, 22 novembre 1956, in *Journal des Tribunaux*, 12-5-1957, p. 317 et M.F. Remion, « Le Conseil d'Etat et les marchés de l'Administration », in *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1960, n° 3, p. 427.

J. Suetens, premier président du Conseil d'Etat : « Les lacunes dans la compétence et l'organisation des juridictions administratives », exposé fait à l'occasion du 25<sup>e</sup> anniversaire de l'Institut belge des Sciences administratives, lors de la journée commémorative du 20 octobre 1956, in *Institut belge des Sciences administratives, Journée commémorative du 20 octobre 1956*, p. 11.

(2) Cf. jugement civ. Bruxelles, 22 novembre 1956, dont question au renvoi précédent.

Ministerraad in de door de Koning te bepalen mate, te ontlasten van de zaken van ondergeschikt belang.

Maar bedoeld artikel behelst een belangrijk novum op juridisch gebied : de tekst verleent aan de laagste inschrijver van een aanbesteding een werkelijk recht op de aanbesteding, vanzelfsprekend voor zoveel deze wordt toegewezen. Wat meer is, aan het miskennen van dit recht zijn sancties verbonden.

Zoals de Raad van State in het reeds vernoemde advies van 17 oktober 1960 heeft aangetekend, zou het opnemen in de wet zelf, en niet langer in een koninklijk besluit zonder meer, van een bepaling luidens welke de administratie ertoe « gehouden » is die inschrijver te kiezen, behoudens de uitdrukkelijk aangegeven afwijkingen, reeds van aard zijn om soortgelijk recht in het leven te roepen. Het feit dat deze bepaling bovendien de mogelijkheid van een sanctie ad hoc opent, stelt de toestand volkomen zuiver.

Dit is een standpunt dat de rechtbanken, noch de Raad van State ingevolge het feit dat de vigerende teksten dienaangaande geen enkele aanduiding verstrekken, tot nog toe konden aanvaarden.

Vandaar overigens een redelijkerwijze niet te rechtvaardigen juridische toestand die, zowel de rechtsgeleerden als de technici steeds hebben betreurd (1) : wanneer een onregelmatig geweerd inschrijver bij de Raad van State beroep instelt en het geding wint — in deze zin dat de beslissing tot toewijzing vernietigd wordt — blijft deze vernietiging louter platonisch. De beslissing valt inderdaad gewoonlijk eerst één, soms zelfs twee jaar na aantekening van het beroep; alsdan is de betwiste overeenkomst reeds uitgevoerd. De betrokkene kan zich weliswaar tot de rechtbank wenden ter verkrijging van een gepaste schadeloosstelling, doch dit verhaal blijft zonder resultaat daar de rechters van mening zijn dat de eiser niet automatisch recht heeft op de toewijzing van de overeenkomst en dat de administratie bijgevolg niet door haar schuld, een burgerlijk recht heeft gekrenkt.

Er dient opgemerkt dat de rechtspraak zelf deze toestand heeft betreurd : zij stelde eenvoudig vast dat het wettelijk stelsel in dit opzicht een gebrek vertoont maar dat het haar niet toekomt dit te verhelpen (2).

Vormde dat geen stille wenk voor de wetgever om deze leemte aan te vullen ?

Ook de Raad van State, waarvan de arresten terzake zonder uitwerking blijven, wenst vanzelfsprekend dat dit zou gebeuren; hij herinnerde er nog aan

(1) M.A. Flamme, nota onder uitspraak Burgerlijke Rechtbank Brussel, 22 november 1956, *Journal des Tribunaux*, 12 mei 1957, blz. 317, F. Remion : « Le Conseil d'Etat et les marchés de l'Administration », in *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1960, n° 3, blz. 427.

J. Suetens, Eerste-Voorzitter van de Raad van State : « Les lacunes dans la compétence et l'organisation des juridictions administratives », rede uitgesproken bij de viering van de 25<sup>e</sup> verjaardag van het « Institut Belge des Sciences administratives » op 20 oktober 1956, in *Institut belge des Sciences administratives, Journée commémorative du 20 octobre 1956*, blz. 11.

(2) Zie uitspraak Burgerlijke Rechtbank Brussel, 22 november 1956, waarvan sprake in voorgaande verwijzing.

susvisé du 17 octobre 1960, en faisant remarquer que le projet qu'on lui soumettait alors, ne contenait « aucune disposition relative au contentieux des marchés publics, alors que l'efficacité du nouveau régime prévu est nécessairement liée à l'organisation d'un contentieux adéquat ». Disons d'ailleurs qu'il se bornait à suggérer, à cette fin, une « abréviation des délais de recours et de procédure » et « l'organisation d'un sursis à la décision définitive octroyant le marché ». Malheureusement, cette solution, intéressante sur le plan théorique, est absolument impraticable : elle paralyserait l'action administrative et aggraverait encore les retards que lui reproche si souvent l'opinion publique.

Il nous est plutôt apparu qu'en réalité, l'observation faite par le Conseil d'Etat à propos de l'article en cause, portait en elle-même la solution recherchée : du moment que le texte nouveau accorderait un véritable droit civil — et un droit dûment sanctionné — au soumissionnaire le plus bas, on doit considérer qu'il n'y a plus de problème et que, dès lors, les tribunaux ne pourraient plus se refuser à juger.

C'est pourquoi le Gouvernement a alors décidé de proposer un texte plus catégorique, qui donnerait aux tribunaux la possibilité d'octroyer, s'il échet, des dommages-intérêts au soumissionnaire injustement évincé.

Saisi de cette intention, dont, en quelque sorte, le principe rentrait dans ses vues, le Conseil d'Etat, dans un second avis, émis le 19 mars 1962, a confirmé son accord sur le sujet, mais, a exprimé l'opinion que point n'était besoin, ni d'ailleurs opportun, à cet effet, de « démembrer le contentieux de la régularité de l'acte administratif en attribuant le jugement à deux ordres de juridictions distincts », l'un au Conseil d'Etat, pour prononcer des annulations, l'autre, aux tribunaux, pour allouer éventuellement des indemnités » et, d'autant que « c'est le juge de la régularité des opérations préalables au contrat qui, ayant connaissance de tous les éléments du dossier administratif, est le mieux placé pour déterminer les indemnités éventuelles au cas où les règles prescrites n'auraient pas été observées ».

En d'autres termes, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il y a plutôt lieu de lui reconnaître, en cette matière, une compétence de pleine juridiction.

Le Gouvernement n'a pu se rallier à cette conclusion, du moins pour le moment. Il estime, en effet, que ce n'est pas à l'occasion de l'élaboration d'une législation particulière qu'il y a lieu de modifier des lois générales de compétence et que le problème soulevé pourra être éventuellement réétudié lors d'une révision de la loi du 23 décembre 1946, portant création d'un Conseil d'Etat.

in het reeds vernoemde advies van 17 oktober 1960, waar hij aanstipte dat het toen voorgelegde ontwerp « geen enkele bepaling bevatte betreffende de geschillenberechting inzake openbare overeenkomsten, ofschoon de organisatie van een behoorlijke berechting de vooronderstelling van een doeltreffende toepassing van de nieuwe voorzieningen is ». Vermelden wij overigens dat hij er zich toe bepaalde te dien einde te suggereren « verkorting van de termijnen voor beroep en procedure » en « opschorting van de eindbeslissing tot toewijzing van de overeenkomst ». Deze oplossing, hoewel theoretisch interessant, is in de praktijk evenwel onmogelijk toe te passen : zij zou de werking van de administratie lamleggen en de vertragingen, waarvan de openbare mening haar zo dikwijls een verwijt maakt, nog verergeren.

Het wilde ons eerder voorkomen dat in feite de door de Raad van State in verband met bewust artikel gemaakte opmerking de oplossing in zich droeg : eens dat de nieuwe tekst een werkelijk burgerlijk — bovendien behoorlijk gesanctioneerd — recht aan de laagste inschrijver verleent, is het duidelijk dat er geen probleem meer bestaat en dat de rechtbanken bijgevolg vonnis kunnen spreken.

Daarom heeft de Regering toen besloten een meer categorieke tekst voor te stellen, waardoor de rechtbanken in de mogelijkheid zouden zijn om, wanneer gewettigd, schadeloosstelling te verlenen aan de ten onrechte geweerde inschrijver.

In kennis gesteld van deze bedoeling, waarvan het beginsel praktisch met zijn inzichten strookte, heeft de Raad van State, in een tweede, op 19 maart 1962 uitgebracht advies, zijn instemming terzake bevestigd, doch de mening vooropgezet dat het daartoe geenszins noodzakelijk en overigens niet wenselijk is « de geschillenberechting inzake de regelmatigheid van de administratieve handeling te ontworpen door ze aan twee soorten rechters op te dragen », eensdeels aan de Raad van State om de vernietiging uit te spreken, anderdeels aan de rechtbanken om eventueel schadeloosstelling toe te kennen, des te meer daar « de rechter over de regelmatigheid van de aan het contract voorafgaande verrichtingen, die alle gegevens van het administratief dossier kent, het best geplaatst is om de eventuele vergoedingen te bepalen ingeval de voorgeschreven regels niet in acht mochten zijn genomen ».

Met andere woorden, de Raad van State is van oordeel dat hem terzake veeleer volle rechtsmacht zou dienen verleend te worden.

De Regering heeft zich voornamelijk niet bij deze conclusie kunnen aansluiten. Het komt haar inderdaad voor dat het uitwerken van een bijzondere wetgeving niet de gepaste gelegenheid vormt voor het wijzigen van algemene wetten inzake bevoegdheid en dat het opgeworpen probleem eventueel opnieuw ter studie kan worden genomen naar aanleiding van een herziening van de wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State.

Pour le reste, il doit être précisé que l'attribution éventuelle de dommages-intérêts ne peut être envisagée — contrairement à ce que semblait croire le Conseil d'Etat — au profit de candidats contractants qui ne posséderaient qu'une simple virtualité à l'attribution du marché : en fait, cette réparation pécuniaire ne sera possible qu'en faveur du soumissionnaire qui, n'étant la décision incriminée, aurait certainement dû obtenir le marché.

Bien entendu, la portée réelle du droit reconnu au soumissionnaire le plus bas, irrégulièrement évincé, doit être bien circonscrite, en ce sens que ce droit doit laisser intactes deux prérogatives de l'administration : celle de ne pas adjuger le marché (art. 11) et celle de postuler une intervention supérieure pour obtenir de pouvoir attribuer le marché à un autre soumissionnaire que le plus bas (art. 8, par. 2). Au demeurant, ce droit sera tenu comme n'ayant pas existé si l'une ou l'autre de ces prérogatives est mise régulièrement en œuvre.

Quant à la mesure des dommages-intérêts pouvant éventuellement être alloués, c'est aux tribunaux judiciaires qu'il appartiendra de la fixer, sur pied de l'article 1382 du code civil.

Il ne peut échapper que le revirement de jurisprudence à découler de l'innovation ainsi précisée doit nécessiter de la part des administrations maîtresses d'ouvrages et des ordonnateurs délégués — dont la responsabilité pécuniaire pourrait être engagée — une grande circonspection dans l'attribution des marchés. Mais, c'est là une chose tout à fait logique et nullement outrancière, car les erreurs en ce domaine sont toujours très dommageables aux intéressés et les abus toujours criants.

Il ne faut d'ailleurs pas s'inquiéter, car il n'y a pas eu souvent de maldonnées du genre : en 10 ans, le Conseil d'Etat n'a eu à rendre que 48 arrêts en la matière, dont 11 seulement ont été des arrêts d'annulation.

De toute façon, il en résultera un assainissement considérable du climat en la matière.

Articles 9 et 10.

Les articles 9 et 10 traitent de l'appel d'offres.

Cette procédure suit, selon que l'appel est « général » ou « restreint », les règles de l'adjudication publique ou de l'adjudication restreinte. Elle se distingue de celles-ci :

— d'une part, quant au formalisme de la séance d'ouverture des soumissions : encore que les arrêts d'exécution aient à procurer toutes les garanties d'objectivité voulues sur le sujet, cette séance n'est pas

Voor het overige dient beklemtoond dat — in tegenstelling tot hetgeen de Raad van State scheen te menen — het eventueel toekennen van schadeloosstelling niet kan overwogen worden ten voordele van kandidaat-contractanten, die enkel een virtueel recht op de toewijzing van de overeenkomst zouden hebben : in feite kan geldelijk herstel maar verleend worden aan de inschrijver die, zonder de aangevochten beslissing, onbetwistbaar de gegadigde van de overeenkomst had moeten zijn.

Vanzelfsprekend moet de werkelijke draagwijdte van het recht dat aan de onregelmatig geweerde laagste inschrijver toekomt, duidelijk omschreven worden, in deze zin dat dit recht geen afbreuk mag doen aan twee prerogatieven van de administratie : dit om de overeenkomst niet toe te wijzen (zie art. 11) en dit om een ingrijpen van hogehand aan te vragen ten einde de overeenkomst te mogen toewijzen aan een andere dan de laagste inschrijver (zie art. 8, par. 2). Dit recht zal overigens niet bestaande worden geacht, indien een van beide prerogatieven op regelmatige wijze werd uitgeoefend.

De vaststelling op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, van het bedrag der eventueel toe te kennen schadeloosstelling, komt toe aan de burgerlijke rechter.

Het is duidelijk dat de ommekeer in de rechtspraak die uit het hierboven afgeleide novum zal voortspuiten, vanwege de als bouwheer optredende administraties en vanwege de afgevaardigde ordonnateurs, wier geldelijke verantwoordelijkheid in het geding zou kunnen komen, een grote omzichtigheid zal vergen bij de toewijzing van de overeenkomsten. Dit is evenwel volkomen logisch en geenszins overdreven, want de dwalingen op dit gebied zijn steeds zeer nadelig voor de betrokkenen, terwijl de misbruiken steeds tergend zijn.

Dit behoeft overigens niet te verontrusten, vermits er niet dikwijls fouten voorkwamen : in tien jaar tijds heeft de Raad van State slechts 48 arresten terzake moeten wijzen, waarvan maar 14 ter vernietiging.

In elk geval zal hierdoor het klimaat in deze sector merkbaar gesaneerd worden.

Artikelen 9 en 10.

De artikelen 9 en 10 handelen over de prijsaanvraag.

Naargelang de prijsaanvraag « algemeen » dan wel « beperkt » is, gelden bij deze procedure de regels van de openbare dan wel van de beperkte aanbesteding. Zij verschilt van beide laatste :

— enerzijds inzake het formele aspect van de zitting, waarop de inschrijvingsbiljetten worden geopend : hoewel de uitvoeringsbesluiten te dien aanzien alle vereiste waarborgen van objectiviteit nog zullen

publique et les candidats n'y sont notamment pas admis (c'est d'ailleurs pourquoi l'appel d'offres non limitatif est qualifié de « général » plutôt que de « public »);

— d'autre part, quant au mode de choix du soumissionnaire : l'administration choisit librement, ceci ne voulant pas dire arbitrairement, mais signifiant que, par opposition au principe de l'automatisme de l'adjudication, l'administration n'est pas liée par le critère du prix.

On recourra, par exemple, à cette procédure :

— d'abord, en ce qui concerne des marchés de fournitures : lorsque le marché porte sur des objets dont l'existence, dans le commerce, sous forme de types divers susceptibles de répondre aux besoins, rend inutile la description détaillée de spécifications ou lorsqu'il s'agit de fournitures à l'égard desquelles la comparaison des offres sur la base exclusive des éléments chiffrés apparaîtrait inefficace ou impossible :

— ensuite, en ce qui concerne des marchés de travaux ou de fournitures : lorsque le marché justifie la mise en concours entre les hommes de l'art ou entre les entreprises spécialisées, de travaux ou de fournitures — ou du projet de pareilles prestations — pour lesquels des motifs d'ordre technique ou esthétique requièrent des recherches particulières.

Cette forme particulière de l'appel d'offres — « le concours » — laisse une large initiative au privé dans le choix des solutions et peut comporter un règlement spécial, instituant un jury et l'octroi de primes aux auteurs de ce projet. Elle est déjà connue en pratique, mais il n'a pas paru nécessaire d'en faire un mode sui generis de passation des marchés car, telle qu'elle est conçue, c'est plutôt une variante de l'appel d'offres.

Quant au choix de l'offre « la plus avantageuse », l'attention mérite d'être attirée sur l'un des critères devant ou, plutôt, pouvant, aux termes de l'article 10, servir dans certains cas à le fixer : les « suggestions » que des soumissionnaires auraient faites dans leur offre. Il ne s'agit pas ici, à proprement parler, du cas des « variantes »; celles-ci pourront généralement être présentées en fonction du pénultième critère indiqué audit article, à savoir les « autres considérations (que le prix, le coût d'utilisation, etc.) qui auraient été prévues dans le cahier spécial des charges ». Les « suggestions » visées sont plutôt celles que feraient les soumissionnaires pour révéler, par exemple, un type nouveau d'appareil qui serait susceptible de répondre davantage à l'objectif qu'en lançant son appel d'offres, paraît poursuivre l'administration : celle-ci n'est pas toujours au courant des dernières nouveautés en tous domaines et, il est naturel qu'elle ne doive pas, pour autant, se priver du fruit des progrès techniques ou scientifiques. Au demeurant, l'un des plus grands intérêts de la procédure de l'appel d'offres sera précisément de ne pas lui laisser subir ce handicap.

Il est à remarquer que, de toute façon, cette procédure, si souple qu'elle paraisse, comporte une différence essentielle avec le marché de gré à gré dont il

doivent verwezenlijken, is die zitting niet openbaar, zodat de kandidaten er niet worden toegelaten (om die reden wordt overigens de niet beperkte prijsaanvraag « algemeen » genoemd, eerder dan « openbaar »);

— anderzijds in de wijze waarop de gegadigde gekozen wordt : de administratie heeft de vrije keuze, hetgeen evenwel niet wil zeggen dat deze willekeurig mag zijn; het betekent dat, in tegenstelling met het principe van het automatisme der toewijzing, de administratie niet door de norm van de prijs gebonden is.

Men zal bijvoorbeeld deze procedure bezigen :

— bij overeenkomsten van leveringen :

wanneer de bestelling betrekking heeft op producten waarvan er in de handel diverse in aanmerking komende typen voorhanden zijn, zodat de omstandige beschrijving overbodig is, of wanneer het gaat om leveringen waarbij de vergelijking van de offertes, uitsluitend op grond van becijferde elementen, zinloos of onmogelijk zou blijken;

— bij overeenkomsten van werken of leveringen :

wanneer het aangewezen is een wedstrijd tussen deskundigen of tussen gespecialiseerde ondernemingen uit te schrijven, omdat de werken of de leveringen — of de ontwerpen ervan — om technische of esthetische redenen bijzonder navorsingswerk vergen.

Deze bijzondere vorm van prijsaanvraag — « de wedstrijd » — laat een ruim initiatief aan de particuliere sector in de keuze van de oplossingen; hij kan een bijzonder reglement behelzen, met inrichting van een jury en toekenning van premies aan de auteurs van het ontwerp. Die vorm is reeds bekend in de praktijk, maar het bleek niet nodig hem als een procedure « sui generis » voor het sluiten van overeenkomsten op te nemen : als dusdanig is hij veeleer een variante van de prijsaanvraag.

Met betrekking tot de keuze van de « voordeligste » offerte weze de aandacht gevestigd op een der criteria die luidens art. 10, in sommige gevallen die keuze moeten, of liever kunnen bepalen : de « suggesties » die inschrijvers in hun offerte zouden opgenomen hebben. In feite gaat het hierbij niet om het geval van de « varianten »; deze zullen over het algemeen kunnen voorgelegd worden op grond van het voorlaatste criterium van bedoeld artikel, de « andere overwegingen (dan de prijs, aanwendingskosten, enz.) die in de bijzondere aanbestedingsvoorwaarden voorzien zouden zijn ». Bedoelde « suggesties » zijn veeleer deze, waarbij de inschrijvers de administratie bijvoorbeeld in kennis stellen van het bestaan van een nieuw type van toestel, dat beter aan het met de prijsaanvraag nagestreefde doel zou kunnen beantwoorden. De administratie is niet steeds op de hoogte van de laatste nieuwigheden op elk gebied, doch het is vanzelfsprekend dat zij zich daarom nog niet de vruchten van de technische of de wetenschappelijke vooruitgang zou moeten ontfangen. Een van de voornaamste voordelen van de prijsaanvraag bestaat er overigens in de administratie voor deze handicap te behoeden.

Er dient opgemerkt dat deze procedure, hoe soepel zij ook moge schijnen, t.a.v. de onderhandse overeenkomst, waarover verder sprake, alleszins een essen-



sera question plus loin, en ce sens que la discussion, la négociation des prix y est prohibée.

#### Article 11.

L'article 11 formule le principe, déjà évoqué tantôt à propos de l'article 8, que le Ministre a toujours le droit de ne pas attribuer le marché. Cette disposition qui ne fait que reprendre l'article 34 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955, en l'étendant à l'adjudication restreinte et à l'appel d'offres et en précisant sa portée, est liée à l'article 8 et marque que celui-ci ne confère pas un droit au soumissionnaire le plus bas à voir adju-ger le marché.

Il y a lieu de déduire aussi du même article qu'un marché n'est définitivement conclu que par l'approbation de l'autorité compétente; mais encore faut-il, préciserons-nous, que cette approbation soit notifiée au contractant pour qu'elle produise ses effets juridiques.

#### Article 12.

L'article 12 traite des marchés de gré à gré.

Cette procédure se caractérise, pour l'administration, par une liberté entière de discussion et d'attribution du marché, étant entendu qu'elle peut néanmoins rester tenue d'organiser, dans toute la mesure du possible et par tous les moyens appropriés, la mise en concurrence des entrepreneurs et fournisseurs, susceptibles de réaliser la prestation qui doit faire l'objet dudit marché.

Les cas où elle pourra être employée sont d'une manière générale, ceux qui sont déjà prévus par l'article 22 de la loi du 15 mai 1846 (certaines modifications y ont cependant été apportées et des cas nouveaux ont été introduits) :

1° Les marchés de peu d'importance ne dépassant pas un certain montant à fixer par le Roi.

2° Ce texte reprend, avec de simples modifications de forme, celui de l'article 22, 8°, en supprimant la restriction relative aux adjudications avec fixation d'un prix maximum, cette modalité n'étant pratiquée que rarement et pour des raisons de limitation budgétaire surtout. La notion de prix inacceptable n'a pas été définie par la loi de 1846; il est cependant logique que cette exception ne soit utilisée que si l'appel à la concurrence a été effectué dans des conditions normales; s'il est resté infructueux par suite, par exemple, d'une publicité insuffisante, il doit être procédé à un nouvel appel à la concurrence.

3° Sont visés ici les travaux, fournitures ou services faisant l'objet d'un monopole de droit ou de fait (1).

4° Ce cas est repris textuellement de la législation française sur le sujet (2).

(1) Comp. article 22, 3° et 4° de la loi de 1846.

(2) Décret du 13 mars 1956, article 35, 2°.

tiel verschil vertoont in die zin dat bespreking en onderhandeling nopens de prijzen verboden zijn.

#### Artikel 11.

Artikel 11 bevat het reeds in verband met artikel 8 aangehaalde beginsel dat de Minister steeds het recht heeft de overeenkomst niet toe te wijzen. Deze bepaling, die enkel art. 34 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 overneemt, doch de toepassing ervan uitbreidt tot de beperkte aanbesteding en tot de prijsaanvraag en de draagwijdte ervan nader omschrijft, houdt nauw verband met artikel 8; het bepaalt dat dit laatste aan de laagste inschrijver niet het recht verleent om de overeenkomst toegewezen te zien.

Uit hetzelfde artikel dient eveneens afgeleid dat een overeenkomst maar definitief tot stand komt mits goedkeuring door de bevoegde overheid; bovendien is vereist dat deze goedkeuring aan de contractant wordt betekend opdat zij in rechte uitwerking zou hebben.

#### Artikel 12.

Artikel 12 handelt over de onderhandse overeenkomsten.

Deze procedure wordt gekenmerkt door een in hoofde van de administratie onbeperkte vrijheid van onderhandelen en van toewijzen der overeenkomst, met dien verstande dat de administratie er niettemin toe kan gehouden blijven, voor zover enigszins mogelijk en met alle gepaste middelen, de ondernemers en leveranciers, die bij machte zijn om de door de overeenkomst beoogde prestatie uit te voeren, in mededinging te stellen.

De gevallen waarin zij zal kunnen worden angewend, zijn over het algemeen reeds opgenomen in artikel 22 van de wet van 15 mei 1846 (hieraan werden evenwel sommige wijzigingen gebracht en nieuwe gevallen toegevoegd) :

1° De overeenkomsten van geringe omvang die een door de Koning vast te stellen som niet overschrijden.

2° Deze tekst neemt, behoudens lichte vormwijzigingen, deze van artikel 22, 8° over, doch schaft de beperking in verband met de aanbestedingen met vaststelling van een maximumprijs af, daar deze modaliteit slechts zelden en vooral om redenen van budgettaire bezuiniging wordt gebezigd. Het begrip « onaanvaardbare prijs » werd door de wet van 1846 niet omschreven; logischerwijze mag deze uitzondering nochtans maar gelden wanneer het beroep op de mededinging onder normale omstandigheden heeft plaats gehad; indien dit beroep zonder gevolg is gebleven, bijvoorbeeld wegens onvoldoende publiciteit, dan dient andermaal een beroep op de mededinging ingericht.

3° Worden bedoeld de werken en leveringen van goederen of diensten, waarvoor er een wettelijk of feitelijk monopolie bestaat (1).

4° Dit geval is letterlijk overgenomen uit de desbetreffende Franse wetgeving (2). Om de draagwijdte

(1) Vergel. 3° en 4° van artikel 22 van de wet van 1846.

(2) Decreet van 13 maart 1956, artikel 35, 2°.

Pour expliquer la portée, il suffit de reproduire ici le *commentaire* qu'a fait du décret en question une instruction du 21 mars 1957 :

« Le cas ... vise les prestations dont l'exécution ne peut être confiée qu'à un entrepreneur ou fournisseur déterminé en raison soit de nécessités techniques, soit d'investissements importants préalables.

» Des « nécessités techniques » peuvent, en effet, imposer à l'administration de traiter avec une seule entreprise. Il en est ainsi, notamment, pour la fourniture de pièces de rechange d'un matériel de marque ou pour les acquisitions ou constructions faites en vue de parfaire, d'une manière homogène, un équipement déjà réalisé partiellement par un entrepreneur ou fournisseur déterminé.

» La notion « d'investissements importants préalables » doit être explicitée comme suit :

» Le terme « préalable » figurant dans cette expression ne doit pas conduire à écarter systématiquement les entreprises ne disposant pas des investissements indispensables au moment où l'on traite.

» Les négociations peuvent être menées soit avec une entreprise ayant déjà procédé, avec le concours ou non de l'Etat, aux investissements nécessaires — cas le plus général — soit avec une entreprise qui s'engage à réaliser de tels investissements. Il importe, en effet, de ne pas décourager la naissance ou le développement des entreprises sous peine de « cristalliser » certains secteurs de la production.

» Le recours à cette procédure ne se justifie que dans la mesure où il est notoire qu'une seule entreprise est apte à réaliser la prestation demandée. Lorsqu'il existe, réellement ou virtuellement, une certaine concurrence, il est plus expédient d'utiliser l'appel d'offres à un premier stade, et, si les résultats obtenus ne sont pas satisfaisants, de traiter de gré à gré avec l'entreprise dont l'offre a été jugée la plus intéressante. »

5° C'est le cas visé sub. 5° de la loi de 1846, sous cette réserve que le mot « ouvriers » est remplacé par le mot « techniciens » qui est plus restrictif.

6° Ce cas reproduit l'article 22, 5°, de la même loi toujours, mais élargit la notion traditionnelle de l'« essai » : ce genre de prestations ne peut être confié qu'à des personnes ou à des firmes éprouvées dont le choix s'impose par leur compétence ou leur expérience.

7° L'hypothèse d'urgence à invoquer ici doit évidemment être plus impérieuse que celle évoquée sous le *commentaire* de l'article 7 ou qui pourrait l'être en matière d'appel d'offres. Seuls, pourront être passés de gré à gré pour cause « d'urgence » les marchés pour la passation et l'exécution desquels l'administration ne dispose que de délais incompatibles même avec la procédure de l'adjudication restreinte. Ce sera parfois le cas pour les travaux, fournitures ou services que

ervan toe te lichten volstaat het « ne varietur » het *commentaar* uit een onderrichting van 21 maart 1957 nopens bedoeld decreet over te nemen (Vertaling) :

« Het geval ... doelt op de prestaties, waarvan de uitvoering hetzij om reden van technische noodwendigheden, hetzij omdat zij aanzienlijke investeringen vóóronderstelt, maar kan toevertrouwd worden aan één bepaald ondernemer of leverancier.

» Technische noodwendigheden » kunnen de administratie er inderdaad toe nopen slechts met één onderneming te onderhandelen. Dit geldt o.m. voor de levering van wisselstukken van merkmaterieel of voor de aankopen of constructies, die ertoe strekken een door een bepaald ondernemer of leverancier reeds gedeeltelijk tot stand gebrachte outillering op homogene wijze te voltooien.

» Het begrip « vóóronderstelde aanzienlijke investeringen » dient als volgt toegelicht :

» De term « vóórondersteld », die in deze uitdrukking voorkomt, moet niet uitlopen op systematische uitschakeling van de ondernemingen die niet over de onontbeerlijke investeringen beschikken op het ogenblik dat men onderhandelt.

» De onderhandelingen kunnen gevoerd worden, hetzij met een onderneming die reeds, al dan niet met de hulp van de Staat, de vereiste investeringen heeft verricht — het meest voorkomende geval —, hetzij met een onderneming die zich ertoe verbindt die investeringen uit te voeren. Het gaat er inderdaad om het ontstaan of de ontwikkeling van de ondernemingen niet te ontmoedigen, op gevaar af sommige produktiesectoren te « bevriezen ».

» De aanbeveling van deze procedure is maar gewettigd voor zoveel het vaststaat dat slechts één onderneming bij machte is de gevraagde prestatie te leveren. Wanneer er werkelijk of virtueel enige mededinging bestaat, verdient het voor een spoedige afwikkeling aanbeveling in een eerste stadium een prijsaanvraag uit te schrijven en, indien de bekomen uitslagen geen voldoening geven, onderhands te onderhandelen met de onderneming die het interessantste aanbod heeft gedaan ».

5° Het betreft het geval bedoeld onder 5° van de wet van 1846, met dit verschil dat de term « werklieden » vervangen wordt door de meer restrictieve term « technici ».

6° Dit geval neemt, steeds van dezelfde wet, art. 22, 5° over, maar verruimt het traditionele begrip van de « proef » : deze soort prestaties mag enkel opgedragen worden aan beproefde personen of firma's, die om hun onderlegdheid of hun ervaring moeten gekozen worden.

7° De hypothese van dringende noodzaak die hierbij in te roepen is, moet vanzelfsprekend dwingender zijn dan deze waarvan sprake in het *commentaar* bij art. 7 of dan degene welke bij de prijsaanvraag zou kunnen gelden. Alleen dan mag op grond van « dringende noodzaak » onderhands worden gehandeld, wanneer de administratie, voor het sluiten en het uitvoeren van de overeenkomst, maar beschikt over termijnen die zelfs voor de procedure van de beperkte

l'administration doit faire exécuter au lieu et place des entrepreneurs défaillants et à leurs frais et risques.

8° Quant au caractère secret des entreprises, il y a donc aussi une sorte de gradation à établir (1).

9° Les hypothèses où le jeu de la concurrence est faussé par des ententes. Il se distingue du 2° en ceci que le gré à gré peut être utilisé sans l'emploi préalable de la procédure d'adjudication publique.

10° Ce cas concerne les marchés passés avec des firmes établies à l'étranger pour lesquels il n'est pas toujours possible ou opportun d'appliquer les règles en vigueur en Belgique. Les lois budgétaires ont dû parfois autoriser pareilles exceptions qu'il y a lieu de prévoir organiquement.

11° Simple adaptation du 7° de l'article 22 de la loi de 1846.

12° Ce texte est repris de l'article 4, 2°, du décret du 25 février 1959, sur les marchés publics de travaux, de fournitures et de transports au Congo et au Ruanda-Urundi: il s'agit des travaux supplémentaires, c'est-à-dire des travaux qui n'étaient pas prévus mais dont l'exécution devient nécessaire. Il tend à remédier, dans une certaine mesure, à l'abus qui consiste à confier d'importants travaux dits « supplémentaires » à un adjudicataire, alors que ce complément de travaux aurait pu être soumis à la concurrence.

Reste le chapitre III, comportant les dispositions dites « finales ».

Articles 13 et 14.

Les articles 13 et 14 n'ont qu'un but purement formel.

Article 15.

L'article 15 tend surtout — et c'est l'objet de son 2° — à l'abrogation des dispositions des articles 20 à 22 de la loi du 15 mai 1846, que le présent projet est appelé à remplacer. L'article 19 de la même loi, relatif à la règle de l'annualité des marchés, devra, lui aussi, être abrogé de même que toute une série de lois qui ont dérogé à ce principe, mais ces abrogations sont proposées par un amendement de l'article 77, par. 2, du projet de loi tendant à modifier et compléter les lois sur la comptabilité de l'Etat (2).

Les autres dispositions du même article 15 visent, compte tenu du fait que le présent projet de loi a pour dessein de rénover complètement la matière des mar-

aanbesteding te kort uitvallen. Dit zal soms het geval zijn voor werken, leveringen of diensten die de administratie in de plaats van in gebreke gebleven aannemers, op hun kosten en op hun risico, moet doen uitvoeren.

8° Met betrekking tot het geheim karakter van de aannemingen dient derhalve eveneens een of andere rangorde vastgesteld (1).

9° De gevallen waarin het spel van de concurrentie vervalst wordt door het bestaan van afspraken. Het verschilt hierin van 2° dat een onderhandse overeenkomst mag gesloten worden zonder dat voorafgaandelijk de procedure van de openbare aanbesteding werd gebezigd.

10° Dit geval heeft betrekking op de overeenkomsten, welke met in het buitenland gevestigde firma's gesloten worden en waarbij het niet steeds mogelijk of gepast is de in België vigerende regels toe te passen. De begrotingswetten hebben soms soortgelijke uitzonderingen moeten dekken, zodat het nodig blijkt deze in de organieke bepalingen op te nemen.

11° Eenvoudige aanpassing van 7° van art. 22 van de wet van 1846.

12° Deze tekst is ontleend aan art. 4, 2° van het decreet van 25 februari 1959 betreffende de openbare overeenkomsten van werken, leveringen en transporten in Kongo en in Ruanda-Urundi; het gaat om bijkomende werken, d.w.z. werken die niet voorzien waren, maar achteraf noodzakelijk blijken. Deze bepaling wil enigszins ingaan tegen het misbruik, waarbij omvangrijke zogenaamd « bijkomende » werken aan een aannemer worden toevertrouwd, terwijl zij in mededinging konden gesteld worden.

Blijft hoofdstuk III, dat de z.g. « Slotbepalingen » bevat.

Artikelen 13 en 14.

Artikelen 13 en 14 behelzen louter aanpassingen naar de vorm.

Artikel 15.

Artikel 15 beoogt vooral — en dat is het doel van 2° — de opheffing van de bepalingen der artikelen 20 tot 22 van de wet van 15 mei 1846, die door onderhavig ontwerp zullen vervangen worden. Artikel 19 van dezelfde wet, betreffende de annualiteit van de overeenkomsten zal insgelijks moeten ingetrokken worden, evenals een reeks wetten, die afwijkingen van dit beginsel hebben ingevoerd; deze opheffingen worden voorgesteld in een amendement op art. 77, par. 2 van het wetsontwerp tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit (2).

De andere bepalingen van artikel 15 hebben tot doel om, gelet op het feit dat onderhavig wetsontwerp ertoe strekt het geheel van de overeenkomsten voor reke-

(1) Cf. commentaire de l'article 7.

(2) Documents parlementaires, Session 1958-1959. Sénat, n° 160.

(1) Zie commentaar bij artikel 7.

(2) Parlementaire bescheiden, Zitting 1958-1959. Senaat n° 160.

chés de l'Etat, à supprimer aussi d'autres textes législatifs particuliers qui ne revêtiront plus aucun intérêt pratique. Quant à la partie du texte de l'article 26 du titre I du décret du 8-10 juillet 1791, dont question au 1<sup>o</sup>, il est signalé, pour autant que de besoin, que les mots « nulle personne » ne s'appliquent pas aux services du Ministère de la Défense nationale, lesquels ont évidemment le droit de faire planter, émonder, abattre, etc.

#### Article 16.

L'article 16 permet au Roi de ne mettre les dispositions de la loi en application qu'au fur et à mesure des possibilités administratives et, notamment, en tenant compte de la revision, qui doit être nécessairement concomitante, de l'arrêté royal du 5 octobre 1955, organique des marchés au nom de l'Etat.

Dans cet article, comme aux articles 4, alinéa 3, et 12, par. 2, 1<sup>o</sup>, la délibération des arrêtés royaux en Conseil des Ministres est prévue pour des raisons d'ordre pratique : il faut, d'une part, faire en sorte que la date choisie rencontre les possibilités matérielles de tous les départements ministériels et, d'autre part, éviter des divergences dans l'exécution de la loi d'un département à l'autre.

\*\*

Telles sont, Mesdames, Messieurs, les considérations qui ont présidé à la refonte du régime de passation des marchés de l'Etat. Elles sont directement inspirées par le souci d'adapter une législation plus que centenaire aux données actuelles, afin d'assurer la satisfaction des besoins des services de l'Etat dans les meilleures conditions économiques et techniques.

Etudiées au cours de plusieurs années par différents groupes de travail composés de juristes et de techniciens spécialisés, tant du secteur privé que du secteur public, ces considérations et les dispositions qui tendent à les concrétiser ont été revues et dûment mises au point par le comité de la Commission permanente des Marchés publics.

Pour ce qui concerne l'uniformisation relative du régime des marchés publics (Etat, administrations subordonnées et organismes d'intérêt public) que souhaite le Conseil d'Etat à la fin de son avis du 19 mars 1962, elle sera certes étudiée dès l'approbation du présent projet de loi.

*Le Premier Ministre,*

ning van de Staat volkomen te vernieuwen, ook andere bijzondere wetteksten op te heffen, omdat zij geen enkele praktische betekenis meer zullen hebben. Voor het onder 1<sup>o</sup> vermelde gedeelte van de tekst van art. 26 van titel I van het decreet van 8-10 juli 1791 weze, voor zoveel noodzakelijk, aangestipt dat de term « niemand » niet van toepassing is op de diensten van het Ministerie van Landsverdediging, die vanzelfsprekend het recht hebben om te doen planten, snoeien, rooien, enz.

#### Artikel 16.

Artikel 16 machtigt de Koning ertoe de bepalingen van de wet maar, in toepassing te brengen naar gelang van de administratieve mogelijkheden en mits rekening te houden met de hieraan noodzakelijkerwijze gekoppelde herziening van het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten voor rekening van de Staat.

In dit artikel, evenals in artikelen 4, 3<sup>o</sup> alinea, en 12, par. 2, 1<sup>o</sup>, wordt om praktische redenen bepaald dat de koninklijke besluiten in Ministerraad overlegd worden; er moet over gewaakt worden dat enerzijds de gekozen datum materieel binnen het bereik van al de ministeriële departementen ligt, en dat anderzijds een van het ene departement tot het andere uiteenlopende toepassing van de wet vermeden wordt.

\*\*

Totdaar, Dames en Heren, de overwegingen welke aan de hervorming van het stelsel der overeenkomsten voor rekening van de Staat ten grondslag hebben gelegen. Zij zijn rechtstreeks ingegeven door de bezorgdheid om een meer dan honderdjarige wetgeving met de hedendaagse vereisten in overeenstemming te brengen, teneinde te bereiken dat de behoeften van de staatsdiensten onder de gunstigste economische en technische voorwaarden bevredigd worden.

Deze overwegingen en de bepalingen waarin zij vaste vorm hebben gekregen, werden jarenlang bestudeerd door diverse werkgroepen, waarvan juristen en gespecialiseerde technici uit de particuliere en uit de openbare sector deel uitmaakten, om uiteindelijk door het comité van de Permanente Commissie voor de Openbare Aannemingen ter hand genomen en nader uitgewerkt te worden.

Anderzijds zal de verdere eenmaking van het stelsel der openbare overeenkomsten (Staat, ondergeschikte besturen en instellingen van openbaar nut), welke de Raad van State aan het einde van zijn advies van 19 maart 1962 als wenselijk voorkomt, zeker in studie genomen worden zodra onderhavig wetsontwerp zal goedgekeurd zijn.

*De Eerste Minister,*

TIL LEFEVRE.

**Projet de loi relative aux marchés passés au nom de l'Etat.**

**BAUDOUIN,**

ROI DES BELGES,

*A tous, présents et à venir, SALUT.*

Sur la proposition de Notre Premier Ministre,

**NOUS AVONS ARRÊTÉ ET ARRÊTONS :**

Notre Premier Ministre est chargé de présenter en Notre nom, aux Chambres législatives, le projet de loi dont la teneur suit :

**CHAPITRE I.**

**Dispositions générales.**

**ARTICLE PREMIER.**

Les marchés de travaux, de fournitures et de services, au nom de l'Etat, sont passés avec concurrence et à forfait, suivant les modes prévus à la présente loi; l'organisation de ces divers modes de passation des marchés est fixée par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

**ART. 2.**

Chaque Ministre est, dans les limites de ses attributions, compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat.

Il 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.

**ART. 3.**

§ 1. — Le caractère forfaitaire des marchés ne fait pas obstacle à la revision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social. Les modalités de la revision sont expressément prévues par le contrat.

§ 2. — Le marché peut être passé sans fixation forfaitaire des prix :

1° pour les travaux, fournitures ou services complexes ou d'une technique nouvelle, présentant des aléas techniques importants, qui obligent à commencer l'exécution des prestations alors que toutes les conditions de réalisation ne peuvent en être déterminées;

2° en cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles, quand il a trait à des travaux, fournitures ou services urgents dont la nature et les possibilités de réalisation sont difficiles à définir.

**Ontwerp van wet betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat.**

**BOUDEWIJN,**

KONING DER BELGEN,

*Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen,*  
ONZE GROET.

Op de voordracht van Onze Eerste Minister,

**HEBBEN WIJ BESLOTEN EN BESLUITEN WIJ :**

Onze Eerste Minister is gelast in Onze naam bij de Wetgevende Kamers het ontwerp van wet in te dienen, waarvan de tekst volgt :

**HOOFDSTUK I.**

**Algemene bepalingen.**

**ARTIKEL EÉN.**

De overeenkomsten voor aanneming van werken, leveringen en diensten voor rekening van de Staat worden gesloten met mededinging en tegen een vaste prijs, volgens de procedures bepaald in deze wet; de inrichting van deze onderscheiden procedures voor het sluiten van overeenkomsten wordt bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit vastgesteld.

**ART. 2.**

Iedere Minister kan, voor zover zijn bevoegdheid reikt, de beslissingen nemen inzake het sluiten en uitvoeren van overeenkomsten van de Staat.

Hij 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.

**ART. 3.**

§ 1. — Het forfaitair karakter van de overeenkomsten is geen beletsel voor de herziening der prijzen in verband met bepaalde factoren van economische of sociale aard. De modaliteiten van herziening worden uitdrukkelijk in de overeenkomst voorzien.

§ 2. — De overeenkomsten mogen worden gesloten zonder voorafgaande prijsbepaling :

1° voor de werken, leveringen of diensten die ingewikkeld zijn of die een nieuwe techniek inluiden en die zeer grote technische risico's medebrengen, en verplichtingen tot uitvoering van prestaties wanneer alle voorwaarden niet volledig kunnen worden bepaald;

2° in buitengewone en onvoorziene omstandigheden, wanneer zij betrekking hebben op spoedeisende werken, leveringen of diensten waarvan de aard en de uitvoeringsmogelijkheden moeilijk te bepalen zijn.

## ART. 4.

Aucun marché ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté; sont admis à ce titre, suivant ce qui est prévu au contrat, les approvisionnements constitués pour l'exécution du marché et dont réception a été faite par l'administration.

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.

## CHAPITRE II.

## Des modes de passation des marchés.

## ART. 5.

Les marchés sont passés soit par adjudication ou sur appel d'offres, au choix du Ministre, soit de gré à gré, dans les cas énumérés par l'article 12.

## SECTION PREMIERE.

## Des marchés par adjudication.

## ART. 6.

L'adjudication est dite publique lorsqu'elle comporte à la fois publication de l'appel à la concurrence dans le bulletin édité à cet effet à l'intervention de l'Etat et ouverture des soumissions en séance publique.

## ART. 7.

L'adjudication est dite restreinte lorsqu'elle comporte un appel à la concurrence, limité aux seuls entrepreneurs ou fournisseurs que le Ministre décide de consulter; ces entrepreneurs et fournisseurs sont seuls admis à remettre des soumissions et à assister à l'ouverture de celles-ci.

## ART. 8.

§ 1. — Lorsque le Ministre décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être confié, sous peine de dommages-intérêts, au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

Pour la détermination de l'offre la plus basse, il y a lieu de tenir compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours qui devront être faits par l'administration ainsi que des coefficients d'ordre technique éventuellement prévus par le cahier spécial des charges.

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

## ART. 4.

Betalingen mogen alleen worden gedaan voor verstrekte en aanvaarde diensten; als zodanig worden beschouwd de voorraden die aangelegd zijn volgens hetgeen in de overeenkomst voor deze uitvoering bedongen is en die door het bestuur zijn gekeurd.

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

## HOOFDSTUK II.

## Wijze waarop overeenkomsten worden gesloten.

## ART. 5.

De overeenkomsten worden gesloten hetzij bij aanbesteding of door prijsaanvraag naar keuze van de Minister, hetzij onderhands in de gevallen genoemd in artikel 12.

## EERSTE AFDELING.

## Overeenkomsten ingevolge aanbesteding.

## ART. 6.

De aanbesteding wordt openbaar genoemd wanneer zij terzelfdertijd de bekendmaking omvat van het beroep op mededinging in het door de Staat gepubliceerd bulletin, en de opening voorziet van de inschrijvingsbiljetten in openbare zitting.

## ART. 7.

De aanbesteding wordt beperkt genoemd indien zij een beroep op mededinging behelst, beperkt tot de aannemers of leveranciers die de Minister beslist te raadplegen; alléén die aannemers en leveranciers mogen inschrijvingen indienen en de opening van de inschrijvingen bijwonen.

## ART. 8.

§ 1. — Wanneer de Minister besluit de overeenkomst toe te wijzen, moet hij dit, op straffe van schadevergoeding, doen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Voor het bepalen van de laagste offerte moet rekening worden gehouden met de aangeboden prijzen en de andere berekenbare gegevens die op zekere wijze de uitgaven zullen vergroten, die het bestuur zal moeten doen, alsook met de eventueel in het bijzonder lastenkohier voorziene technische coëfficiënten.

§ 2. — Er kan slechts van § 1 worden afgeweken bij beslissing van de Ministerraad of, in dringende gevallen, van de Eerste-Minister. Deze beslissing kan nochtans door de betrokken Minister genomen worden indien het verschil tussen het bedrag van de regelmatige offerte die hij wil kiezen, en dat van de regelma-

est inférieur à la fois à un pourcentage du montant de cette dernière et à une somme en chiffres absolus, fixés par arrêté royal, délibéré en Conseil des Ministres.

## SECTION 2.

### Des marchés sur appel d'offres.

#### ART. 9.

L'appel d'offres est général ou restreint.

L'appel d'offres dit « général » comporte la publication d'un appel à la concurrence dans le bulletin édité à cet effet à l'intervention de l'Etat.

L'appel d'offres dit « restreint » comporte un appel à la concurrence limité aux seuls entrepreneurs ou fournisseurs que le Ministre décide de consulter.

#### ART. 10.

Le Ministre choisit librement l'offre qu'il juge la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, de la sécurité des approvisionnements, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats, du délai d'exécution, de toutes autres considérations qui auraient été prévues dans le cahier spécial des charges ou dans la demande d'offres ainsi que de toutes suggestions faites dans la soumission.

## SECTION 3.

### Dispositions communes aux sections 1 en 2.

#### ART. 11.

§ 1. — L'accomplissement d'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres n'implique pas, pour le Ministre, l'obligation d'attribuer le marché; le Ministre peut soit renoncer à passer le marché, soit ordonner de refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.

§ 2. — Lorsque le marché a trait à plusieurs lots, le Ministre a le droit de n'en attribuer que certains, et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin suivant un autre mode.

## SECTION 4.

### Des marchés de gré à gré.

#### ART. 12.

§ 1. — Le marché est dit « de gré à gré » lorsque le Ministre, éventuellement après consultation d'un ou plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs, engage librement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue librement le marché à l'entrepreneur ou fournisseur qu'il a retenu.

tige laagste offerte lager is dan een percentage van het bedrag van deze laatste en tevens lager dan een som in absolute cijfers, bepaald bij in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit.

## AFDELING 2.

### Overeenkomsten tegen prijsaanvraag.

#### ART. 9.

De prijsaanvraag is algemeen of beperkt.

De « algemene » prijsaanvraag omvat de bekendmaking van een beroep op de mededinging in het daartoe door toedoen van de Staat uitgegeven bulletin.

De « beperkte » prijsaanvraag omvat een beroep op mededinging, uitsluitend beperkt tot aannemers of leveranciers welke de Minister besluit te raadplegen.

#### ART. 10.

De Minister kiest vrij de offerte die hem het voordeligst lijkt, rekening houdend met de prijs van de prestaties, hun toepassingskosten, hun technische waarde, de zekerheid van bevoorrading, de beroeps- en financiële waarborgen van elk der kandidaten, de uitvoeringstermijn en alle andere overwegingen die in het bijzonder lastenkohier of in de prijsaanvraag zouden voorzien zijn, alsmede met alle in de inschrijving gedane suggesties.

## AFDELING 3.

### Gemeenschappelijke bepalingen voor de afdelingen 1 en 2.

#### ART. 11.

§ 1. — Het volgen van de procedure van aanbesteding of van de prijsaanvraag brengt voor de Minister geen verplichting mede om de overeenkomst toe te wijzen; de Minister kan hetzij afzien van het sluiten van de overeenkomst, hetzij bevel geven om de procedure te herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

§ 2. — Wanneer de aanbesteding loopt over verschillende loten, heeft de Minister het recht er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten dat voor de andere een of meer nieuwe aanbestedingen zullen uitgeschreven worden, desnoods op een andere wijze.

## AFDELING 4.

### De onderhandse overeenkomsten.

#### ART. 12.

§ 1. — De overeenkomst wordt « onderhands » genoemd wanneer de Minister, eventueel na raadpleging van één of meer aannemers of leveranciers, vrij de onderhandelingen aanknoopt die hem nuttig schijnen en de onderneming vrij toewijst aan de aannemer of leverancier die hij heeft weerhouden.



Il peut être traité de gré à gré :

1° lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant fixé par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres;

2° lorsqu'il n'y a pas eu d'offres régulières aux adjudications ou aux appels d'offres ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables;

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

4° pour les travaux, fournitures et services dont l'exécution ou la fabrication ne peut, en raison de nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiée qu'à un entrepreneur ou fournisseur déterminé;

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

6° lorsque les travaux, fournitures ou services ne sont réalisés qu'à titre de recherches, d'essai, d'étude ou de mise au point;

7° lorsque l'urgence du besoin à satisfaire n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'adjudication restreinte ou d'appel d'offres;

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

9° lorsque les prix sont, en fait, soustraits au jeu normal de la concurrence;

10° pour les marchés qu'il s'impose de conclure à l'étranger en raison de leur nature ou de leurs conditions particulières;

11° pour les fournitures qui, en raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel elles sont destinées, sont choisies et achetées aux lieux de production ou d'emmagasinage;

12° 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 % de celui-ci.

### CHAPITRE III.

#### Dispositions finales.

##### ART. 13.

L'article 14 de la loi du 9 août 1955, instituant un Fonds des routes 1955-1969, est remplacé par la disposition suivante :

« Article 14. — Tous les marchés pour travaux, fournitures ou services au nom du Fonds sont soumis aux dispositions législatives relatives aux marchés passés au nom de l'Etat ».

§ 2. — Er kan onderhands worden gehandeld :

1° wanneer de goed te keuren uitgave het bedrag dat werd bepaald bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, niet overtreft;

2° wanneer er geen regelmatige offertes waren op de aanbestedingen of op de prijsaanvragen, of wanneer er slechts onaanvaardbare prijzen werden voorgesteld;

3° voor de werken, leveringen en diensten waarvan de uitvoering of de fabricage uitsluitend voorbehouden is aan diegenen die de brevetten, de uitvinders- of verbeteringsoctrooien, of invoervergunningen bezitten, of die slechts kunnen betrokken worden van één enkel aannemer of leverancier;

4° voor de werken, leveringen of diensten waarvan de uitvoering of de fabricage, uit hoofde van de technische noodwendigheden of voorafgaande belangrijke investeringen, slechts kan worden toevertrouwd aan een bepaald aannemer of leverancier;

5° voor de kunst- of precisiewerken en voorwerpen, waarvan de uitvoering slechts kan worden toevertrouwd aan beproefde kunstenaars of technici;

6° wanneer de werken, leveringen of diensten slechts bij wijze van navorsing, proefneming, studie of aanpassing uitgevoerd worden;

7° wanneer de behoefte zo dringend is dat zij onvernegbaar is met de termijn, vereist door de procedure van de beperkte aanbesteding of van de prijsaanvraag;

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

9° Wanneer de prijzen in feite onttrokken worden aan het normale spel van de mededinging;

10° voor de overeenkomsten die, uit hoofde van hun aard of hun bijzondere voorwaarden, in het buitenland moeten gesloten worden;

11° voor de leveringen die, uit hoofde van hun bijzondere aard en hun speciale bestemming, gekozen en gekocht worden op de productie- of de opslagplaats;

12° voor de overeenkomsten inzake bijkomende werken, leveringen of diensten die technisch niet kunnen gescheiden worden van de hoofdovereenkomst of waarvoor de uitgave geen 20 % van deze overeenkomst te boven gaat.

### HOOFDSTUK III.

#### Slotbepalingen.

##### ART. 13.

Artikel 14 van de wet van 9 augustus 1955, tot vaststelling van een Wegenfonds 1955-1969, wordt door de volgende bepaling vervangen :

« Artikel 14. — Alle overeenkomsten betreffende de werken, leveringen of diensten voor rekening van het Fonds zijn onderworpen aan de wetsbepalingen betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat. »

## ART. 14.

Dans l'article 1<sup>er</sup>, A, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté-loi du 3 février 1947, organisant l'agrément des entrepreneurs, les mots « sans préjudice de la loi du 15 mars 1846, sur la comptabilité de l'Etat » sont remplacés par les mots « sans préjudice des dispositions législatives relatives aux marchés passés au nom de l'Etat ».

## ART. 15.

Sont abrogés :

1<sup>o</sup> dans le décret des 8-10 juillet 1791, concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs :

— au titre 1<sup>er</sup>, la seconde phrase de l'article 23 et la partie de l'article 26 commençant par les mots « sans autorisation du Ministre de la Guerre... » ;

— au titre VI, les articles 1<sup>er</sup> à 22 et les articles 24 à 27 ;

2<sup>o</sup> l'article 20 de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat, modifié par la loi du 14 décembre 1946, l'article 21 de la même loi, l'article 22 de la même loi, modifié par les lois des 13 juillet 1930 et 14 décembre 1946 ;

3<sup>o</sup> l'article 5 de la loi du 6 juillet 1891 modifiant quelques dispositions de la loi sur le droit de patente ;

4<sup>o</sup> l'article 54 de la loi du 28 avril 1853, sur l'organisation de l'enseignement supérieur dans les universités de l'Etat.

## ART. 16.

Un arrêté royal, délibéré en Conseil des Ministres, fixe la date de l'entrée en vigueur de la présente loi

Donné à Bruxelles, le 17 août 1962.

## ART. 14.

In artikel 1, A, eerste lid, van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers, worden de woorden « onverminderd de wet van 15 mei 1846 op de comptabiliteit van de Staat » vervangen door de woorden « onverminderd de wetsbepalingen betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat ».

## ART. 15.

Worden opgeheven :

1<sup>o</sup> in het decreet van 8-10 juli 1791 betreffende de bewaring en de indeling van de versterkte plaatsen en militaire posten, de politie van de vestingwerken en andere desbetreffende zaken :

— in titel I, de tweede volzin van artikel 23 en het gedeelte van artikel 26 dat aanvangt met de woorden : « sans autorisation du Ministre de la Guerre... » ;

— in titel VI, de artikelen 1 tot 22 en 24 tot 27 ;

2<sup>o</sup> artikel 20 van de wet van 15 mei 1846 op de comptabiliteit van de Staat, gewijzigd bij de wet van 14 december 1946, artikel 21 van dezelfde wet, artikel 22 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wetten van 13 juli 1930 en 14 december 1946 ;

3<sup>o</sup> artikel 5 van de wet van 6 juli 1891 houdende wijziging van enige bepalingen der wet op het patentrecht ;

4<sup>o</sup> artikel 54 van de wet van 28 april 1853 betreffende de inrichting van het hoger onderwijs in de Rijksuniversiteiten.

## ART. 16.

Een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit bepaalt de datum waarop deze wet van kracht wordt.

Gegeven te Brussel, 17 augustus 1962.

BAUDOUIN.

Par le Roi :

Van Koningswege :

*Le Premier Ministre.*

*De Eerste-Minister.*

TH. LAFÈVRE.

## AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

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

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

\*.\*

## Observations générales.

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

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

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

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

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

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

\*.\*

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

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

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

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

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

## ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

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

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

\*.\*

## Algemene opmerkingen.

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

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

— overeenkomsten kunnen bij wege van aanbesteding met beperkt beroep op mededinging worden gesloten in de vijf onder artikel 6 genoemde gevallen;

— overeenkomsten kunnen bij wege van prijsaanvraag worden gesloten in de drie onder artikel 8 genoemde gevallen; de prijsaanvraag omvat een algemeen beroep op mededinging of, in de gevallen van artikel 6, een beperkt beroep op mededinging;

— onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten in de elf onder artikel 10 genoemde gevallen, terwijl thans slechts negen gevallen hiervoor in aanmerking komen.

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

\*.\*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Het verdrag handelt slechts op twee plaatsen over openbare overeenkomsten. Artikel 132 huldigt de gelijkheid ter zake van openbare overeenkomsten voor de gemeenschappelijk gefinancierde werken in de landen van overzee. Artikel 20 van de statuten van de Europese Bank bepaalt, dat zij het verstrekken van leningen voor investeringen in Europa afhankelijk kan stellen van het uitschrijven van internationale aanbestedingen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ook Italië kent het beginsel van de openbare aanbesteding en, voor bijzondere gevallen, de beperkte aanbesteding, de onderhandse overeenkomst en de wedstrijd (wet van 20 maart 1865 en R.D. 18 november 1923 — 23 mei 1924). In feite echter worden de overeenkomsten doorgaans bij wege van beperkte aanbesteding gesloten (verslag van de Raad van State van Italië 1931-1935, aangehaald door G. Boehrssen di Cammerata, I Contratti della pubblica amministrazione, Deel I, blz. 174).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sans doute, la jurisprudence du Conseil d'Etat a-t-elle exercé une influence certaine sur l'évolution du droit des marchés, sur les études qui ont été effectuées concernant cette importante matière de notre droit administratif, et sur la jurisprudence administrative. Toutefois, à l'égard du soumissionnaire évincé qui a obtenu l'annulation de l'acte adjugeant le marché à un tiers, les arrêts semblent être purement platoniques et ce d'autant plus que jusqu'à présent, les tribunaux de l'ordre judiciaire lui ont refusé des dommages-intérêts en se basant

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De rechtspraak van de Raad van State heeft ontegenzegglijk een invloed gehad op de evolutie van het overeenkomstenrecht, op de studies over dit belangrijke onderdeel van ons administratief recht en op de administratieve rechtspraak. Ten aanzien van de geweerde inschrijver, die de vernietiging van de akte waarbij de overeenkomst aan een derde is toegewezen, heeft verkregen, schijnen de arresten zuiver platonisch te zijn, te meer daar de gewone rechtbanken hem tot dusver schadevergoeding hebben geweigerd op grond van de overwe-

sur le motif qu'il n'avait aucun droit à être adjudicataire (Civ. Bruxelles, 22 novembre 1956, au Journal des Tribunaux, 1957, p. 317, et la note de M. Flamme; au R.J.D.A. 1957, p. 152, et la note de Grand'ry; Civ. Bruxelles, 10 janvier 1959 (inédit); Appel Bruxelles, 20 mars 1959 (inédit)).

Un tel état de choses « crée une situation regrettable qui donne l'impression que l'intervention de l'appareil judiciaire, en cette matière, est vaine et que les arrêts du Conseil d'Etat sont inopérants » (J. Suetens, Discours prononcé à l'occasion du 25<sup>e</sup> anniversaire de l'Institut belge des sciences administratives — Livre du 25<sup>e</sup> anniversaire, tome II, page 11).

Le projet ne contient aucune disposition relative au contentieux des marchés publics, alors que l'efficacité du nouveau régime prévu est nécessairement liée à l'organisation d'un contentieux adéquat. Des solutions sont cependant possibles qui devraient comprendre non seulement une abréviation des délais de recours et de procédure, mais également l'organisation d'un sursis à la décision définitive octroyant le marché (J. Poorterman, « Entreprises de travaux publics et de fournitures », 1953, p. 201; M. Flamme, au Journal des Tribunaux, 1957, pp. 322-323; F.M. Remion, « Communication faite au séminaire organisé à Chaudfontaine en mai 1960 par la Commission droit et vie des affaires de la faculté de droit de Liège » — Annales de la faculté de droit de Liège — 1960, n<sup>o</sup> 3, p. 427).

\*\*

#### Examcn des articles.

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

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

#### Article premier.

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

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

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

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

\*\*

#### Article 2.

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

ging, dat hij op toewijzing van de overeenkomst geen enkel recht had (Burg. Rechtb. Brussel, 22 november 1956, Journal des Tribunaux 1957, blz. 317, met nota van M. Flamme; R.J.D.A., 1957, blz. 152, met nota van de Grand'ry; Burg. Rechtb. Brussel, 10 januari 1959 (niet gepubliceerd); beroep Brussel, 20 maart 1959 (niet gepubliceerd)).

Door een zodanige stand van zaken « ontstaat een betreuwenswaardige toestand die de indruk wekt dat de tussenkomst van het gerechtelijk apparaat in dezen vergeefs is en dat de arresten van de Raad van State onwerkzaam zijn » (J. Suetens, Rede gehouden bij de 25<sup>e</sup> verjaaring van het Belgisch Instituut voor administratieve wetenschappen — Boek van de 25<sup>e</sup> verjaaring, deel II, blz. 11).

Het ontwerp bevat geen bepaling betreffende de geschillenberechtiging inzake openbare overeenkomsten, ofschoon de organisatie van een behoorlijke berechtiging de vooronderstelling van een doeltreffende toepassing van de nieuwe voorzieningen is. Oplossingen zijn evenwel denkbaar, namelijk verkorting van de termijnen voor beroep en procedure, en bovendien opschorting van de eindbeslissing tot toewijzing van de overeenkomst (J. Poorterman, « Entreprises de travaux publics et de fournitures », 1953, blz. 201; M. Flamme, in Journal des Tribunaux, 1957, blz. 322-323; F.M. Remion, « Communication faite au séminaire organisé à Chaudfontaine en mai 1960 par la Commission droit et vie des affaires de la faculté de droit de Liège » — Annales de la faculté de droit de Liège, 1960 — n<sup>o</sup> 3, p. 427).

\*\*

#### Onderzoek der artikelen.

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

« Wet betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat ».

#### Artikel 1.

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

Met deze definitie van de hier bedoelde overeenkomsten sluit het ontwerp aan bij de terminologie van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit (zitting 1958-1959, Senaat, Gedr. St. n<sup>o</sup> 160 — artikelen 7 en 22).

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

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

\*\*

#### Artikel 2.

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

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

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

« Le forfait est ainsi limité aux risques techniques découlant :

1° de l'importance réelle des travaux;

2° des difficultés d'exécution, les clauses de révision couvrant les entrepreneurs contre les risques d'ordre économique ou social ».

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

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

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

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

#### Article 4.

L'article 4 du projet dispose :

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

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

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

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

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

« Article 4. — Dans des cas exceptionnels, des avances peuvent être accordées, à titre de provision, suivant les conditions et les modalités que le Roi détermine ».

#### Article 5.

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

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

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

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

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

1° het werkelijk belang van de werken;

2° de moeilijkheden van uitvoering, aangezien de bepalingen van herziening de aannemers dekken tegen de risico's van economische of sociale aard ».

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

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

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

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

#### Artikel 4.

Dit artikel bepaalt :

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

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

Andere bepalingen van voorbijgaande aard zijn in begrotingswetten neergelegd.

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

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

« Artikel 4. — In uitzonderingsgevallen kunnen provisionele voorschotten worden verleend volgens voorwaarden en nadere regelen die de Koning bepaalt ».

#### Artikel 5.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Article 5. — Les marchés sont passés par voie d'adjudication publique. Ils peuvent toutefois être passés par voie d'adjudication restreinte, par appel d'offres ou de gré à gré dans les cas prévus par la loi, notamment dans ceux qui sont mentionnés au présent chapitre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Artikel 5. De overeenkomsten worden gesloten bij wege van openbare aanbesteding. In de gevallen die de wet, inzonderheid dit hoofdstuk bepaalt, kunnen zij echter bij wege van beperkte aanbesteding, door prijsaanvraag of onderhands worden gesloten.

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

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

#### Article 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

..

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

#### Artikel 6.

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

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

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

« Bij wege van beperkte aanbesteding kunnen worden gesloten, overeenkomstig : ... ».

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

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

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

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

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

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

« 3° waarvan de gunning aan voorafgaande geselecteerde leveranciers verantwoord is ».

De memorie licht dit geval toe :

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

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

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

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

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

..

## Article 7.

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

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

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

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

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

« Il ne peut être dérogé à cette règle que par décision du Conseil des Ministres ou, en cas d'urgence, du Premier Ministre. Toutefois, le Roi peut dispenser de recourir à cette procédure lorsque l'écart entre le montant de l'offre que le Ministre se propose de choisir et celui de l'offre régulière la plus basse est inférieur à la fois à 5 p.c. du montant de cette dernière et à une somme en chiffres absolus qu'il détermine : en pareil cas, la décision du Ministre est motivée et communiquée à la Cour des Comptes ».

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

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

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

Si le but proposé est de légaliser certaines pratiques administratives, on n'aperçoit pas la raison pour laquelle une intervention du Roi sera nécessaire pour dispenser de recourir au Conseil des Ministres ou au Premier Ministre. C'est, en effet, la loi elle-même qui crée cette dispense; elle ne donne au Roi que le pouvoir de fixer la somme qui ne pourra être dépassée comme écart entre l'offre la plus basse et celle que le Ministre se propose de choisir.

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

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

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

\*.\*

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

## Artikel 7.

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

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

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

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

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

« Van deze regel mag slechts worden afgeweken bij beslissing van de Ministerraad of, bij dringendheid, van de Eerste-Minister. De Koning kan nochtans van deze procedure ontslaan wanneer het verschil tussen het bedrag van de offerte die de Minister denkt te kiezen en dat van de regelmatige laagste offerte terzelfdertijd lager is dan 5 t.h. van het bedrag van deze laatste en lager dan een door hem bepaalde som in absolute cijfers : in dergelijk geval wordt de beslissing van de Minister gemotiveerd en aan het Rekenhof medegedeeld ».

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

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

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

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

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

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

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

\*.\*

Zijn de omstandigheden zo, dat de Minister een inschrijver mag kiezen die niet de laagste is, en dat daarvoor niet langs de Ministerraad of langs de Eerste-Minister om hoeft te worden gegaan, dan moet hij zijn beslissing motiveren. Volgens de aan de Raad van State verstrekte uitleg is die beslissing niet voldoende gemotiveerd door de vaststelling, dat de bij arti-

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

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

\*\*

#### Article 8.

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

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

Le projet devrait être précisé sur ce point.

\*\*

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

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

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

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

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

\*\*

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

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

- a) soit sur l'établissement d'un projet;
- b) soit sur l'exécution d'un projet préétabli;
- c) soit, à la fois, sur l'établissement d'un projet et sur son exécution ».

\*\*

#### Article 9.

L'article 9 du projet est rédigé comme suit :

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

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

kel 7, tweede lid, bepaalde voorwaarden vervuld zijn; zij moet steunen op redenen die de keuze van een andere dan de laagste inschrijving wettigen, bij voorbeeld op de bekwaamheid van de inschrijvers, de kwaliteit van de materialen, enz.

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

\*\*

#### Artikel 8.

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

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

Het ontwerp zou op dit punt moeten worden verduidelijkt.

\*\*

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

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

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

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

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

\*\*

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

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

- a) hetzij het opmaken van een ontwerp;
- b) hetzij het uitvoeren van een vooraf opgemaakt ontwerp;
- c) hetzij tegelijk het opmaken en het uitvoeren van een ontwerp ».

\*\*

#### Artikel 9.

Artikel 9 van het ontwerp luidt als volgt :

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

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

Cet article 34 prévoit, en outre :

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

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

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

\*\*

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

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

Elle est, de plus, partiellement inexacte en ce qui concerne la procédure de l'adjudication publique et de l'adjudication restreinte. Le fait d'insérer l'article 7 dans la loi donne un droit au plus bas soumissionnaire, sauf les dérogations prévues; il n'a pas un droit à voir adjuger le marché, mais si celui-ci est octroyé, il puise dans l'article 7 son droit d'être désigné comme adjudicataire.

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

\*\*

#### Article 10.

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

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

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

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

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

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

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

La loi du 14 décembre 1946 a complété cette disposition :

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

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

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

Dit artikel 34 bepaalt bovendien :

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

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

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

\*\*

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

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

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

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

\*\*

#### Artikel 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bij de parlementaire voorbereiding van die wet is verklaard, dat die afwijking werd ingevoerd « met het doel meer soepelheid te geven aan de tussen de Staatsbesturen en de Regie van de gevangenisarbeid afgesloten contracten » (Zitting 1939-1940, Kamer van Volksvertegenwoordigers, Parl. Doc. n° 144).

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

« Il peut être traité de gré à gré :

...

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

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

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

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

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

*Observations communes aux articles 5 à 10.*

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

#### I.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

« Er mogen contracten uit de hand aangegaan worden :

...

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

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

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

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

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

*Opmerkingen over de artikelen 5 tot 10 samen.*

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

#### I.

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

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

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

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

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

« Article 4. — 2° les marchés de fournitures ou de travaux supplémentaires qui, techniquement, ne peuvent être séparés du marché principal ou dont la dépense n'excède pas 20 p.c. du marché principal ».

Ce cas n'est pas prévu dans le projet.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cet article pourrait être rédigé comme suit :

« Article 2. — Le Ministre intéressé est compétent pour prendre toutes décisions relatives à la passation des marchés de l'Etat.

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

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

## II.

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

« Artikel 4. — 2° overeenkomsten voor aanvullende leveringen en werken die, uit technisch oogpunt, niet kunnen afzonderd worden van de hoofdaaneming of waarvan de uitgave niet hoger is dan 20 t.h. van de waarde van de hoofdaaneming ».

Over dit geval handelt het ontwerp niet.

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

De memorie van toelichting zegt hierover :

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

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

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

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

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

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

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

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

Dit artikel kan worden gelezen als volgt :

« Artikel 2. — De betrokken Minister is bevoegd tot het nemen van alle beslissingen in verband met het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat.

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

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

## II.

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



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

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

Il y a lieu de plus, d'observer qu'à l'article 10, alinéa 3, 5<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>, le projet emploie une autre formule : « les travaux, fournitures ou (et) services ».

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

\*\*

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

\*\*

#### Article 11.

En vertu de l'article 11, 1<sup>o</sup>, est abrogé notamment l'article 19 de la loi du 15 mai 1846, modifié par la loi du 14 décembre 1946, qui dispose, en son alinéa 1<sup>er</sup> :

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

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

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

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

Si l'article 19 de la loi du 15 mai 1846 est abrogé en raison des dispositions du projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat, c'est dans ce projet de loi que cet article et les lois qui y ont dérogé doivent être abrogés. Procéder à ces abrogations dans l'actuel projet pourrait avoir comme résultat qu'aucune règle ne serait relative à l'annalité des marchés si le présent projet était voté et entrerait en vigueur avant le projet modifiant les lois sur la comptabilité de l'Etat. Dans le cas inverse, si le projet sur la comptabilité de l'Etat entrerait en vigueur avant l'actuel projet, l'on serait en présence de deux législations concernant cette question.

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

\*\*

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

Le décret des 8-10 juillet 1791 concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs, est tou-

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

De vraag is echter of dit in de Nederlandse tekst ook de bedoeling is van de woorden « werken en leveringen » of « leveranciers » in artikel 6, tweede lid, 2<sup>o</sup> en 3<sup>o</sup>, en in artikel 8, tweede lid, 2<sup>o</sup>.

Ook dient te worden opgemerkt, dat het ontwerp in artikel 10, derde lid, 5<sup>o</sup> en 8<sup>o</sup>, een andere formule : « de werken leveringen of (en) diensten » gebruikt.

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

\*\*

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

\*\*

#### Artikel 11.

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

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

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

Artikel 11, 2<sup>o</sup>, van het ontwerp heft ook een hele reeks wetten op die van het in artikel 19 neergelegde beginsel zijn afgeweken.

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

Wordt artikel 19 van de wet van 15 mei 1846 opgeheven terwille van de bepalingen van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, dan moet dat ontwerp van wet voorzien in de opheffingen van genoemd artikel 19 en van de wetten die ervan zijn afgeweken. Voorziet het onderhavige ontwerp daarin, dan kan het zo worden dat geen regel nog betrekking heeft op de eenjarigheid van de overeenkomsten als het wordt goedgekeurd en in werking treedt vóór het ontwerp tot wijziging van de wetten op de Rijkscomptabiliteit treedt het ontwerp op de Rijkscomptabiliteit daarentegen vóór het onderhavige in werking, dan krijgt men twee wetgevingen over die kwestie.

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

\*\*

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

Het decreet van 8-10 juni 1791 betreffende de bewaring en de indeling van de versterkte plaatsen en militaire posten, de politie van de vestingswerken en andere desbetreffende zaken

jours considéré — tout au moins en certaines de ses dispositions — comme étant en vigueur. Ce décret est reproduit au Recueil de la législation générale en vigueur en Belgique (tome I, p. 70, n° 77).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

..

#### Incidences du projet sur d'autres lois ou d'autres textes en projet.

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

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

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

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

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

« Les Ministres intéressés et le Ministre des Finances déterminent les conditions générales auxquelles les contrats

wordt nog steeds, —althans in een aantal van zijn bepalingen — geacht in werking te zijn. Dit decreet is opgenomen in de « Recueil de la législation générale en vigueur en Belgique » (deel I blz. 70, n° 77).

Titel VI van dit decreet handelt over het bestuur van de militaire werken; artikel 3 bepaalt :

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

De daarop volgende artikelen handelen over de procedure van aanbesteding.

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

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

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

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

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

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

Meent de Regering artikel 5 van de wet van 6 juli 1891 te moeten opheffen, dan dient zij artikel 1 van het ontwerp in die zin aan te vullen.

..

#### Terugslag van het ontwerp op andere wetten of ontwerp-wetten.

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

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

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

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

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

« De betrokken Ministers en de Minister van Financiën bepalen de algemene voorwaarden waaronder de contracten en

et marchés pour travaux ou fournitures conclus par les entreprises d'Etat peuvent stipuler le paiement d'acomptes avant un service fait et accepté.

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

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

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

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

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

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

L'article 10, alinéa 3, 1<sup>o</sup>, prévoit, de son côté, qu'il peut être traité de gré à gré, notamment « lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant fixé par le Roi ».

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

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

\*\*

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

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

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

Si, en dépit des articles 6 et 10 du projet, il entrait dans les intentions du Gouvernement de maintenir un régime spécial pour les universités de l'Etat, il y aurait lieu de modifier l'article 54 de la loi du 28 avril 1953 et de prévoir que « les universités peuvent passer des marchés de travaux, de fournitures de biens et de services, de gré à gré, lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant de cinq cent mille francs ».

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

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

\*\*

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

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

overeenkomsten door de Staatsbedrijven gesloten voor werken of leveringen, de betaling van voorschotten mogen bedingen alvorens de dienst verstrekt en aanvaard is.

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

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

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

Artikel 59 van hetzelfde ontwerp van wet bepaalt :

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

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

Artikel 10, derde lid, 1<sup>o</sup>, van zijn kant bepaalt, dat onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten : « wanneer de goed te keuren uitgave een door de Koning vastgesteld bedrag niet overschrijdt ».

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

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

\*\*

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

Artikel 54 van de wet van 28 april 1953 bepaalt :

« Het bedrag van honderd duizend frank bepaald bij artikel 22, 1<sup>o</sup>, van de wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit wordt, wat betreft de uitgaven der Rijksuniversiteiten voor leveranties, vervoer en werken, op vijfhonderd duizend frank gebracht ».

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

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

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

\*\*

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

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

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

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

Par son article 11, 1<sup>o</sup>, le projet abroge les articles 20 à 22 de la loi du 15 mai 1846.

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

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

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

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

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

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

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

..

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

..

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

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

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

In artikel 11, 1<sup>o</sup>, van het ontwerp worden de artikelen 20 tot 22 van de wet van 15 mei 1846 opgeheven.

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

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

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

Artikel 1 van de wet van 3 februari 1947 bepaalt :

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

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

« Onverminderd de wetsbepalingen betreffende de wijze waarop openbare overeenkomsten worden gesloten... ».

..

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

..

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

Artikel 1.

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

Artikel 2.

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

... (Zie advies)....

Artikel 3.

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

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

Artikel 4.

... (Zie advies)...

## HOOFDSTUK II.

Wijze waarop overeenkomsten worden gesloten.

## Artikel 5.

... (Zie advies)...

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

...

## Artikel 6.

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

...

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

5° waarvan het onderwerp geheim is.

## Artikel 7.

... (Zie advies)...

## Artikel 8.

...

Bij wege van prijsaanvraag mag worden te werk gegaan :

1° wanneer de overeenkomst slaat op leveringen van benodigdheden :

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

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

## Artikel 9.

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

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

## Artikel 10.

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

... (Zie advies)...

Onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Artikel 11.

Opgeheven worden ...

De Kamer was samengesteld uit :

De Heren J. SUTENS, eerste-voorzitter; L. MOUREAU en G. HOLOYE, raadsheren van State, G. VAN HECKE en J. LIMPENS, bijzitters van de afdeling wetgeving; C. ROUSSEAU, adjunct-griffier, griffier.

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.

La Chambre était composée de :

MM. J. SUTENS, premier président, L. MOUREAU et G. HOLOYE, conseillers d'Etat; G. VAN HECKE et J. LIMPENS, assesseurs de la section de législation; C. ROUSSEAU, greffier adjoint, greffier.

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.

*Le Greffier, — De Griffier.*

(s.)  
(w. g.) ROUSSEAU.

*Le Président, — De Voorzitter.*

(s.)  
(w. g.) J. SUTENS.

## AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 13 février 1962, d'une demande d'avis sur un projet de loi « relative aux marchés passés au nom de l'Etat » a donné le 19 mars 1962 l'avis suivant :

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

La section de législation a donné, le 17 octobre 1960, un avis sur un projet ayant une portée identique.

Le présent projet apporte au précédent de substantielles modifications dont certaines répondent aux observations qui avaient été formulées le 17 octobre 1960.

**Observation générale.**

Un des objectifs que poursuit le projet est de donner une solution au problème soulevé par le contentieux des actes administratifs formant le support des contrats de marchés publics.

Avant la création du Conseil d'Etat, aucun recours juridictionnel n'était ouvert pour la solution des contestations relatives aux modes de passation des marchés; les soumissionnaires évincés ne pouvaient agir pour faire statuer sur la régularité de la procédure employée.

La section d'administration du Conseil d'Etat, compétente pour connaître des recours en annulation contre les actes des autorités administratives, adopta, dès qu'elle fut saisie d'une demande d'annulation d'une adjudication, la théorie française « des actes détachables ».

La passation d'un contrat par les pouvoirs publics constitue une opération complexe; la conclusion du contrat est précédée ou s'accompagne de divers actes administratifs qui, s'ils peuvent en être détachés, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (M. Vauthier, « Analyse d'une construction juridique : les actes détachables en droit administratif », *Journal des Tribunaux*, 1958, pp. 413 et suiv.). C'est ainsi que le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour annuler notamment la décision d'adjudger qui termine la procédure d'adjudication et la décision de ne pas suivre cette procédure et de traiter de gré à gré.

Dès les premières décisions d'annulation d'un acte détachable, la doctrine s'est posée la question de l'efficacité de ces décisions; en effet, l'arrêt intervient généralement lorsque l'exécution du marché est déjà très avancée, sinon complètement terminée.

Sans doute, la jurisprudence du Conseil d'Etat a-t-elle exercé une influence certaine sur l'évolution du droit des marchés, sur les études qui ont été effectuées concernant cette importante matière de notre droit administratif, et sur la jurisprudence administrative. Toutefois, à l'égard du soumissionnaire évincé qui a obtenu l'annulation de l'acte adjudgeant le marché à un tiers, les arrêts semblent être purement platoniques et ce d'autant plus que, jusqu'à présent, les tribunaux de l'ordre judiciaire lui ont refusé des dommages-intérêts en se basant sur le motif qu'il n'avait aucun droit à être adjudicataire (Civ. Bruxelles 22 novembre 1956, au *Journal des Tribunaux*, 1957, p. 317 et la note de M. Flamme, au R.J.D.A., 1957, p. 152 et la note de de Grand'ry; Civ. Bruxelles 10 janvier 1959 (inédit); App. Bruxelles 20 mars 1959 et Cass. 3 novembre 1960, J.T. 1961, p. 153 — *Revue Crit. de jurisprudence belge*, 1961, p. 314 et note de Buttgenbach).

Un tel état de choses crée une situation regrettable qui donne l'impression que l'intervention de l'appareil judiciaire, en cette matière, est vaine et que les arrêts du Conseil d'Etat sont inopérants » (J. Suetens, Discours prononcé à l'occasion

## ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 13<sup>e</sup> februari 1962 door de Eerste-Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet « inzake overeenkomsten in naam van de Staat », heeft de 19<sup>e</sup> maart 1962 het volgend advies gegeven :

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

Over een ontwerp met dezelfde strekking heeft de afdeling wetgeving op 17 oktober 1960 geadviseerd.

Het onderhavige ontwerp brengt in het vorige substantiële wijzigingen aan, ten dele overeenkomstig de in dat advies gemaakte opmerkingen.

**Algemene opmerking.**

Een van de oogmerken van het ontwerp is, een oplossing te geven aan het vraagstuk van de geschillenberechtting inzake bestuurshandelingen waarop openbare overeenkomsten stoeien.

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

De afdeling administratie van de Raad van State, die bevoegd is om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring tegen handelingen van administratieve overheden, heeft reeds bij haar eerste kennisneming van een beroep tot nietigverklaring van een aanbesteding, de Franse theorie van de « actes détachables » toegepast.

Het sluiten van een overeenkomst door de overheid is een ingewikkelde verrichting; de eigenlijke overeenkomst wordt voorafgegaan door of gaat gepaard met een aantal administratieve handelingen die, indien zij van de eigenlijke overeenkomst kunnen worden losgemaakt, het onderwerp van een beroep wegens machtoverschrijding kunnen zijn (M. Vauthier, « Analyse d'une construction juridique : les actes détachables en droit administratif », *Journal des Tribunaux*, 1958, blz. 413 en volgende). Zo acht de Raad van State zich bevoegd tot het nietig verklaren van de beslissing tot toewijzing die de procedure van aanbesteding afsluit en van de beslissing om die procedure niet te volgen en een onderhandse overeenkomst te sluiten.

Reeds bij de eerste beslissingen tot nietigverklaring van een « acte détachable » is in de rechtsleer de vraag gerezen naar de doeltreffendheid van die beslissingen. Het arrest wordt immers doorgaans gewezen wanneer de uitvoering van de overeenkomst reeds ver gevorderd, zo niet volledig beëindigd is.

De rechtspraak van de Raad van State heeft ontegenzeggelijk een invloed gehad op de evolutie van het overeenkomstenrecht, op de studies over dit belangrijke onderdeel van ons administratief recht en op de administratieve rechtspraak. Ten aanzien van de geweerde inschrijver, die de vernietiging van de handeling waarbij de overeenkomst aan een derde is toegevoegd, heeft verkregen, schijnen de arresten zuiver platonisch te zijn, te meer daar de gewone rechtbanken hem tot dusver schadevergoeding hebben geweigerd op grond van de overweging, dat hij op toewijzing van de overeenkomst geen enkel recht had (Burg. Rechtb. Brussel, 22 november 1956, *Journal des Tribunaux* 1957, blz. 317, met nota van M. Flamme; R.J.D.A., 1957, blz. 152, met nota van de Grand'ry; Burg. Rechtb. Brussel, 10 januari 1959 (niet gepubliceerd); Beroep Brussel, 20 maart 1959, en Cass. 3 november 1960, J.T. 1961, blz. 153 — *Revue Crit. de jurisprudence belge*, 1961, blz. 314 met nota van Buttgenbach).

Door een zodanige stand van zaken « ontstaat een betreurenswaardige toestand die de indruk wekt dat de tussenkomst van het gerechtelijk apparaat in dezen vergeefs is en dat de arresten van de Raad van State onwerkzaam zijn » (J. Sue-

du 25<sup>e</sup> anniversaire de l'Institut belge des sciences administratives — Livre du 25<sup>e</sup> anniversaire, tome II, p. 11).

Le projet entend remédier à cette situation en prévoyant en son article 9, § 1<sup>er</sup>, que, « si le Ministre décide d'attribuer le marché, il doit, sous peine de dommages-intérêts, s'il y échet, agréer la soumission régulière la plus basse ».

L'importance d'une telle disposition ne peut échapper. Il convient toutefois d'en mesurer la portée et de la rapprocher d'autres solutions susceptibles d'être apportées au problème du contentieux des marchés publics.

Selon l'exposé des motifs, « l'article en question comporte sur le plan du droit, une considérable innovation : le texte consacre, en faveur du soumissionnaire le plus bas dans une adjudication, un véritable droit à l'obtention du marché si, bien entendu, celui-ci est adjudgé. Et qui plus est, la méconnaissance de ce droit est sanctionnée ».

Cet article innove indiscutablement en droit. Il n'est cependant pas exact qu'il consacre en faveur du soumissionnaire le plus bas dans une adjudication « un véritable droit à l'obtention du marché ». Car, pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que ce soumissionnaire puisse, en tout état de cause, obtenir le marché (1). Or, tel n'est pas le système du projet. Le seul droit appartenant au soumissionnaire évincé qui aura fait la soumission régulière la plus basse est de postuler des dommages et intérêts. L'adjudicataire irrégulièrement désigné avec qui le contrat aura été passé, restera adjudicataire et bénéficiera sans restriction des avantages du marché. Ce texte ne consacre pas, en réalité, un droit à l'obtention du marché pour le soumissionnaire le plus bas, mais seulement un devoir pour l'administration d'adjuger le marché à ce soumissionnaire; l'observation de ce devoir ouvrira au soumissionnaire évincé une action en réparation du préjudice qui a pu en résulter, ce qui comprendrait, le cas échéant, toutes les dépenses du soumissionnaire mais également ce qu'il aurait pu gagner dans le marché.

Par conséquent, l'administration est exposée, dans le sens prévu à l'article 9, § 1<sup>er</sup>, à indemniser le plus bas soumissionnaire évincé tout en étant tenue à payer à l'adjudicataire, qui n'aura pourtant pas fait l'offre la plus basse, le prix convenu au contrat.

L'exposé des motifs n'exclut pas formellement un recours en annulation du soumissionnaire évincé auprès du Conseil d'Etat contre la décision administrative désignant l'adjudicataire, mais il ne fait de ce recours qu'une simple faculté qui ne sera même pas généralement nécessaire à l'obtention de dommages et intérêts devant les tribunaux. Il en résulte que l'instance devant le Conseil d'Etat en matière de marché par adjudication sera, plus encore qu'actuellement, destinée à rester théorique ou ne sera plus qu'une procédure préalable fréquemment utile, mais non obligatoire, à l'action en indemnité. Le contentieux des marchés par adjudication sera transformé en contentieux d'indemnité dévolu à la compétence des Cours et tribunaux éventuellement saisis par un, voire plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs prétendant avoir fait l'offre régulière la plus basse : c'est devant eux désormais que se dérouleront généralement les procès mettant en cause, aux fins d'indemnisation éventuelle, la régularité des opérations administratives d'adjudication.

Ce système innove, par rapport à la jurisprudence des Cours et tribunaux, qui ne reconnaît pas actuellement au soumissionnaire évincé se prévalant de sa seule qualité de plus bas soumissionnaire un droit à indemnité et, à ce point de vue particulier, il marque sans doute un certain progrès. Mais ce progrès est assuré tout en maintenant la situation irrégulière créée par l'acte administratif au profit de l'adjudicataire qui n'avait cependant pas introduit la soumission la plus basse; écarter en fait l'annulation de l'acte détachable irrégulier pour ne retenir que l'indemnisation du plus bas soumissionnaire évincé, constitue une solution juridiquement imparfaite et d'ailleurs onéreuse pour le Trésor public.

(1) A condition bien entendu qu'une décision d'adjuger ait été prise ou qu'il n'ait pas été fait usage de l'art. 9, § 2.

tens, Rede gehouden bij de 25<sup>e</sup> verjaring van het Belgisch Instituut voor administratieve wetenschappen — Bock van de 25<sup>e</sup> verjaring, deel II, blz. 11).

Het ontwerp wil deze toestand verhelpen en bepaalt daarom in artikel 9, § 1 : « Wanneer de Minister beslist de overeenkomst toe te wijzen, moet hij op straffe van schadeloosstelling in voorkomend geval, de aanbesteding gunnen aan de inschrijver, die regelmatig de laagste offerte heeft ingediend ».

Het belang van die bepaling valt dadelijk op, maar toch is het nodig zich van haar juiste strekking rekenschap te geven, en haar te toetsen aan andere mogelijke oplossingen voor het vraagstuk van de geschillen inzake openbare overeenkomsten.

Volgens de memorie van toelichting, behelst bedoeld artikel, op gebied van het recht, een belangrijke nieuwigheid : de tekst verleent aan de laagste inschrijver van een aanbesteding, een werkelijk recht op de aanbesteding indien deze, wel te verstaan, toegekend wordt. En wat meer is, er worden voor het miskennen van dit recht sancties uitgevaardigd.

Dit artikel bevat ontegenzeggelijk een nieuwe rechtsregel. Het is echter niet juist dat het « aan de laagste inschrijver van een aanbesteding een werkelijk recht op de aanbesteding verleent ». Juist zou dit alleen zijn, als die inschrijver hoe dan ook de aanbesteding kon krijgen (1). Zo is de ontworpen regeling echter niet. De geweerde inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft gedaan, heeft alleen het recht schadevergoeding te eisen. De onregelmatig aangewezen aannemer met wie de overeenkomst werd gesloten, zal aannemer blijven en zonder beperking het voordeel van de overeenkomst genieten. Wat die tekst eigenlijk doet, is niet de laagste inschrijver een recht op de aanbesteding verzekeren, maar alleen de administratie tot plicht stellen, de overeenkomst aan die inschrijver te gunnen. Wordt die plicht niet nagekomen, dan kan de geweerde inschrijver een vergoeding vorderen voor de berokkende schade, dat is eventueel niet alleen alle uitgaven van de inschrijver, maar ook zijn winstderving.

In het onder artikel 9, § 1, bedoelde geval loopt de administratie dus gevaar, de geweerde laagste inschrijver schadeloos te moeten stellen, en de aannemer, die nochtans niet de laagste offerte heeft gedaan, de in de overeenkomst bedongen prijs te moeten betalen.

De memorie van toelichting sluit niet uitdrukkelijk de mogelijkheid uit dat de geweerde inschrijver bij de Raad van State de nietigverklaring van de administratieve beslissing tot aanwijzing van de aannemer vordert, maar beschouwt dit beroep inderdaad als een blote mogelijkheid waarvan niemand die voor de rechtbank schadevergoeding wil verkrijgen, doorgaans zelfs niet noodzakelijk gebruik zal moeten maken. Het geding voor de Raad van State inzake overeenkomsten bij aanbesteding zal dus meer dan ooit zuiver theoretisch blijven of nog slechts een vaak dienstige maar niet verplichte, aan de vordering tot schadeloosstelling voorafgaande procedure zijn. Geschillen inzake overeenkomsten bij aanbesteding worden dan geschillen inzake schadeloosstelling, welke aan hoven en rechtbanken ter kennisneming staan op eventuele vordering van een of meer aannemers of leveranciers die beweren de laagste regelmatige offerte te hebben ingediend; gedingen waarbij met het oog op eventuele schadeloosstelling de regelmatigheid van administratieve aanbestedingsverrichtingen wordt betwist, zullen voortaan dus doorgaans voor hoven en rechtbanken komen.

Thans is de rechtspraak van hoven en rechtbanken zo, dat een geweerd inschrijver die zich alleen op zijn hoedanigheid van laagste inschrijver beroept, geen recht op schadevergoeding heeft. Ten opzichte daarvan is de ontworpen regeling een novum en, van dat bepaald standpunt uit gezien, ongetwijfeld een stap vooruit; er verandert echter niets aan de onregelmatige toestand welke uit de administratieve handeling is ontstaan ten gunste van de aannemer die nochtans niet de laagste offerte had ingediend. De vernietiging van de onregelmatige « acte détachable » in feite van de hand wijzen om alleen de geweerde laagste inschrijver schadeloos te stellen, is een oplossing die juridisch niet voldoet en overigens de Schatkist bezwaart.

(1) Op voorwaarde wel te verstaan, dat een beslissing tot toewijzing genomen of dat artikel 9, § 2, niet toegepast is.



Il convient d'ajouter que le système du projet ne s'applique qu'au cas d'adjudication publique ou restreinte. Il ne prévoit rien pour d'autres cas qui peuvent se présenter. Il suffit de citer à titre d'exemple :

1<sup>o</sup> le candidat cocontractant qui a obtenu du Conseil d'Etat l'annulation d'une décision de passer un marché de gré à gré parce que l'administration ne se trouvait pas dans un des cas prévus par la loi où un tel marché peut être passé (ex. C.E. SABCA, 29 juin 1951, n<sup>o</sup> 982 — S.A. De Noordzee, 10 juin 1958, n<sup>o</sup> 6 340 — PEETERS, 9 juillet 1954, n<sup>o</sup> 3 587);

2<sup>o</sup> le candidat cocontractant qui a obtenu l'annulation de la décision d'accorder un marché de gré à gré à tel entrepreneur parce qu'il n'était pas pourvu de l'agrément nécessaire pour entreprendre ces travaux ou parce que son offre était irrégulière au regard du cahier des charges (argument tiré des arrêts SABCA, 29 juin 1951, n<sup>o</sup> 982 — Beauval, 24 mai 1955, n<sup>o</sup> 4 302 — S.P.R.L. JOOS, 3 juin 1960, n<sup>o</sup> 7 904);

3<sup>o</sup> le candidat cocontractant évincé dans un marché sur appel d'offres lorsque la décision qui a écarté sa soumission est entachée d'erreur de droit ou de fait, ou lorsque la soumission acceptée est irrégulière; cette dernière hypothèse pourra être fréquente puisque le projet laisse au Ministre le choix entre la procédure de l'adjudication ou celle de l'appel d'offres;

4<sup>o</sup> si l'on se place uniquement dans les cas d'adjudication publique ou restreinte, on s'aperçoit que la solution proposée ne pourra s'appliquer à toutes les hypothèses, notamment lorsque l'annulation a été obtenue non par un soumissionnaire mais par un candidat soumissionnaire qui n'a pu déposer sa soumission dans un délai prévu en raison de l'irrégularité de la publicité préalable au dépôt des offres (C.E. COBELEC, 22 décembre 1961, n<sup>o</sup> 9 069).

Dans toutes les hypothèses qui viennent d'être énumérées, le projet ne précise pas si une indemnité quelconque pourra être accordée aux entrepreneurs éventuellement préjudiciés par une décision administrative irrégulière, ni devant quelle juridiction la demande en indemnité pourra éventuellement être introduite, ni sur quelle base elle devra alors être jugée. Faut-il conclure a contrario de l'article 9, § 1<sup>er</sup>, que l'action en dommages et intérêts devant les tribunaux est alors exclue « à défaut de droit à l'obtention du marché » ? Faut-il admettre que le préjudicié pourra seulement dans ces cas introduire auprès du Conseil d'Etat une demande d'indemnité relative à la réparation du dommage exceptionnel qu'il aura subi, le Conseil d'Etat se prononçant « en équité par voie d'avis motivé, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé », ainsi qu'il est dit à l'article 7, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 23 décembre 1946 ? Une telle solution est assurément concevable, mais elle a le défaut non seulement de laisser à l'Etat la décision définitive au sujet d'une indemnisation éventuelle mais aussi de maintenir une dualité de compétence juridictionnelle dans le contentieux naissant de l'attribution des marchés publics. Il convient donc de rechercher s'il n'existe pas d'autres solutions plus satisfaisantes et plus complètes du problème posé.

Un aménagement rationnel du contentieux des marchés publics n'est assurément pas chose aisée. Cet aménagement peut difficilement être construit sur la seule base de l'article 9, § 1<sup>er</sup>, du projet. Des dispositions plus explicites et plus complètes, mériteraient d'être édictées, qui tiendraient compte des données nouvelles fournies par la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis un certain nombre d'années, comme de la jurisprudence traditionnelle des Cours et tribunaux en ce domaine.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a mis en lumière depuis assez longtemps déjà une distinction fondamentale — faite d'ailleurs également à l'étranger, notamment en France — entre la décision administrative faisant choix du futur contractant, désigné par adjudication publique ou autrement, et le contrat. Des contestations naissent par la force des choses en matière de marchés publics, tantôt au sujet de la régularité de la décision administrative faisant choix du cocontractant,

Hier moet nog worden aan toegevoegd, dat de regeling van het ontwerp alleen bij openbare of beperkte aanbesteding toepassing vindt. Voor mogelijke andere gevallen is niets bepaald. Enkele voorbeelden :

1<sup>o</sup> de gegadigde medecontractant die heeft verkregen dat de Raad van State een beslissing tot het sluiten van een onderhandse overeenkomst nietig verklaart omdat de administratie zich niet bevond in een van de door de wet bepaalde gevallen waarin een zodanige overeenkomst mag worden gesloten (bijvoorbeeld R.S. SABCA, 29 juni 1951, n<sup>o</sup> 982 — N.V. De Noordzee, 10 juni 1958, n<sup>o</sup> 6 340 — Peeters, 9 juli 1954, n<sup>o</sup> 3 587);

2<sup>o</sup> de gegadigde medecontractant die heeft verkregen dat de beslissing, een onderhandse overeenkomst met een bepaald ondernemer te sluiten, nietig wordt verklaard omdat deze de nodige erkenning voor het aannemen van de werken niet bezat of omdat zijn offerte onregelmatig was ten aanzien van de aanbestedingsvoorwaarden (argument ontleend aan de arresten SABCA, 29 juni 1951, n<sup>o</sup> 982 — Beauval, 24 mei 1955, n<sup>o</sup> 4302 — P.V.B.A. Joos, 3 juni 1960, n<sup>o</sup> 7 904);

3<sup>o</sup> de gegadigde medecontractant die in een overeenkomst bij prijsaanvraag geweerd wordt, wanneer de beslissing die zijn inschrijving heeft geweerd een vergissing omtrent het recht of de feiten bevat, of wanneer de aangenomen inschrijving onregelmatig is; dit laatste geval zal zich vaak kunnen voordoen, aangezien het ontwerp de Minister de keuze laat tussen de procedure van de aanbesteding en die van de prijsaanvraag;

4<sup>o</sup> alleen reeds met het oog op openbare of beperkte aanbesteding is de voorgestelde oplossing niet in alle gevallen bruikbaar, met name wanneer de vernietiging niet verkregen is door een inschrijver maar door een gegadigde die zijn offerte niet binnen de gestelde termijn heeft kunnen indienen omdat er een onregelmatigheid was in de openbaarmaking vóór het indienen van de offertes (R.S. Cobelec, 22 december 1961, n<sup>o</sup> 9 069).

Voor al die gevallen zwijgt het ontwerp over mogelijke vergoeding van ondernemers die door een onregelmatige administratieve beslissing benadeeld mochten zijn, en over de vraag voor welke rechtbank de eis tot schadeloosstelling eventueel zal kunnen worden gebracht, en op welke grond hij zal moeten worden uitgewezen. Moet uit artikel 9, § 1, a contrario worden afgeleid, dat vordering tot schadeloosstelling voor de rechtbanken in dat geval uitgesloten is « bij gemis van recht op toewijzing van de overeenkomst » ? Moet worden aangenomen dat de benadeelde alleen in die gevallen bij de Raad van State een aanvraag om herstelvergoeding betreffende de door hem geleden buitengewone schade zal kunnen indienen, terwijl de Raad van State zich « bij wege van gemotiveerd advies uitspreekt naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden van openbaar en privaat belang », zoals bepaald is in artikel 7, § 1, van de wet van 23 december 1946 ? Zulk een oplossing, ofschoon stellig denkbaar, heeft het nadeel, niet alleen dat zij uiteindelijk de Staat over een eventuele schadeloosstelling laat beslissen, maar ook dat twee rechters bevoegd blijven inzake geschillen in verband met toewijzing van openbare overeenkomsten. Er moet dus worden uitgezien naar andere meer bevredigende en vollediger oplossingen.

Een rationele aanpassing van de geschillenberechting inzake openbare overeenkomsten is voorzeker geen gemakkelijke opgave. Zij kan bezwaarlijk alleen op artikel 9, § 1, van het ontwerp worden gegrond. Nodig zijn uitdrukkelijker en vollediger bepalingen, welke rekening houden met de nieuwe gegevens, die de rechtspraak van de Raad van State sinds enkele jaren aan de hand doet, en met de overeenkomstige traditionele rechtspraak van hoven en rechtbanken.

De rechtspraak van de Raad van State wijst al geruime tijd op een fundamenteel onderscheid — trouwens ook in het buitenland, met name in Frankrijk, gemaakt — tussen de administratieve beslissing welke de bij openbare aanbesteding of anderszins aangewezen toekomstige contractant kiest, en het contract. Inzake openbare overeenkomsten rijzen vanzelf betwistingen, nu eens in verband met de regelmatigheid van de administratieve beslissing waarbij de medecontractant

tantôt au sujet de la validité du contrat ou de son exécution. Deux branches distinctes du contentieux apparaissent ainsi : l'une, la seconde, a trouvé depuis longtemps son juge devant les Cours et tribunaux : elle met en jeu des droits nés du contrat régulièrement formé par le consentement des parties, droits qu'on reconnaît généralement comme des droits civils malgré certaines particularités des clauses des marchés administratifs; l'autre — la première — dont n'ont guère connu, jusqu'à présent, les Cours et tribunaux — met en jeu les intérêts des soumissionnaires et candidats cocontractants aux marchés de l'Etat. Jusqu'en 1946, ces intérêts n'étaient protégés par aucune procédure juridictionnelle. Après 1946 et grâce à l'institution en Belgique du recours pour excès de pouvoir, il en a été autrement; toutefois, l'objet de ce recours n'est pas de procurer une satisfaction pécuniaire immédiate aux requérants, ni de leur permettre, fussent-ils les plus bas soumissionnaires, d'exiger la passation du contrat; il est de leur donner le moyen d'exiger de l'administration le respect des règles, établies avant tout mais non exclusivement dans l'intérêt général, règles qui organisent les adjudications ou les rendent obligatoires dans certains cas. Ce n'est que subsidiairement et en cas d'impossibilité d'assurer le respect de ces règles, que les intéressés peuvent obtenir des satisfactions pécuniaires, à proportionner au dommage réellement subi.

S'il s'agit d'assurer une organisation rationnelle du contentieux des marchés publics, on ne peut, en Belgique, se départir de la distinction fondamentale qui vient d'être rappelée entre le contentieux de la régularité de l'acte administratif faisant choix du futur cocontractant et le contentieux du contrat lui-même, distinction dont la jurisprudence du Conseil d'Etat n'a fait d'ailleurs que mettre en relief une des branches. Il convient cependant de ne pas démembrer le contentieux de la régularité de l'acte administratif en en attribuant le jugement à deux ordres de juridictions distincts; au contraire, il faut rendre plus efficace son organisation actuellement imparfaite.

Dans ce but, il appartiendra au législateur d'apprécier si une solution cohérente du problème ne pourrait être trouvée dans une formule dont les grandes lignes sont esquissées ci-après :

1. Maintenir au Conseil d'Etat le premier de ces contentieux tout en lui permettant non seulement, comme il le peut déjà aujourd'hui, de prononcer des annulations, mais aussi d'allouer des indemnités dans tous les cas — qui doivent rester l'exception — où des soumissionnaires ou futurs cocontractants ont été irrégulièrement évincés et où le rétablissement de la légalité intégrale ne sera pas possible.

Ces compétences sont, en réalité, connexes. C'est le juge de la régularité des opérations préalables au contrat qui, ayant connaissance de tous les éléments du dossier administratif, est le mieux placé pour déterminer les indemnités éventuelles en cas où les règles prescrites n'auraient pas été observées.

On observera, d'autre part, que l'entrepreneur ou le fournisseur étant appelé à collaborer à un service public, le législateur peut constitutionnellement considérer comme politique le droit à indemnité qu'il est invité à reconnaître au soumissionnaire irrégulièrement évincé. Dans ces conditions, le législateur peut, en cette matière, reconnaître au Conseil d'Etat une compétence non seulement d'annulation, mais aussi de pleine juridiction, de telle manière que le Conseil d'Etat puisse, par arrêt, annuler l'acte administratif irrégulier et octroyer au soumissionnaire irrégulièrement évincé une juste réparation pécuniaire.

L'introduction devant la même juridiction du recours en annulation et de la demande en indemnité présenterait, en outre, l'avantage de réduire les frais qui incombent au justiciable et d'abrèger la durée du procès en dommages et intérêts. Il va de soi que le juge judiciaire resterait juge du contrat, non seulement de la régularité de son exécution mais aussi de sa validité notamment sous le rapport des vices de consentement qui pourraient l'affecter.

wordt gekozen, dan weer in verband met de geldigheid van het contract of van de uitvoering ervan. In de geschillenbe-rechting zijn er dus twee onderdelen : het tweede staat reeds lang ter beoordeling van hoven en rechtbanken, namelijk dat van de rechten die ontstaan zijn uit een regelmatig door de instemming van partijen tot stand gekomen contract, welke rechten doorgaans als burgerlijke rechten worden erkend ondanks sommige eigen kenmerken van de bepalingen van administratieve overeenkomsten; het eerste — waarvan hoven en rechtbanken tot dusver geen kennis namen — is dat van de belangen van de inschrijvers en gegadigde medecontractanten bij overeenkomsten voor rekening van de Staat. Tot 1946 waren deze belangen door geen rechtsprocedure beschermd. Maar sinds in 1946 in België beroep wegens machtsverschrijding mogelijk werd, is hierin verandering gekomen. Het doel van dat beroep is echter niet, aan verzoekers een onmiddellijke geldelijke voldoening te geven, noch hen in de gelegenheid te stellen, zelfs indien zij de laagste offerte mochten hebben ingediend, te eisen dat de overeenkomst met hen wordt gesloten. Het is wel, hun het middel aan de hand te doen om van de administratie te eisen, dat zij de regels naleeft die vóór alles, ofschoon niet uitsluitend, in het algemeen belang zijn gesteld, en die de aanbestedingen organiseren of in bepaalde gevallen verplicht stellen. Alleen in bijkomende orde en wanneer het onmogelijk is die regels in acht te nemen, kunnen de betrokkenen geldelijke voldoening krijgen, in verhouding dan tot het werkelijk geleden nadeel.

Voor een rationale geschillenberechting inzake openbare overeenkomsten moet in België altijd rekening worden gehouden met het evengoemde fundamenteel onderscheid tussen geschillen omtrent de regelmatigheid van de administratieve handeling waarbij de toekomstige medecontractant wordt gekozen, en geschillen betreffende het contract zelf, een onderscheid waarvan de rechtspraak van de Raad van State slechts één kant op de voorgrond heeft gebracht. De geschillenberechting inzake de regelmatigheid van de administratieve handeling mag men echter niet ontwrichten door ze aan twee soorten rechters op te dragen; veeleer moet naar een volmakter en doeltreffender berechting worden gestreefd.

Het zal dan ook zaak van de wetgever zijn, te oordelen of een samenhangende oplossing niet te vinden is een formule als die welke hier in grote trekken is geschetst :

1° De eerste categorie van geschillen zou ter beoordeling van de Raad van State blijven, maar deze zou niet alleen, zoals tot dusver, nietig mogen verklaren, maar ook vergoedingen mogen toekennen in alle gevallen — die uitzondering moeten blijven — waarin inschrijvers of toekomstige medecontractanten op onregelmatige wijze geweerd zijn en waarin de wettelijkheid niet integraal kan worden hersteld.

Deze bevoegdheden gaan in feite samen. De rechter over de regelmatigheid van de aan het contract voorafgaande verrichtingen, die alle gegevens van het administratief dossier kent, is het best geplaatst om de eventuele vergoedingen te bepalen ingeval de voorgeschreven regels niet in acht mochten zijn genomen. Anderzijds moge worden opgemerkt dat de wetgever, aangezien de ondernemer of de leverancier geroepen is aan een openbare dienst mede te werken, het recht op vergoeding dat hij verzocht wordt in hoofde van de onregelmatig geweerde inschrijver te erkennen, grondwettelijk als een politiek recht mag beschouwen. Hij kan dus terzake aan de Raad van State niet alleen vernietigingsbevoegdheid maar ook volle rechtsmacht verlenen, zodat de Raad bij wege van arrest de onregelmatige administratieve handeling kan vernietigen en aan de onregelmatig geweerde inschrijver een billijke geldelijke vergoeding kan toekennen. Indien het beroep tot nietigverklaring en de eis tot vergoeding voor dezelfde rechter worden gebracht, worden bovendien de kosten voor de rechtzoekende verminderd en wordt de duur van het geding tot schadevergoeding verkort. Vanzelfsprekend zou het contract ter beoordeling van de gewone rechter blijven, niet alleen wat de regelmatigheid van de uitvoering maar ook wat de geldigheid ervan betreft, onder meer met betrekking tot de gebreken inzake toestemming, waardoor het mocht zijn aangetast.

2° Assurer l'efficacité de la procédure d'annulation en assortissant de modalités comprenant l'abréviation des délais de recours et de procédure ainsi que l'organisation d'un sursis à la décision définitive attribuant le marché.

Est-il exact, comme l'affirme l'exposé des motifs, que cette suggestion (institution du sursis et abréviation des délais de recours et de procédure), déjà faite par le Conseil d'Etat, intéressante en théorie, « paralyserait l'action administrative et aggraverait encore les retards que lui reproche si souvent l'opinion publique » ? Cette objection ne s'adresse évidemment pas à l'abréviation des délais. D'ailleurs, les propositions de la doctrine s'orientent vers la prévision de délais extrêmement brefs. La décision désignant provisoirement l'adjudicataire devrait être publiée dans des formes appropriées; le recours en annulation devrait être formé dans un délai, par exemple de dix jours (au lieu de soixante). Après cette publication, il devrait être jugé, en cas d'octroi du sursis, dans un délai, par exemple de soixante jours, sans prorogation (au lieu de six mois, susceptibles d'être prolongés jusqu'à dix-huit mois).

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

\*\*

#### Examen des articles.

L'arrêté royal de présentation aux Chambres ne figure pas dans le texte soumis au Conseil d'Etat; il y aurait lieu de combler cet oubli.

\*\*

Article 1<sup>er</sup>.

L'article 1<sup>er</sup> gagnerait à être rédigé comme suit :

« Article 1<sup>er</sup>. — Les marchés de travaux, de fournitures et de services, au nom de l'Etat, sont passés avec concurrence et à forfait suivant les modes prévus par la présente loi; l'organisation de ces divers modes de passation de marchés est fixée par arrêté royal délibéré en conseil des Ministres ».

\*\*

2° De vernietigingsprocedure zou doeltreffender worden gemaakt door ze gepaard te doen gaan met nadere regelen als : verkorting van de termijnen voor beroep en procedure, en opschorting van de eindbeslissing tot toewijzing van de overeenkomst.

Is het juist dat dit reeds vroeger door de Raad van State gedane voorstel (opschorting en verkorting van de termijnen voor beroep en procedure), zoals de memorie van toelichting zegt, theoretisch van belang is maar de administratieve actie zou lamleggen en de vertragingen, die de openbare mening haar zo dikwijls verwijt, nog vergroten ? De opwerping geldt natuurlijk niet voor de verkorting van de termijnen. De voorstellen van de rechtsleer gaan immers in de richting van uiterst korte termijnen. De beslissing tot voorlopige aanwijzing van de aannemer zou in de gepaste vormen bekendgemaakt, het beroep tot nietigverklaring binnen een termijn van bijvoorbeeld tien in plaats van zestig dagen moeten worden ingesteld. Na die bekendmaking zou, ingeval opschorting wordt toegestaan, uitspraak moeten worden gedaan binnen een termijn van bijvoorbeeld zestig dagen, zonder verlenging (in plaats van zes maanden met mogelijkheid van verlenging tot achttien maanden).

Opschorting is in de administratieve geschillenprocedure niet onbekend. Zij bestaat onder meer in de Franse wetgeving; de invoering ervan in België wordt voorgesteld in het voorstel van wet De Staercke-Tindemans (buitengewone zitting 1961, Kamer van Volksvertegenwoordigers, gedr. st., n° 148). Zij zou niet automatisch worden toegepast. De hierboven overwogen termijn van tien dagen en het beroep tot nietigverklaring, gepaard met een vraag om opschorting, zouden de administratie weliswaar verhinderen de aannemer definitief aan te wijzen en dus het aanvatten van het werk te gelasten, alvorens over de opschorting uitspraak is gedaan, maar een bijzondere zitting zou op korte termijn worden gehouden om over het toestaan van de opschorting te debatteren. Partijen zouden er over de spoed van de zaak kunnen beraadslagen en vermoedelijk zou de opschorting in België, zoals in Frankrijk het geval is, alleen worden toegestaan indien de middelen tot nietigverklaring van de aanwijzing van de voorlopige aannemer zeer ernstig blijken te zijn. Houdt men er voorts rekening mede, dat de administratie in de ontwerp-regeling een ruimere beoordeling heeft over de spoed die het sluiten van onderhandse overeenkomsten wettigt, en dat de Raad van State, volgens de hier gegeven wenken, bevoegd zou zijn om schadevergoeding toe te kennen ingeval hij, na eerst te hebben geoordeeld geen opschorting te kunnen toestaan, desondanks de aanwijzing van de aannemer toch vernietigt, dan mag worden aangenomen dat dit novum noch aan de behoeften van het bestuursbeleid, noch aan de wettige belangen van particulieren afbreuk zou doen.

\*\*

#### Onderzoek der artikelen.

Men leze het opschrift van het ontwerp zoals de Raad van State in zijn advies van 17 oktober 1960 heeft voorgesteld :

« Wet betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat ».

De aan de Raad van State voorgelegde tekst bevat geen indieningsbesluit. In deze leemte moet worden voorzien.

\*\*

Artikel 1.

Dit artikel kan beter als volgt worden gelezen :

« Artikel 1. — De overeenkomsten voor aanneming van werken, leveringen en diensten voor rekening van de Staat worden gesloten met mededinging en tegen een vaste prijs, volgens de procedures bepaald in deze wet; de inrichting van deze onderscheiden procedures voor het sluiten van overeenkomsten wordt bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit vastgesteld ».

\*\*

## Article 2.

L'article 2 appelle des modifications de pure forme qui sont reprises dans le projet de texte suivant :

« Article 2. — Chaque Ministre est, dans les limites de ses attributions, compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés.

Il peut déléguer ses pouvoirs pour les marchés dont le montant maximum est fixé par arrêté royal; toutefois, ne peut faire l'objet d'une délégation, le pouvoir de prendre les décisions dont il est question à l'article 9, § 2 ».

\*\*

## Article 3.

L'article 3, § 2, du projet prévoit des dérogations à la règle du forfait émise par l'article 1<sup>er</sup>.

Ces deux dérogations supposent qu'il n'y a pas de possibilité de recueillir des offres avant le commencement d'exécution du contrat; elles ne peuvent, dès lors, jouer qu'en cas de marché de gré à gré, car les autres modes de passation des marchés comprennent nécessairement la comparaison entre des offres différentes.

Il est, dès lors, suggéré de rédiger le liminaire de l'article 3, § 2, de la manière suivante :

« § 2. Le marché de gré à gré peut être passé sans fixation forfaitaire des prix :

1° ... (la suite comme au projet) ... ».

\*\*

## Articles 4 et 5.

L'article 5 constitue une dérogation à l'article 4. En principe, suivant celui-ci, des paiements ne peuvent être effectués que pour services faits et acceptés; toutefois, l'article 5 prévoit la possibilité de déroger à cette règle.

Il s'indique, dès lors, de fusionner ces deux articles en un seul.

L'article 5 prévoit, par dérogation au principe du paiement pour services faits, l'octroi d'avances. Suivant l'exposé des motifs, « celui-ci (l'octroi d'avances) doit demeurer exceptionnel ». Tel qu'il est rédigé, l'article 5 ne répond pas exactement aux intentions du Gouvernement, car il ne prévoit nullement de limite au pouvoir du Roi de fixer les conditions qui devront être réunies pour que ses avances puissent être accordées.

Il est proposé de compléter l'article 5 en y insérant la limite dont parle l'exposé des motifs.

La rédaction suivante pour les articles 4 et 5 fusionnés est proposée :

« Article 4. — Des paiements ne peuvent être effectués que pour services faits et acceptés; sont considérés comme tels les approvisionnements constitués suivant ce qui est stipulé au contrat pour l'exécution du marché et dont réception a été faite par l'administration.

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

\*\*

La fusion de ces deux articles entraînera une modification du numérotage des articles suivants et de la référence inscrite à l'article 2, alinéa 2.

\*\*

L'intitulé du chapitre II doit être rédigé comme suit :  
« Chapitre II. Des modes de passation des marchés ».

\*\*

## Artikel 2.

Alleen over de vorm van dit artikel zijn opmerkingen te maken; zij zijn in de hierna voorgestelde tekst verwerkt :

« Artikel 2. — Iedere Minister kan, voor zover zijn bevoegdheid reikt, de beslissingen inzake het sluiten en uitvoeren van overeenkomsten nemen.

Voor overeenkomsten waarvan het maximumbedrag bij koninklijk besluit is vastgesteld, kan hij zijn bevoegdheid overdragen; de bevoegdheid tot het nemen van de in artikel 9, § 2, bedoelde beslissingen kan echter niet worden overgedragen ».

\*\*

## Artikel 3.

In artikel 3, § 2, van het ontwerp wordt afgeweken van de in artikel 1 gestelde regel van de vaste prijs.

In beide afwijkingen is verondersteld, dat het onmogelijk is offertes in te krijgen vooraleer de uitvoering van de overeenkomst begint; ze zijn dus alleen denkbaar bij onderhandse overeenkomsten, want bij andere is er noodzakelijk vergelijking van offertes.

Derhalve wordt voorgesteld de inleidende volzin van artikel 3, § 2, te lezen als volgt :

« § 2. Onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten zonder voorafgaande prijsbepaling :

1° ... (zoals in het ontwerp) ... ».

\*\*

## Artikelen 4 en 5.

Artikel 5 is een afwijking op artikel 4. Volgens dit laatste mogen in beginsel geen betalingen worden gedaan dan voor verstrekte en aanvaarde diensten, terwijl artikel 5 afwijkingen van die regel mogelijk maakt.

Men verwerke derhalve beide voorzieningen tot één artikel.

Krachtens artikel 5 kunnen, in afwijking van het beginsel van de betaling voor verstrekte diensten, voorschotten worden toegestaan. Volgens de memorie van toelichting « moet de toekenning (van voorschotten) echter een uitzondering blijven ». In zijn huidige vorm beantwoordt artikel 5 niet ten volle aan de bedoeling van de Regering, want het stelt geen grens aan 's Konings bevoegdheid tot het bepalen van de voorwaarden voor het toestaan van voorschotten.

Voorgesteld wordt, de beperking waarvan in de memorie van toelichting sprake is, op te nemen in artikel 5.

De artikelen 4 en 5 kunnen, in één artikel als volgt worden gelezen :

« Artikel 4. — Betalingen mogen alleen worden gedaan voor verstrekte en aanvaarde diensten; als zodanig worden beschouwd de voorraden die aangelegd zijn volgens hetgeen in de overeenkomst voor dezer uitvoering bedongen is, en die door het bestuur zijn gekeurd.

In uitzonderingsgevallen kunnen echter, als provisie voorschotten worden toegestaan volgens voorwaarden en regelen die bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit worden vastgesteld ».

\*\*

Na de fusie van deze artikelen moeten de volgende, en ook nog de verwijzing in artikel 2, tweede lid, worden vernummerd.

\*\*

Het opschrift van hoofdstuk II leze men als volgt :

« Hoofdstuk II. — Wijze waarop overeenkomsten worden gesloten ».

\*\*

## Article 6.

L'article 6 devrait être rédigé de la manière suivante :

« Article 6. — Les marchés sont passés, soit par adjudication ou sur appel d'offres, au choix du Ministre, soit de gré à gré dans les cas énumérés par l'article 12 ».

\*\*

## Article 8.

La seconde phase de l'article 8 gagnerait à être rédigée de la manière suivante :

« Ces entrepreneurs et fournisseurs sont seuls admis à remettre des soumissions et à assister à l'ouverture de celles-ci ».

\*\*

## Article 9.

L'article 9, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, gagnerait à être rédigé comme suit :

« § 1<sup>er</sup>. — Lorsque le Ministre décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être confié, sous peine, s'il échel, de dommages-intérêts, au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse ».

L'octroi éventuel de dommages-intérêts prévu par cette même disposition soulève la question du contentieux des marchés publics; elle fait l'objet d'une observation générale.

\*\*

## Article 10.

L'article 10 crée un nouveau mode de passation des marchés, l'appel d'offres; il se caractérise par un appel public ou restreint à la concurrence d'une part, et, d'autre part, par la liberté du Ministre de choisir comme cocontractant non pas nécessairement le soumissionnaire le plus bas, mais bien celui qui lui a fait l'offre la plus intéressante. Ce choix ne peut cependant pas être arbitraire; comme il est dit dans l'exposé des motifs, « l'administration choisit librement, ceci ne voulant pas dire arbitrairement, mais signifiant que, par opposition au principe de l'automatisme de l'adjudication, l'administration n'est pas liée par le critère du prix ».

Le projet s'est inspiré, jusque dans ses termes mêmes, de l'article 28 du décret français du 13 mars 1956 qui, réglant la procédure d'appel d'offres, dispose notamment :

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

Dans le cas où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues pour équivalentes, tous les éléments considérés, l'administration, pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres. Hormis ce cas, l'administration ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres.

Le dépôt d'une offre comportant une variante par rapport à l'objet du marché, tel qu'il a été défini par l'administration, peut être pris en considération, si une telle possibilité est expressément prévue dans l'appel d'offres.

... »

Le projet s'écarte très fort de la conception française de l'appel d'offres :

alors que le décret français énumère limitativement les critères dont il peut être tenu compte pour comparer les soumissions, le projet n'en donne qu'une énumération exemplative;

## Artikel 6.

Dit artikel dient te worden gelezen als volgt :

« Artikel 6. — De overeenkomsten worden gesloten hetzij bij aanbesteding of door prijsaanvraag, naar keuze van de Minister, hetzij onderhands in de gevallen genoemd in artikel 12 ».

\*\*

## Artikel 8.

De tweede volzin van dit artikel kan beter worden gelezen als volgt :

« Alleen die aannemers en leveranciers mogen inschrijven indien en de opening van die inschrijvingen bijwonen ».

\*\*

## Artikel 9.

Artikel 9, eerste lid, § 1, kan beter worden gelezen als volgt :

§ 1. Wanneer de Minister besluit de overeenkomst toe te wijzen, moet hij dit, in voorkomend geval op straffe van schadevergoeding, doen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend ».

In verband met de eventuele toekenning van schadevergoeding, bedoeld in dit artikel, rijst het vraagstuk van de geschillen inzake openbare overeenkomsten waarover een algemene opmerking is gemaakt.

\*\*

## Artikel 10.

Dit artikel voert een nieuwe procedure voor het sluiten van overeenkomsten in : de prijsaanvraag. Deze procedure is gekenmerkt door een openbaar of beperkt beroep op mededinging enerzijds, en anderzijds door de vrijheid van de Minister om als medecontractant niet noodzakelijk de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend, maar wel die met de voordeligste offerte te kiezen. Deze keuze mag echter niet willekeurig geschieden : zoals de memorie van toelichting zegt, het bestuur kiest vrij, dit wil niet zeggen naar willekeur, maar betekent dat het bestuur, in tegenstelling met het principe van het automatisme der aanbesteding, door de maatstaf van de prijs niet gebonden is.

Het ontwerp sluit, tot in zijn redactie toe, aan op artikel 28 van het Franse decreet van 13 maart 1956 dat, waar het de procedure van de prijsaanvraag regelt, onder meer bepaalt :

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

Dans le cas où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues pour équivalentes, tous les éléments considérés, l'administration, pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres. Hormis ce cas, l'administration ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres.

Le dépôt d'une offre comportant une variante par rapport à l'objet du marché, tel qu'il a été défini par l'administration, peut être pris en considération, si une telle possibilité est expressément prévue dans l'appel d'offres... ».

... »

Het ontwerp wijkt sterk af van de Franse opvatting van de prijsaanvraag :

— het Franse decreet geeft een beperkende, het ontwerp een enuntiatieve opsomming van de maatstaven waarmee rekening moet worden gehouden voor het vergelijken van de inschrijvingen;

— alors que le décret français prévoit que d'autres critères peuvent être fixés, mais uniquement dans l'avis d'appel d'offres, le projet admet que de nouveaux critères soient suggérés dans les soumissions elles-mêmes;

— alors que le décret français ne permet aucune discussion entre l'Etat et les soumissionnaires, sauf pour faire préciser ou compléter la teneur des offres ou lorsque plusieurs soumissions sont jugées équivalentes, le projet dispose que l'administration a le droit de négocier avec les soumissionnaires en vue d'obtenir des rabais.

On peut évidemment concevoir une définition de l'appel d'offres différente de celle qui est prévue par la législation française; toutefois, à partir du moment où on entend faire de l'appel d'offres un mode de passation de marché soumis à une certaine procédure qui comprend notamment la possibilité de comparer les diverses soumissions, sa définition doit comprendre des éléments qui sauvegardent l'égalité des soumissionnaires; ceux-ci doivent être certains que toutes les soumissions seront examinées sur base de critères identiques.

Le projet, en permettant de négocier avec les soumissionnaires en vue d'obtenir des rabais, en ne fixant les critères sur lesquels l'administration se basera pour juger la soumission la plus intéressante que d'une manière exemplative, et en permettant à chaque soumissionnaire de suggérer lui-même dans sa soumission d'autres critères d'appréciation, ne semble pas répondre à ces impératifs.

L'appel d'offres, tel qu'il est prévu par l'article 10 du projet, se rapproche du marché de gré à gré, jusqu'à s'y identifier dans une très large mesure.

Suivant l'article 12, § 1<sup>er</sup>, du projet, « le marché est dit de gré à gré, lorsque l'administration, éventuellement après consultation d'un ou de plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs, engage librement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue librement le marché à l'entrepreneur ou fournisseur qu'elle a retenu ».

La seule distinction qui pourrait encore être faite entre l'appel d'offres et le marché de gré à gré résultera de ce que le premier suppose un appel public ou restreint, alors que le second peut se traiter sans aucun appel à la concurrence. Il faut cependant observer qu'une telle mise à la concurrence est, pour le marché de gré à gré, également souhaitable; l'exposé des motifs du projet déclare à ce sujet : « ... elle (l'administration) peut néanmoins rester tenue d'organiser, dans toute la mesure du possible et par tous les moyens appropriés, la mise en concurrence des entrepreneurs et fournisseurs, susceptibles de réaliser la prestation qui doit faire l'objet dudit marché ».

On peut dire que l'appel d'offres restreint, tel qu'il est prévu au projet, et le marché de gré à gré, pour lequel on fait appel à quelques concurrents, s'identifient complètement.

Une telle conséquence du caractère trop large de la définition de l'appel d'offres révèle une contradiction, qu'il appartient au Conseil d'Etat de relever, mais à laquelle seul le Gouvernement peut porter remède en apportant au texte de l'article 10, alinéa 2, les modifications nécessaires.

L'article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, dispose :

« L'appel d'offres est public ou restreint et comporte un appel à la concurrence, tel qu'il est prévu pour l'adjudication publique ou l'adjudication restreinte. »

Cette disposition, pour être claire, devrait employer une formule moins condensée. Si l'appel à la concurrence est celui qui est prévu pour l'adjudication publique ou pour l'adjudication restreinte, on peut se demander si l'ouverture des soumissions devra avoir lieu comme dans ces procédures d'adjudications.

Suivant les renseignements qui ont été donnés, l'ouverture des soumissions n'a pas lieu en présence des soumissionnaires.

Il s'indiquerait, dès lors, de rédiger cet article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, d'une manière plus précise et d'indiquer dans l'exposé des motifs sa portée exacte.

Il est suggéré de rédiger cet article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, de la manière suivante :

« L'appel d'offres est public ou restreint.

— het Franse decreet zegt dat andere maatstaven kunnen worden vastgesteld, maar alleen in het bericht betreffende de prijsaanvraag; het ontwerp staat toe dat in de inschrijvingen zelf nieuwe maatstaven worden voorgesteld;

— volgens het Franse decreet mogen tussen Staat en inschrijvers geen besprekingen worden gevoerd, tenzij om de inhoud van de offertes te doen toelichten of aanvullen, of wanneer inschrijvingen gelijkwaardig worden geacht; het ontwerp bepaalt dat de administratie het recht heeft met de inschrijvers te onderhandelen om kortingen te verkrijgen.

Een andere definitie van de prijsaanvraag dan de Franse is uiteraard denkbaar; maar zodra men de prijsaanvraag wil beschouwen als een bepaalde procedure voor het sluiten van overeenkomsten die onder meer de mogelijkheid inluit om de inschrijvingen te vergelijken, moet haar definitie elementen bevatten die de gelijkheid van de inschrijvers waarborgen; deze moeten de zekerheid hebben, dat alle inschrijvingen volgens dezelfde maatstaven zullen worden onderzocht.

Waar het toestaat dat met de inschrijvers wordt onderhandeld ten einde kortingen te verkrijgen, waar het alleen enuntiatief de maatstaven bepaalt waarmee de administratie de voordeligste offerte beoordeelt, en waar het elke inschrijver toelaat zelf andere beoordelingsmaatstaven voor te stellen in zijn inschrijving, lijkt het ontwerp niet aan die eisen te voldoen.

De prijsaanvraag als bedoeld in artikel 10 van het ontwerp lijkt zo sterk op de onderhandse overeenkomst, dat zij er in zeer ruime mate mee samenvalt.

Volgens artikel 12, § 1, van het ontwerp, « wordt de overeenkomst « onderhands » genoemd wanneer de administratie, eventueel na raadpleging van één of meer aannemers of leveranciers, vrij de onderhandelingen aanknoopt die haar nuttig schijnen en de aanneming vrij toewijst aan de aannemer of leverancier die zij heeft weerhouden ».

De prijsaanvraag onderscheidt zich van de onderhandse overeenkomst alleen nog hierin, dat de eerste een openbare of beperkte oproep vereist, de tweede zonder enig beroep op mededinging kan worden gesloten. Er moge nochtans worden opgemerkt, dat zodanig beroep op mededinging ook voor de onderhandse overeenkomst wenselijk is. De memorie van toelichting zegt hieromtrent dat zij (de administratie) nochtans kan toe gehouden blijven, voor zover het enigszins mogelijk is en door alle geschikte middelen, beroep te doen op de mededinging van aannemers en leveranciers die de voor deze overeenkomst vereiste prestatie kunnen doen.

De beperkte prijsaanvraag zoals het ontwerp die opvat, en de onderhandse overeenkomst waarvoor een beroep wordt gedaan op enkele mededingers, mogen volkomen identiek worden genoemd.

Een zodanig gevolg van de te ruime definitie van de prijsaanvraag wijst op een tegenstrijdigheid welke de Raad van State dient op te werpen, maar die alleen de Regering kan verhelpen door in artikel 10, tweede lid, de nodige wijzigingen aan te brengen.

Artikel 10, eerste volzin, bepaalt :

« De prijsvraag kan openbaar of beperkt zijn; zij behelst een beroep op de mededinging, zoals voor de openbare of beperkte aanbesteding ».

De beknoptheid staat hier de duidelijkheid in de weg. Indien het beroep op mededinging hetzelfde is als bij de openbare of beperkte aanbesteding, is het de vraag of de opening van de inschrijvingen ook moet plaatshebben zoals bij die aanbestedingen.

Volgens de verstrekte inlichtingen worden de inschrijvingen niet in bijzijn van de inschrijvers geopend.

Het is derhalve zaak, artikel 10, eerste volzin, nauwkeuriger te stellen en in de memorie van toelichting de juiste strekking ervan aan te geven.

Voorgesteld wordt, deze tekst te lezen als volgt :

« De prijsaanvraag is openbaar of beperkt.

L'appel d'offres dit « public » comporte la publication d'un appel général à la concurrence dans le bulletin édité à cet effet à l'intervention de l'Etat.

L'appel d'offres dit « restreint » comporte un appel à la concurrence limité aux seuls entrepreneurs ou fournisseurs que le Ministre décide de consulter ».

\*\*

Sous réserve de l'observation générale émise ci-dessus concernant l'article 10, alinéa 2, il y aurait lieu, par souci de concordance, de remplacer dans cet alinéa le mot « administration » par le mot « Ministre ».

\*\*

Article 11.

L'article 11, par. 1<sup>er</sup>, dispose :

« L'accomplissement d'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres n'implique pas, pour le Ministre, l'obligation d'attribuer le marché... ».

Après avoir émis ce principe, le projet énumère les diverses décisions que le Ministre peut prendre s'il ne décide pas d'attribuer le marché à la suite de la procédure suivie. Une telle énumération ne semble pas nécessaire; toutefois, si le Gouvernement désire la voir figurer à l'article 11, par. 1<sup>er</sup>, encore faudrait-il la compléter; en effet, dans les cas prévus par l'article 12, et notamment dans celui qui est formulé au par. 2, 2<sup>o</sup>, de cet article, le Ministre peut passer un marché de gré à gré.

Il y aurait, dès lors, lieu de compléter l'article 11, par. 1<sup>er</sup>, par les mots suivants : « soit passer un marché de gré à gré si la loi l'y autorise ».

\*\*

Article 12.

Par souci de concordance avec les autres dispositions du projet, il y a lieu de remplacer les mots « administration » par le mot « Ministre », à l'article 12, par. 1<sup>er</sup>.

\*\*

L'article 12, par. 2, 1<sup>o</sup>, prévoit qu'il peut être traité de gré à gré :

« Lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant fixé par un arrêté royal délibéré en conseil des Ministres ».

L'origine de ces dispositions se trouve dans l'article 22, 1<sup>o</sup>, de la loi du 15 mai 1846, modifiée par la loi du 13 juillet 1930, qui prévoit qu'il peut être traité de gré à gré :

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

La loi du 14 décembre 1946 a complété cette disposition :

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

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

Il faut observer qu'à juste titre le projet ne reprend pas une telle dérogation; en effet, il ne peut s'agir d'un véritable marché, puisque la Régie du travail pénitentiaire ne possède pas de personnalité distincte de celle de l'Etat.

L'article 12, par. 2, 11<sup>o</sup>, devrait être rédigé comme suit :

« 11<sup>o</sup> pour les fournitures qui, en raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel elles sont destinées, sont choisies et achetées aux lieux de production ou d'emmagasinage ».

\*\*

» De « openbare » prijsaanvraag omvat de bekendmaking van een algemeen beroep op mededinging in het daartoe door toedoen van de Staat uitgegeven bulletin.

De « beperkte » prijsaanvraag omvat een beroep op mededinging, uitsluitend beperkt tot aannemers of leveranciers welke de Minister besluit te raadplegen ».

\*\*

Onder voorbehoud van de algemene opmerking die hierboven is gemaakt betreffende artikel 10, tweede lid, vervangen in deze tekst, ter wille van de overeenstemming, het woord « administratie » door « Minister ».

\*\*

Artikel 11.

Artikel 11, § 1, bepaalt :

« Het volgen van de procedure van aanbesteding of van de prijsvraag brengt voor de Minister geen verplichting mee om de aanneming toe te wijzen... ».

Na dit te hebben gesteld, noemt het ontwerp de verschillende beslissingen welke de Minister kan nemen indien hij er niet toe besluit de overeenkomst ingevolge de toegepaste procedure toe te wijzen. Een zodanige opsomming lijkt onnodig; mocht de Regering ze toch in artikel 11, § 1, willen handhaven, dan moet ze worden aangevuld; in de gevallen bedoeld onder artikel 12, met name onder § 2, 2<sup>o</sup>, kan de Minister een onderhandse overeenkomst sluiten.

Men vulle artikel 11, § 1, dus eventueel aan met de volgende woorden : « hetzij een onderhandse overeenkomst sluiten, indien de wet hem daartoe machtigt ».

\*\*

Artikel 12.

Ter wille van de overeenstemming met de overige bepalingen van het ontwerp vervangen men in artikel 12, § 1, het woord « administratie » door « Minister ».

\*\*

Artikel 12, § 2, 1<sup>o</sup>, bepaalt dat onderhands kan worden gehandeld :

« 1<sup>o</sup> wanneer de goed te keuren uitgave het bedrag, dat werd bepaald bij een in raad overlegd koninklijk besluit, niet overtreft ».

Deze bepalingen vinden oorsprong in artikel 22, 1<sup>o</sup>, van de wet van 15 mei 1846, gewijzigd bij de wet van 13 juli 1930, krachtens welke onderhandse overeenkomsten mogen worden gesloten :

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

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

« Nochtans, niets wordt beperkt indien hun uitvoering toevertrouwd is aan de werkhuizen van de strafgestichten en andere, ahangende van het Ministerie van Justitie ».

Bij de parlementaire voorbereiding van die wet is verklaard, dat die afwijking werd ingevoerd « met het doel meer soepelheid te geven aan de tussen de Staatsbesturen en de Regie van de gevangenisarbeid afgesloten contracten » (zitting 1939-1940, Kamer van Volksvertegenwoordigers, gedr. st. n<sup>o</sup> 144).

Op te merken valt, dat het ontwerp zodanige afwijking terecht niet overneemt; hier kan immers van een werkelijke overeenkomst geen sprake zijn, aangezien de Regie van de gevangenisarbeid geen van die van de Staat onderscheiden persoonlijkheid bezit.

In de Franse tekst van artikel 12, § 2, 11<sup>o</sup>, voege men de woorden « de l'emploi » in tussen « spécialité » en « auquel ».

\*\*

Articles 13 et 14.

Les articles 13 et 14 devraient être rédigés comme suit :

« Article 13. — L'article 14 de la loi du 9 août 1955 instituant un Fonds des routes 1955-1969 est remplacé par la disposition suivante :

» Article 14. — Tous les marchés pour travaux, fournitures ou services au nom du Fonds sont soumis aux dispositions législatives relatives aux marchés passés au nom de l'Etat. »

« Article 14. — Dans l'article 1<sup>er</sup>, A, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agrégation des entrepreneurs, les mots « Sans préjudice de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat » sont remplacés par les mots « Sans préjudice des dispositions législatives relatives aux marchés passés au nom de l'Etat ».

\*\*

Article 15.

L'article 15 du projet abroge :

« 4<sup>e</sup> l'article 45 de la loi du 28 avril 1853 sur l'organisation de l'enseignement supérieur dans les universités de l'Etat ».

La loi sur l'organisation de l'enseignement supérieur dans les universités de l'Etat est du 28 avril 1953 et l'article qui doit être abrogé n'est pas l'article 45, qui a trait à la liste des chargés de cours, professeurs et professeurs ordinaires exerçant une autre activité rétribuée, mais bien l'article 54 qui déroge à l'article 22, 1<sup>o</sup>, de la loi du 15 mai 1846.

L'article 15 gagnerait à être rédigé comme suit :

« Article 15. — Sont abrogés :

1<sup>o</sup> dans le décret des 8-10 juillet 1791 concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs :

a) au titre 1<sup>er</sup>, la seconde phrase de l'article 23 et la partie de l'article 26 commençant par les mots : « sans autorisation du Ministre de la guerre »;

b) au titre VI, les articles 1<sup>er</sup> à 22 et 24 à 27;

2<sup>o</sup> l'article 20 de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat, modifié par la loi du 14 décembre 1946, l'article 21 de la même loi, l'article 22 de la même loi, modifié par les lois des 13 juillet 1930 et 14 décembre 1946;

3<sup>o</sup> l'article 5 de la loi du 6 juillet 1891 modifiant quelques dispositions de la loi sur le droit de patente;

4<sup>o</sup> l'article 54 de la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement supérieur dans les universités de l'Etat ».

\*\*

**Incidence du projet sur d'autres lois  
et autres textes en projet.**

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

L'article 59 du projet de loi modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat, tel qu'il a été voté par le Sénat, dispose (session 1961-1962, Ch. des Représentants, doc. parl. n<sup>o</sup> 282-1) :

« 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.

Artikelen 13 en 14.

De artikelen 13 en 14 dienen te worden gelezen als volgt :

« Artikel 13. — Artikel 14 van de wet van 9 augustus 1955 tot instelling van een Wegenfonds 1955-1969 wordt door de volgende bepaling vervangen :

» Artikel 14. — Alle overeenkomsten betreffende werken, leveringen of diensten voor rekening van het Fonds zijn onderworpen aan de wetsbepalingen betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat ».

« Artikel 14. — In artikel 1, A, eerste lid, van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers worden de woorden « onverminderd de wet van 15 mei 1846 op de comptabiliteit van de Staat » vervangen door de woorden « onverminderd de wetsbepalingen betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat ».

\*\*

Artikel 15.

Door dit artikel wordt mede opgeheven :

« 4<sup>e</sup> artikel 45 van de wet van 28 april 1853 op de inrichting van het hoger onderwijs in de Rijksuniversiteiten ».

De wet betreffende de inrichting van het hoger onderwijs in de Rijksuniversiteiten dagtekent van 28 april 1953; het op te heffen artikel is niet 45, dat betrekking heeft op de lijst van de docenten, hoogleraren en gewone hoogleraren die een andere bezoldigde activiteit uitoefenen) maar 54, dat afwijkt van artikel 22, 1<sup>o</sup>, van de wet van 15 mei 1846.

Artikel 15 kan beter worden gelezen als volgt :

« Artikel 15. — Opgeheven worden :

1<sup>o</sup> in het decreet van 8-10 juli 1791 betreffende de bewaring en de indeling van de versterkte plaatsen en militaire posten, de politie van de vestingwerken en andere desbetreffende zaken :

a) in titel I, de tweede volzin van artikel 23 en het gedeelte van artikel 26 dat aanvangt met de woorden : « sans autorisation du Ministre de la guerre »;

b) in titel VI de artikelen 1 tot 22 en 24 tot 27;

2<sup>o</sup> artikel 20 van de wet van 15 mei 1846 op de comptabiliteit van de Staat, gewijzigd bij de wet van 14 december 1946, artikel 21 van dezelfde wet, artikel 22 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wetten van 13 juli 1930 en 14 december 1946;

3<sup>o</sup> artikel 5 van de wet van 6 juli 1891 houdende wijziging van enige bepalingen der wet op het patentrecht;

4<sup>o</sup> artikel 54 van de wet van 28 april 1953 betreffende de inrichting van het hoger onderwijs in de Rijksuniversiteiten ».

\*\*

**Terugslag van het ontwerp op andere wetten  
of ontwerp-wetten.**

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

Artikel 59 van het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, zoals het door de Senaat is goedgekeurd (zitting 1961-1962, Kamer van Volksvertegenwoordigers, gedr. st. n<sup>o</sup> 282-1) bepaalt :

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



Par dérogation aux dispositions des articles 36 et 37, les acomptes sont imputés au budget de l'année au cours de laquelle il sont payés.»

Une telle disposition prévoit, pour les entreprises d'Etat qualifiées « 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 1<sup>er</sup>, cité ci-dessus, devrait être omis.

\*\*

*Loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.*

La loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, modifiée par l'arrêté royal du 18 décembre 1957, dispose en son article 7bis :

« Article 7bis : par. 1<sup>er</sup>. Chaque fois que leurs statuts n'en disposent pas autrement, les organismes d'intérêt public visés par la présente loi concluent les marchés de travaux, fournitures et transport qu'ils passent de gré à gré après un appel à la concurrence. Toutefois, le marché de gré à gré peut être passé sans appel à la concurrence, soit dans les cas où l'Etat peut traiter de gré à gré, soit dans les cas prévus par les statuts des mêmes organismes.

Par. 2. Lorsque ces organismes recourent à l'adjudication publique, ils sont tenus d'appliquer les dispositions qui fixent la procédure d'adjudication publique pour les marchés au nom de l'Etat sous les deux réserves suivantes :

... ».

Comme il a été exposé dans le rapport au Roi, qui précède l'arrêté royal du 18 décembre 1957, l'article 7bis répond au souci de voir s'unifier dans toute la mesure du possible, le régime des marchés de l'Etat et celui des marchés des organismes d'intérêt public. L'exposé des motifs au présent projet rappelle le reste que la législation sur les marchés de l'Etat fut étendue, dans une certaine mesure, aux organismes d'intérêt public par la loi du 16 mars 1954 et l'arrêté royal du 18 décembre 1957 ».

L'article 7bis ne prévoit que deux modes de passation des marchés, l'adjudication publique et le gré à gré; ce sont les modes qui sont prévus pour l'Etat par la loi du 15 mai 1846.

Le présent projet modifie fondamentalement le régime de passation des marchés de l'Etat en créant de nouveaux modes de passation des marchés, l'adjudication restreinte et l'appel d'offres, et en laissant au Ministre le soin de choisir entre la procédure d'adjudication et celle de l'appel d'offres; le projet, de plus, dispose que la soumission la plus basse doit être agréée sous peine de dommages-intérêts s'il échet.

Si le Gouvernement estime qu'une certaine uniformisation du régime des marchés est souhaitable, il s'indiquerait de revoir le régime des marchés des organismes d'intérêt public à la lumière du présent projet.

La Chambre était composée de :

MM. J. SUESENS, premier président, L. MOUREAU et G. HOLOYE, conseillers d'Etat, P. ANSIAUX et P. DE VISSCHER, assesseurs de la section de législation; C. ROUSSEAU, greffier adjoint, greffier.

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

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

*Le Greffier. — De Griffier.*

(w.g.)  
(s.) ROUSSEAU.

In afwijking van het bepaalde in de artikelen 36 en 37 worden de voorschotten aangerekend op de begroting van het jaar waarin ze betaald worden ».

Deze bepaling voert voor de zogenaamde « Staatsbedrijven » 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.

\*\*

*Wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.*

Artikel 7bis van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 18 december 1957, bepaalt :

« Artikel 7bis. — § 1. Telkens als hun statuten niet anders luiden, sluiten de in deze wet bedoelde organismen van openbaar nut hun overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten, onderhands, na een beroep op de mededinging. Een onderhandse overeenkomst kan echter zonder een beroep op de mededinging worden gesloten, hetzij in de gevallen waarin de Staat onderhands kan overeenkomen, hetzij in de gevallen voorzien door de statuten van dezelfde organismen.

§ 2. Bij openbare aanbesteding zijn deze organismen gehouden tot het toepassen van de bepalingen tot vaststelling van de procedure van openbare aanbesteding, ten aanzien van voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten, onder het volgende tweeledige voorbehoud :

... ».

Zoals in het verslag aan de Koning dat aan het koninklijk besluit van 18 december 1957 voorafgaat, is gezegd, beantwoordt artikel 7bis aan het streven naar een zo groot mogelijke eenheid tussen de regeling betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat en die voor rekening van de instellingen van openbaar nut. De memorie van toelichting van het onderhavige ontwerp herinnert er overigens aan, dat de wetgeving betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat « in zekere mate tot de instellingen van openbaar nut werd uitgebreid door de wet van 16 maart 1954 en het koninklijk besluit van 18 december 1957 ».

Artikel 7bis kent slechts twee procedures voor het sluiten van overeenkomsten : openbare aanbesteding en onderhandse overeenkomst; het zijn de procedures welke de wet van 15 mei 1846 voor de Staat heeft voorgeschreven.

Het onderhavige ontwerp brengt in de regeling voor het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat grondige wijzigingen aan door het invoeren van nieuwe procedures, beperkte aanbesteding en prijsaanvraag, en door de Minister de keuze tussen de aanbesteding en de prijsaanvraag te laten; bovendien bepaalt het ontwerp dat de aanbesteding, in voorkomend geval op straffe van schadeloosstelling, moet worden gegund aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend.

Acht de Regering een zekere eenmaking van de regeling inzake overeenkomsten wenselijk, dan zou de regeling betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de instellingen van openbaar nut aan de hand van het onderhavige ontwerp moeten worden herzien.

De Kamer was samengesteld uit :

De Heren J. SUESENS, eerste-voorzitter; L. MOUREAU en G. HOLOYE, raadsheren van State; P. ANSIAUX en P. DE VISSCHER, bijzitters van de afdeling wetgeving; C. ROUSSEAU, adjunct-griffier, griffier.

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

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

*Le Président. — De Voorzitter.*

(w.g.)  
(s.) J. SUESENS.