

BELGISCHE SENAAT

ZITTING 1962-1963.

23 JANUARI 1963.

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

VERSLAG

NAMENS DE COMMISSIE VOOR DE
FINANCIEN (1) UITGEBRACHT
DOOR DE H. **LEEMANS**.

INHOUD.

	Blz.
I. Algemene ontleding van het ontwerp	1
II. Uiteenzetting van de Eerste-Minister	7
III. Algemene bespreking	12
IV. Artikelsgewijze bespreking	17
V. Voorstellen inzake terminologie	21

DAMES EN HEREN,

I. Algemene ontleding van het ontwerp.

Het voorgelegde ontwerp van wet werd bij de Senaat ingediend op 22 augustus 1962. Dit ontwerp wijzigt fundamenteel het regime van de aanbesteding voor rekening van de Staat zoals het bij de wet van 15 mei 1846 (art. 21 en 22) werd ingesteld.

Onder het regime van 1846 geschieden alle kopen die in naam van de Staat worden aangegaan met mededinging, met openbaarmaking en tegen een vaste prijs. Alleen in uitzonderlijke gevallen mag onderhands worden overeengekomen. Het regime dat in dit ontwerp wordt voorgesteld behoudt het principe van de openbare aanbesteding, doch het voorziet ditmaal vier vormen voor het sluiten van overeenkomsten :

- 1° De openbare aanbesteding;
- 2° De beperkte aanbesteding;

(1) De volgende leden hebben aan de beraadslagingen van de Commissie deelgenomen :

De heren Pierre De Smet, voorzitter; Adam, De Baeck, Baron de Dorlodot, De Man, Louis Desmet, Franck, Godin, Harmegnies, Hougardy, Janssen, Jennard, Molter, Rassart, Scokaert, Van Cauwenberghe, Van Houtte, Van Laeys, Versé, Vreven, Wiard en Leemans, verslaggever.

R. A 6368.

Zie :

Gedr. St. van de Senaat :

364 (Zitting 1961-1962) : Ontwerp van wet.

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 1962-1963.

23 JANVIER 1963.

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

RAPPORT

FAIT AU NOM DE LA COMMISSION
DES FINANCES (1)
PAR M. **LEEMANS**.

SOMMAIRE.

	Page.
I. Analyse générale du projet	1
II. Exposé du Premier Ministre	7
III. Discussion générale	12
IV. Discussion des articles	17
V. Propositions en matière de terminologie	21

MESDAMES, MESSIEURS,

I. Analyse générale du projet.

Le présent projet de loi a été déposé au Sénat le 22 août 1962. Ce projet apporte des modifications fondamentales au régime des adjudications pour compte de l'Etat, mis en vigueur par la loi du 15 mai 1846 (articles 21 et 22).

Sous l'empire de la loi de 1846, tous les marchés au nom de l'Etat sont faits avec concurrence, publicité et à forfait. Il ne peut être traité de gré à gré que dans des cas exceptionnels. Tout en maintenant le principe de l'adjudication publique, le présent projet prévoit dorénavant quatre procédés de passation de marchés :

- 1° L'adjudication publique;
- 2° L'adjudication restreinte;

(1) Les membres suivants ont participé aux délibérations de la Commission :

MM. Pierre De Smet, président; Adam, De Baeck, Baron de Dorlodot, De Man, Louis Desmet, Franck, Godin, Harmegnies, Hougardy, Janssen, Jennard, Molter, Rassart, Scokaert, Van Cauwenberghe, Van Houtte, Van Laeys, Versé, Vreven, Wiard et Leemans, rapporteur.

R. A 6368.

Voir :

Document du Sénat :

364 (Session de 1961-1962) : Projet de loi.

3° De algemene of beperkte offerteaanvraag;

4° De onderhandse overeenkomst.

Onderstaande tabel laat toe het bestaande systeem te vergelijken met het systeem dat door het ontwerp wordt voorgesteld.

Vergelijking inzake procedures van het wetsontwerp over de openbare overeenkomsten met de bestaande wetgeving.

<i>Huidig systeem.</i>	<i>Systeem van het wetsontwerp.</i>
------------------------	-------------------------------------

A. Wijze van sluiten der overeenkomst.

1. *Openbare aanbesteding (algemene regel)*: gekenmerkt door publicatie van de oproep tot de mededinging en opening van de inschrijvingsbiljetten in openbare zitting.

Naar keuze van de Minister :

1° *Openbare aanbesteding*: gekenmerkt door publicatie van de oproep tot mededinging en opening van de inschrijvingsbiljetten in openbare zitting.

2° *Beperkte aanbesteding*: beroep op de mededinging is beperkt tot de aannemers die de Minister beslist te raadplegen. Zij alleen zijn tegenwoordig bij het openen van de inschrijvingsbiljetten.

3° *Offerteaanvraag*:

a) *algemeen*: de Minister kiest vrij de aanbieding die hij het interessantst oordeelt;

b) *beperkt*: niet alleen in functie van de prijs maar ook bijvoorbeeld van de technische waarde, de uitvoeringstermijn, enz.

2. *De onderhandse overeenkomst*: (9 gevallen voorzien bij artikel 22 van de wet van 15 mei 1846).

(N. B. De beperkte aanbesteding die in werkelijkheid reeds toegepast wordt, kan het slechts zijn in het kader van deze 9 uitzonderlijke gevallen).

4° *Onderhandse overeenkomst*: (12 gevallen).

B. Keuze van de gegadigde.

1° *Openbare aanbesteding.*

De gegadigde zal die zijn welke de « laagste offerte » heeft ingediend, rekening houdend met:

— de offerten;

— de « andere berekenbare elementen die op zekere wijze de uitgaven komen verhogen die door het Bestuur zullen dienen gedaan te worden » (namelijk de receptiekosten, de taxes, enz.).

1° *Openbare of beperkte aanbesteding.*

De aannemer zal die zijn welke de « laagste offerte » heeft ingediend, rekening houdend met:

— de offerten;

— de « andere berekenbare elementen die op zekere wijze de uitgaven komen verhogen die door het Bestuur zullen dienen gedaan te worden » (namelijk de receptiekosten, de taxes, enz.);

3° *L'appel d'offres, général ou restreint;*

4° *Le marché de gré à gré.*

Le tableau suivant permettra de faire la comparaison entre le régime actuellement en vigueur et celui prévu par le projet.

Comparaison, en matière de procédures, du nouveau projet de loi sur les marchés de l'Etat avec la législation en vigueur.

<i>Système actuel.</i>	<i>Système du projet de loi.</i>
------------------------	----------------------------------

A. Mode de passation des marchés.

1. *Adjudication publique (règle générale)*: caractérisée par publication de l'appel à la concurrence et ouverture des soumissions en séance publique.

Au choix du Ministre :

1° *Adjudication publique*: caractérisée par publication de l'appel à la concurrence et ouverture des soumissions en séance publique.

2° *Adjudication restreinte*: appel à la concurrence limité aux entrepreneurs que le Ministre décide de consulter. Eux seuls assistent à l'ouverture des soumissions.

3° *Appel d'offres*:

a) *général*: le Ministre choisit librement l'offre qu'il juge la plus intéressante;

b) *restreint*: en fonction non seulement du prix mais également par exemple de la valeur technique, du délai d'exécution, etc.

2. *Marchés de gré à gré*: (9 cas prévus à l'article 22 de la loi du 15 mai 1846).

(N. B. L'adjudication restreinte qui, en fait, se pratique déjà, ne peut l'être que dans le cadre de ces 9 cas exceptionnels).

4° *Marchés de gré à gré*: (12 cas).

A. Choix de l'adjudicataire.

1. *Adjudication publique.*

L'adjudicataire sera celui qui a remis l'offre « la plus basse », ce, en tenant compte:

— des prix offerts;

— des « autres éléments chiffrables qui viendront, de manière certaine, augmenter les débours qui devront être faits par l'administration » (notamment les frais de réception, taxes, etc.).

1. *Adjudication publique restreinte.*

L'adjudicataire sera celui qui a remis l'offre « la plus basse », ce, en tenant compte:

— des prix offerts;

— des « autres éléments chiffrables qui viendront, de manière certaine, augmenter les débours qui devront être faits par l'administration » (notamment les frais de réception, taxes, etc.);

— de « coëfficiënten van technische aard eventueel voorzien in het speciaal lastenkohier (bv. voor bepaalde aannemingen van centrale verwarming: het verbruik, de brandstof, de sterkte van verwarming — voor auto's: de kracht, de consumptie aan benzine en olie);

2° *Offerteaanvraag* (algemene of beperkte).

De Minister kiest vrij de aannemer waarvan hij het aanbod het interessantst vindt, niet alleen in functie van de prijs der prestaties maar ook van hun gebruikskosten, hun technische waarde, de uitvoeringstermijn, de zekerheid van bevoorrading, enz.

— « des coefficients d'ordre technique éventuellement prévus au cahier spécial des charges (ex. pour certains marchés d'installation de chauffage central: consommation, combustible, puissance de chauffe — pour véhicules automobiles: puissance, consommation, essence, huile);

2. *Appel d'offres* (général ou restreint).

Le Ministre choisit librement l'adjudicataire dont il juge l'offre la plus intéressante en fonction non seulement du prix des prestations, mais aussi de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, du délai d'exécution, de la sécurité des approvisionnements, etc.

C. De gevallen van onderhandse overeenkomst.

Artikel 22 van de wet van 15 mei 1846 voorziet dat er een onderhandse overeenkomst mag gesloten worden in de volgende 9 gevallen:

1° voor iedere uitgave die kleiner is dan 100.000 fr.;

2° in geval van geheime overeenkomsten;

3° als er uitvindings- of in-voerbrevetten bestaan;

4° voor de voorwerpen die slechts één enkele persoon bezit;

5° voor de kunstvoorwerpen en preciesieinstrumenten;

6° voor de overeenkomsten gesloten op de proef;

7° voor de stoffen en waren die worden aangekocht op de plaats waar zij geproduceerd of opgeslagen worden;

8° in geval er onregelmatige offerten of onaanvaardbare prijzen werden ingediend;

9° in geval van werkelijke urgentie.

Artikel 12 van het wetsontwerp voorziet dat er tot een onderhandse overeenkomst mag overgegaan worden in de volgende 12 gevallen:

1° wanneer de uitgave niet een bedrag te boven gaat vastgesteld per in Kabinetsraad overlegd koninklijk besluit;

2° in geval er onregelmatige offerten of onaanvaardbare prijzen werden ingediend;

3° als er uitvindings- of in-voerbrevetten bestaan, of er slechts één enkel bezitter is;

4° in geval van technische noodwendigheden of van voorafgaande belangrijke investeringen;

5° voor de kunstvoorwerpen en preciesieinstrumenten;

6° voor de overeenkomsten gesloten op de proef;

7° in geval van werkelijke urgentie;

8° in geval van geheime overeenkomsten;

9° in geval dat de prijzen onttrokken werden aan het normale spel van de concurrentie (ingevolge overeenkomsten onder leveranciers);

10° voor de overeenkomsten die dienen gesloten te worden in het buitenland;

11° voor de stoffen en waren die worden aangekocht op de plaats waar zij geproduceerd of opgeslagen worden;

12° voor de overeenkomsten die technisch niet van de hoofdovereenkomst kunnen gescheiden worden en waarvan de uitgave geen 20 % van deze laatste te boven gaat.

N. B. In het wetsontwerp zijn de huidige gevallen 3° en 4° samengesmolten tot een 3° nieuw.

C. Les cas de marchés de gré à gré.

L'article 22 de la loi du 15 mai 1846 prévoit qu'il peut être traité de gré à gré dans les 9 cas suivants:

1° pour toute dépense inférieure à 100.000 francs;

2° en cas de marchés secrets;

3° en cas d'existence de brevets d'invention, d'importation, etc.;

4° pour les objets qui n'auraient qu'un possesseur unique;

5° pour les ouvrages et objets d'art ou de précision;

6° pour les marchés faits à titre d'essai;

7° pour les matières et denrées qui sont achetées au lieu de production ou d'emmagasinage;

8° en cas d'offres irrégulières ou de prix inacceptables;

9° dans le cas d'urgence évidente.

N. B. Dans le projet de loi, les cas actuels prévus aux 3° et 4° sont fusionnés dans un 3° nouveau.

L'article 12 du projet de loi prévoit qu'il peut être traité de gré à gré dans les 12 cas suivants:

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

2° en cas d'absence d'offres régulières ou de prix inacceptables;

3° en cas d'existence de brevets d'invention, d'importation, etc. ou d'un unique possesseur;

4° en cas de nécessités techniques ou d'investissements préalables importants;

5° pour les ouvrages et objets d'art ou de précision;

6° pour les marchés faits à titre d'essai;

7° dans le cas d'urgence évidente;

8° en cas de marchés secrets;

9° lorsque les prix sont soustraits au jeu normal de la concurrence (en raison d'ententes entre fournisseurs);

10° pour les marchés qu'il s'impose de conclure à l'étranger;

11° pour les matières et denrées qui sont achetées au lieu de production ou d'emmagasinage;

12° pour les marchés qui techniquement ne peuvent être séparés du marché principal ou dont le coût n'excède pas 20 % de celui-ci.

Sinds 1848 hebben de opeenvolgende regeringen beproefd de wettelijke beschikkingen betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat te verduidelijken, de draagwijdte van de contractuele bepalingen nader te omschrijven of zelfs bepaalde afwijkingen uit te breiden.

Onder de *verduidelijkingen* van de algemene wetgeving behoren :

1° het koninklijk besluit van 15 november 1849 betreffende de uitvoering van de wet op de rijkscomptabiliteit (artikel 160 en volgende);

2° het koninklijk besluit van 10 december 1868 houdende algemeen reglement op de rijkscomptabiliteit; artikelen 91 tot 99 (opgeheven bij koninklijk besluit van 5 oktober 1955, artikel 46);

3° de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut (artikel 7);

4° 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 (basistekst);

5° het koninklijk besluit van 5 oktober 1955 tot instelling van de permanente commissie voor de algemene aanbestedingsvoorwaarden inzake overeenkomsten voor rekening van de Staat;

6° het koninklijk besluit van 18 december 1957 tot wijziging en aanvulling, in uitvoering van de wet van 12 maart 1957, houdende sommige bepalingen op financieel, economisch en sociaal gebied, van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut (inlassing van een artikel 7bis);

7° het koninklijk besluit van 31 mei 1961 tot wijziging 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;

8° het ministerieel besluit van 22 juli 1961 genomen in uitvoering van het koninklijk besluit van 31 mei 1961.

De *wettelijke afwijkingen* werden geregeld door :

1° het koninklijk besluit van 25 oktober 1950 waarbij de Minister van Landsverdediging er toe gemachtigd wordt onderhandse koopovereenkomsten aan te gaan, welke van zulke aard zijn dat het nodig is het geheim er van te bewaren;

2° het koninklijk besluit van 20 december 1952 waarbij de Minister van Volksgezondheid en van het Gezin er toe gemachtigd wordt onderhandse koopovereenkomsten aan te gaan, welke van zulke aard zijn dat het nodig is het geheim er van te bewaren.

De *controle op de uitvoering* van deze wetten en koninklijke besluiten geschiedt door het Rekenhof en door de Raad van State.

1° Bij herhaling heeft het *Rekenhof* gewezen op onregelmatigheden bij de toepassing van artikel 21 van de wet van 15 mei 1846 op de rijkscomptabiliteit (ontstentenis van openbare aanbesteding).

Voorbeelden van dergelijke afwijkingen treft men o.m. aan in het 118° Boek (deel A, blz. 77 tot en met

Depuis 1848, les gouvernements successifs ont tenté de rendre plus claires les règles légales relatives aux marchés passés au nom de l'Etat, de préciser la portée des dispositions contractuelles ou même d'étendre le champ d'application de certaines dérogations.

Parmi les *précisions* apportées à la législation générale, citons :

1° l'arrêté royal du 15 novembre 1849 réglant l'application des dispositions légales sur la comptabilité de l'Etat (article 160 et suivants).

2° l'arrêté royal du 10 décembre 1868 portant règlement général sur la comptabilité de l'Etat : articles 91 à 99 (abrogés par l'arrêté royal du 5 octobre 1955, article 46);

3° la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public (article 7);

4° l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat (texte de base);

5° l'arrêté royal du 5 octobre 1955 instituant la commission permanente du cahier général des charges de l'Etat;

6° l'arrêté royal du 18 décembre 1957 modifiant et complétant, en exécution de la loi du 12 mars 1957 portant certaines dispositions en matière financière, économique et sociale, la loi du 16 mars 1854 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public (insertion d'un article 7bis);

7° l'arrêté royal du 31 mai 1961 modifiant l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat;

8° l'arrêté ministériel du 22 juillet 1961 pris en exécution de l'arrêté royal du 31 mai 1961.

Les *dérogations légales* ont été prévues par :

1° l'arrêté royal du 25 octobre 1950 autorisant le Ministre de la Défense nationale à conclure de gré à gré certains marchés à caractère secret;

2° l'arrêté royal du 20 décembre 1952 autorisant le Ministre de la Santé Publique et de la Famille à conclure de gré à gré certains marchés à caractère secret.

Le *contrôle de l'application* de ces lois et arrêtés est effectué par la Cour des Comptes et par le Conseil d'Etat.

1° A plusieurs reprises, la *Cour des Comptes* a signalé des irrégularités commises dans l'application de l'article 21 de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat (absence d'adjudication publique).

Le 118° Cahier, fascicule I A, p. 77 à 85, de la Cour contient notamment des exemples de pareilles irrégula-

85) van deze instelling. Vooral de departementen van Openbare Werken, Nationale Opvoeding en Verkeerswezen hebben zich daaraan, onder voorwendsel van hoogdringendheid, schuldig gemaakt.

2^e De Raad van State oefent controle uit op de geldigheid van de door de Staat en de openbare besturen aangegane overeenkomsten in het licht van de wet van 15 mei 1846 op de rijkscomptabiliteit en het koninklijk besluit van 5 oktober 1955. (1)

De Raad van State vestigt er de aandacht op dat zijn recht op nietigverklaring tegen akten van administratieve overheden (artikel 9 van de wet van 23 december 1946) invloed heeft gehad op de evolutie van het overeenkomstenrecht. Nochtans wordt ook erkend dat de arresten die recht hebben laten wedervaren aan een geweerde inschrijver, zuiver platonisch gebleken 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 ». De Eerste-Voorzitter van de Raad, de heer J. Suetens, besloot hieruit dat de tussenkomst van het rechterlijk apparaat in dezer verzees is en dat de arresten van de Raad van State onwerkzaam zijn (2).

**

Het is onbetwistbaar dat sinds 1846 de overeenkomsten voor rekening van de Staat een verschillende en ver om zich heengrijpende inhoud hebben gekregen.

Ook is het een feit dat de openbaarheid niet de absolute waarborgen biedt die de Staat ervan verwacht had voor een effectieve mededinging.

Deze situatie heeft er toe geleid dat in vele landen, en in de eerste plaats bij onze partners van de Zes, dit aanbestedingsregime uit de XIX^e eeuw gevoelige wijzigingen onderging. In België daarentegen is men praktisch gebleven bij het enige stelsel der openbare aanbesteding. In de Memorie van Toelichting van onderhavig wetsontwerp wordt hierover gezegd : « 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. »

(1) Zie daarover F. M. Rémion « *Le Conseil d'Etat et les marchés de l'Administration* » - Ann. Fac. Droit Liège, 1960, blz. 427-479.

(2) Om aan deze onvoldoende toestand te verhelpen stellen J. P. Hainaut en R. Jobet in hun boek « *Les contrats de travaux et de fournitures de l'Administration dans le Marché Commun* », Tome premier 1962, het volgende voor :

« De aantrekkelijkste er van, de uiterst dringende behandeling door de Raad van State van de beroepen die ingediend zijn tegen een eenzijdige administratieve handeling welke plaats heeft gedurende de procedure, is door verscheidene auteurs diepgaand onderzocht.

« Deze oplossing om de termijnen voor de indiening van het beroep en de behandeling ervan tot een minimum te beperken, wordt gekoppeld aan het voorstel om de uitvoering van de betwiste administratieve handeling uit te stellen. De grootste moeilijkheid om aan de afgewezen derden een passende vergoeding te verlenen, spruit immers hieruit voort dat het beroep op de Raad van State geen opschortend karakter heeft, met het gevolg dat de overeenkomst, in de meeste gevallen, reeds uitgevoerd of in uitvoering is, op de dag dat de beslissing van de Raad van State tenslotte valt. » (O. C. blz. 256-257). Zie ook M. Flamme « *La Réforme des Marchés de l'Etat* » in « *La Construction* », 15 septembre 1962.

rités. Ce sont surtout les départements des Travaux publics, de l'Education nationale et des Communications qui, prétextant l'urgence, s'en sont rendus coupables.

2^e Le Conseil d'Etat contrôle la validité des marchés passés par l'Etat et les administrations publiques, à la lumière de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat et de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 (1).

Le Conseil d'Etat souligne que sa compétence d'annulation des actes des autorités administratives (article 9 de la loi du 23 décembre 1946) a exercé une influence sur l'évolution du droit des marchés. Toutefois, il reconnaît que les arrêts donnant raison au soumissionnaire évincé sont restés 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 ». Le Premier Président du Conseil d'Etat, M. J. Suetens, en conclut « que l'intervention de l'appareil judiciaire, en cette matière, est vaine et que les arrêts du Conseil d'Etat sont inopérants » (2).

**

Il n'est pas douteux que les marchés pour compte de l'Etat ont actuellement un contenu différent et bien plus large qu'en 1846.

Par ailleurs, il est certain que la publicité, ne répondant pas aux attentes de l'Etat, n'est pas une garantie absolue d'une concurrence effective.

Cette situation a amené de nombreux pays, et en tout premier lieu nos partenaires de l'Europe des Six, à modifier sensiblement ce régime des adjudications datant du XIX^e siècle. Par contre, en Belgique, on en est pratiquement resté au système unique des adjudications publiques. A ce sujet, l'exposé des motifs du présent projet fait remarquer : « 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 ».

(1) Voir à ce sujet F. M. Rémion, « *Le Conseil d'Etat et les marchés de l'Administration* » - Ann. Fac. Droit, Liège, 1960, pp. 427 à 479.

(2) Pour remédier à cette situation, J. P. Hainaut et R. Jobet, dans leur ouvrage « *Les contrats de Travaux et de fournitures de l'Administration dans le Marché commun* », Tome premier, 1962, proposent la solution suivante :

« La plus séduisante d'entre elles, l'examen d'extrême urgence par le Conseil d'Etat des recours introduits contre un acte administratif unilatéral accompli au cours de la procédure, a été étudiée avec soin par plusieurs auteurs.

« Cette solution, qui tend à réduire au minimum les délais de présentation du recours et l'examen de celui-ci, est assortie du sursis à l'exécution de l'acte administratif incriminé. En effet, la plus grande difficulté d'accorder une réparation adéquate aux tiers évincés provient de ce que, le recours au Conseil d'Etat n'étant pas suspensif, le marché est dans la plupart des cas exécuté ou en bonne voie d'exécution au jour où intervient enfin la décision du Conseil d'Etat. » (O. C. p. 256-257). Voir aussi M. Flamme, « *La réforme des marchés de l'Etat* » in « *La Construction* », 15 septembre 1962.

Het hoeft wel geen biezonder betoog dat een dergelijk regime vaak nadelig is uitgevallen voor onze eigen industrie en dat de Staat door deze strakheid verhinderd werd om een soepele en doelmatige conjuncturele politiek te voeren. Anderzijds bevonden onze bedrijven zich in een uitgesproken minderwaardige positie in het mededingen bij Staatsopdrachten in andere landen, beschikkend over een « breed verakt systeem van menigvuldige procedures ».

Waar de Memorie van Toelichting meent dat een meer soepel regime ook een grote invloed hebben zal op de structurele omvorming van onze economie, valt het uwe Commissie moeilijker deze zienswijze zonder meer te delen. Zeker, de *omvang* der aanbestedingen en bestellingen van de Staat heeft invloed op de economische bedrijvigheid en haar structuren.

We onderschrijven de noodzaak van meer soepelheid. Deze mag echter geen panacée worden. Ook mag soepelheid als dusdanig niet geïdentificeerd worden met « een goed georganiseerd stelsel van overeenkomsten voor rekening van de Staat. » Hiervoor zijn andere kwalificaties nodig.

De buitengewone resultaten die men ipso facto verwacht voor onze infrastructuur en voor onze industriële activiteit beschouwt uw Commissie met een zekere reserve. Ze meent dat de betekenis van dit wetsontwerp, op dit stuk, wellicht te zeer in het licht gezien wordt van de Franse praktijken van aanbestedingen. Uw Commissie houdt aan de idee dat de overeenkomsten voor rekening van de Staat primair moeten gericht zijn op het verkrijgen van de degelijkste en meest voordelige uitvoering en levering, en niet in de eerste plaats op het voeren van een bepaalde structuurpolitiek.

Om een idee te geven van de Franse werkwijze sinds het decreet van 13 maart 1956 gelieve U hierbij een tabel te vinden over de 48.296 overeenkomsten die in 1960 door de openbare besturen werden afgesloten :

Overeenkomsten.				
Afsluitingswijze.	Aantal.	%	Waarde NF.	%.
Openbare aanbesteding :	359	0,74	78.086.242	0,91
Beperkte aanbesteding :	2.245	4,65	214.077.701	2,50
Openbare offerte-aanvraag :	6.042	12,51	833.269.188	9,72
Beperkte offerte-aanvraag :	16.782	34,75	3.025.467.205	35,27
Onderhandse overeenkomst :	22.868	47,35	4.426.229.061	51,60
Totaal :	48.296	100,00	8.577.129.397	100,00

Point n'est besoin d'une longue démonstration pour se rendre compte que pareil régime a eu souvent des conséquences néfastes pour notre industrie nationale et que cette rigidité a empêché l'Etat de mener une politique conjoncturelle souple et efficace. D'autre part, nos entreprises se trouvaient dans une position concurrentielle nettement défavorable en matière des travaux à exécuter pour compte de l'Etat dans d'autres pays disposant d'un « vaste système à procédures multiples ».

Mais lorsque l'exposé des motifs dit qu'un régime plus souple aurait également une grande influence sur la transformation structurelle de notre économie, il est assez difficile à votre Commission de sa rallier purement et simplement à ce point de vue. Sans doute le *volume* des adjudications et des commandes de l'Etat n'est-il pas sans influence sur l'activité économique et sur sa structure.

Nous reconnaissons la nécessité d'un assouplissement, mais celui-ci ne saurait être considéré comme une panacée. En elle-même, la souplesse ne saurait davantage être identifiée à « un régime bien organisé de passation des marchés de l'Etat ». D'autres qualifications sont requises à cet effet.

Quant aux résultats extraordinaires qui devraient en découler automatiquement pour l'infrastructure et l'activité industrielle, votre Commission s'est montrée quelque peu sceptique. Elle pense que, dans l'appréciation de cet aspect du projet de loi, l'on se réfère trop aux pratiques françaises en matière d'adjudications. Votre Commission persiste à croire que, dans la passation de marchés pour compte de l'Etat, il s'agit avant tout d'obtenir une exécution des travaux et des fournitures dans les conditions les meilleures et les plus avantageuses et non pas d'appliquer une politique structurelle déterminée.

Pour donner une idée de la méthode appliquée en France depuis le décret du 13 mars 1956, voici un tableau des 48.296 marchés passés en 1960 par les pouvoirs publics :

Marchés.				
Modes de passation	Nombre.	%.	Valeur NF.	%.
Adjudication ouverte :	359	0,74	78.086.242	0,91
Adjudication restreinte :	2.245	4,65	214.077.701	2,50
Appels d'offres ouverts :	6.042	12,51	833.269.188	9,72
Appels d'offres restreints :	16.782	34,75	3.025.467.205	35,27
Gré à gré :	22.868	47,35	4.426.229.061	51,60
Total :	48.296	100,00	8.577.129.397	100,00

Deze cijfers brengen ons tot het besluit :

— dat, in Frankrijk, de onderhandse overeenkomsten, die wettelijk geacht worden de uitzondering te vormen, in werkelijkheid de belangrijkste zijn : 47,35 % van het totaal en 51,60 % van de waarde;

— dat de overeenkomsten, gesloten bij wijze van openbare aanbesteding, die geacht worden de regel te vormen, slechts een zeer gering percentage uitmaken : 0,74 % en 0,91 %.

Een ander besluit is voorts nog dat, in Frankrijk, de overeenkomsten die niet openbaar worden gemaakt (beperkte aanbestedingen, beperkte offerte-aanvragen en onderhandse aanbestedingen) veruit het meest voorkomen : 86,75 % van het aantal en 89,37 % van de waarde.

Het lijkt uw Commissie evident dat het drukken van de openbare aanbestedingen op dit geringe niveau niet in de lijn ligt van de besprekingen die gevoerd worden door de E.E.G. om een Europese markt van de overeenkomsten voor rekening van de Staat tot stand te brengen.

Hoe precies de opvattingen van de Regering liggen werd verduidelijkt in een mededeling van de Eerste-Minister, mededeling die hier volgt en die door uw Commissie werd beaamd.

II. Uiteenzetting van de Eerste-Minister.

« Hoewel louter technisch van aard, zal dit ontwerp niettemin een aanzienlijke economische weerslag hebben, die niet anders dan heilzaam kan zijn voor onze industrie en voor de rationalisatie van de openbare overeenkomsten.

Het streeft een tweevoudig doel na:

1° vervanging door een enige en volledige tekst, van al de wettelijke beschikkingen ter zake, die sedert een eeuw over talrijke teksten verspreid liggen;

2° vervanging van het strakke dualisme « openbare aanbesteding of onderhandse overeenkomst » door een rijkere gamma van procedures.

Het dient onderstreept dat de van kracht zijnde wetgeving van algemene aard steeds beperkt is tot drie bepalingen welke geïsoleerd in de wet van 1846 op de Rijkscomptabiliteit voorkomen :

— de eerste bepaalt dat « geen enkele overeenkomst, geen enkele conventie voor werken of leveringen mag voorzien in voorschotten tenzij voor geleverde en aanvaarde dienst »;

— een tweede bepaalt dat « alle overeenkomsten voor rekening van de Staat worden gesloten met mededinging, publiciteit en tegen forfaitaire prijs »;

— een derde tenslotte, behelst een beperkende opsomming van negen gevallen waarin onderhandse overeenkomsten mogen gesloten worden.

Men mag overigens zeggen dat heel onze kaderwetgeving inzake overeenkomsten zich tot de twee laatste beperkt, vermids de eerste enkel een betalingsregel behelst.

De ces chiffres, on peut conclure :

— que les marchés français passés par gré à gré, le mode légalement réputé le plus exceptionnel, sont les plus importants : 47,35 % en nombre et 51,60 % en valeur;

— que les marchés conclus par la voie d'adjudication ouverte, réputés comme étant la règle, n'atteignent qu'un pourcentage dérisoire : 0,74 % et 0,91 %.

On peut en conclure encore que les marchés français protégés par l'absence de publicité (adjudications restreintes, appels d'offres restreints et gré à gré) constituent une impressionnante majorité : 86,75 % en nombre et 89,37 % en valeur.

Il a semblé évident à votre Commission que la compression du volume des adjudications publiques à un niveau si bas ne concorde pas avec la tendance qui se dégage des discussions menées au sein de la C.E.E. et visant à créer un marché européen pour les marchés passés au nom de l'Etat.

Une communication du Premier Ministre, qui est reproduite ci-après et qui a rencontré l'adhésion de votre Commission, a précisé les intentions du Gouvernement en ce domaine.

II. Exposé du Premier Ministre.

« Ce projet, bien que purement technique, aura cependant une incidence économique considérable, qui ne pourra être que bénéfique pour notre industrie et pour la rationalisation des marchés publics.

Il a un objectif double, en ce sens qu'il tend :

1° à remplacer, par un texte unique et exhaustif, toutes les dispositions légales sur la matière qui se trouvent éparpillées depuis un siècle dans de nombreux textes;

2° à substituer au dualisme sommaire et rigide : « adjudication publique ou marché de gré à gré » une gamme plus riche de procédures.

Il faut souligner que la législation de portée générale actuellement en vigueur se limite toujours à trois dispositions isolées de la loi de 1846 sur la comptabilité de l'Etat :

— l'une qui édicte qu'« aucun marché, aucune convention pour travaux et fournitures ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté »;

— une seconde qui stipule que « tous les marchés au nom de l'Etat sont faits avec concurrence, publicité et à forfait »;

— une troisième enfin, qui énonce limitativement neuf cas dans lesquels il peut être traité de gré à gré.

Au demeurant, il est même permis de dire que toute notre législation de cadre en matière de marchés publics se réduit aux deux dernières de ces dispositions, la première n'étant qu'une règle de paiement.

Dit is zeer pover, te meer daar de overeenkomsten voor rekening van de Staat steeds grotere financiële en economische betekenis hebben gekregen (± 30 miljard per jaar); daar de Staat zelf een grote onderneming is geworden, die een ruime investeringspolitiek voert, en daar de overeenkomsten zelf, in hun omvang en hun complexiteit, en vooral door hun weerslag op het economisch leven van het land, grondig gewijzigd zijn. Het is dan ook geenszins overdreven te verklaren dat het instrument van de openbare overeenkomsten een kostbaar hulpmiddel kan zijn voor het voeren niet enkel van een conjunctuur- maar ook van een structuurpolitiek.

A. Wijzen van sluiten der overeenkomst.

Bovendien blijkt uit de al te lapidaire teksten dat het bestuur geen keuze heeft: de openbare aanbesteding is de regel, vermits de negen uitzonderingen waarvan boven sprake was behalve een die op het geheel van de overeenkomsten slaat die een bepaald plafond niet overtreffen, thans 100.000 frank — enkel op wel omschreven en vrij zeldzame gevallen betrekking hebben.

De openbare aanbesteding is ongetwijfeld gedurende lange tijd beschouwd geworden als een gouden regel, in deze zin dat zij a priori elk vermoeden van fraude of van intrige bij de keuze van de gegadigden uitsluit en het mogelijk maakt de laagste prijzen te verkrijgen.

Maar indien deze wijze van sluiten der overeenkomsten moet behouden blijven, dient zij niet meer als de enig geldende, als de enig mogelijke, als de enig geschikte beschouwd te worden.

Het is inderdaad duidelijk geworden dat op vele gebieden, vooral ingevolge de ontwikkeling van de techniek en de verscherping van de concurrentie, de laagste prijs niet noodzakelijk meer met de voordeligste offerte overeenstemt.

De andere landen, en o.m. onze partners van de Gemeenschappelijke Markt, hebben dit goed begrepen, want hun wetgeving en hun praktijk hebben precies een ruim vermogen tot aanpassing aan de eisen van het economisch leven en zijn evolutie gemeen.

Aldus kan de administratie in Frankrijk naar goeddunken opteren voor de openbare of beperkte aanbesteding, of nog voor de algemene of beperkte prijsaanvraag.

In Nederland geldt zoals in ons land, de openbare aanbesteding als principe, doch de Overheid kan hiervan afwijken mits gemotiveerde beslissing, hetzij voor een reeks gelijkaardige gevallen, hetzij voor bijzondere gevallen.

In de Duitse Bondsrepubliek vormt de openbare aanbesteding eveneens de regel, met dit voorbehoud nochtans dat de toewijzing gebeurt aan de zogenaamd meest economische offerte, hetgeen een veel ruimer criterium is dat dicht aanleunt bij de prijsaanvraag; bovendien is het toegelaten van de algemene regel af te wijken wanneer de aard van de transactie of de speciale omstandigheden ervan dit rechtvaardigen.

De Italiaanse wetgeving voorziet het principe van de openbare aanbesteding en in sommige gevallen, de onderhandse overeenkomst of de wedstrijd, doch

C'est on ne peut plus sommaire, d'autant plus que les marchés de l'Etat ont pris une importance financière et économique sans cesse accrue (± 30 milliards de francs par an); que l'Etat est devenu lui-même une grande entreprise pratiquant une vaste politique d'investissements et que les marchés eux-mêmes se sont transformés par leur ampleur et leur complexité, et surtout, par leur incidence sur la vie économique nationale. Et ceci à un point tel qu'il n'est pas du tout exagéré de prétendre que la matière des marchés publics peut être d'un précieux appoint pour la conduite d'une politique non seulement conjoncturelle mais aussi structurelle.

A. Modes de passation des marchés.

Au surplus, il résulte des textes trop lapidaires en cause que nos administrations n'ont pas le choix: la règle, c'est l'adjudication publique, les neuf exceptions susvisées ne visant — à part une, qui concerne la généralité des marchés ne dépassant pas un certain plafond, 100.000 francs actuellement — que des cas bien particuliers et assez rares.

Certes, l'adjudication publique a longtemps été considérée comme une règle d'or, en ce sens qu'elle écarte, a priori, toutes suppositions de fraudes ou d'intrigues dans le choix des adjudications et permet d'obtenir les plus bas prix.

Mais si ce mode de passation des marchés doit être maintenu, il ne doit plus être regardé comme le seul valable, le seul praticable, le seul opportun.

Il est devenu évident, en effet, qu'en bien des domaines, eu égard surtout au développement de la technique et à l'acuité de la concurrence, le plus bas prix ne correspond plus nécessairement à l'offre la plus avantageuse.

Les autres pays — et notamment nos partenaires du Marché Commun — l'ont bien compris, car leur législation et leur pratique ont précisément pour trait commun une large faculté d'adaptation aux exigences de la vie économique et à son évolution.

Ainsi, en France, l'administration peut, à son gré, opter pour l'adjudication publique ou restreinte, soit encore pour l'appel d'offres, public ou restreint.

Aux Pays-Bas, le principe est, comme dans notre pays, l'adjudication publique, mais les autorités peuvent 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'adjudication publique est également la règle, avec cette réserve toutefois que l'attribution se fait à l'offre dite « la plus économique », ce qui est un critère beaucoup plus large, s'apparentant à l'appel d'offres; au surplus, il y a autorisation d'y déroger lorsque la nature de la transaction ou les circonstances spéciales le justifient.

En Italie, la législation prévoit le principe de l'adjudication publique, et dans certains cas, la possibilité de l'adjudication restreinte, du marché de gré à gré ou du

in de praktijk bezigt men meestal de beperkte aanbesteding.

Uitgaande van deze praktijken, bepaalt het ontwerp vier procedures :

- 1° de openbare aanbesteding;
- 2° de beperkte aanbesteding, waarbij de mededinging beperkt blijft tot die ondernemers en leveranciers welke door de administratie geraadpleegd worden;
- 3° de algemene of beperkte offerte-aanvraag, met vrije keuze van de gegadigde;
- 1° de onderhandse overeenkomst.

Er zullen dus twee soorten van procedures bestaan :

1° de procedures met aanbesteding, die een gematigd automatisme behelzen bij de keuze van de gegadigde en waarvoor het criterium van de prijs bepalend is.

2° de andere procedures die aan de bouwheer de vrijheid laten te kiezen voor de offerte welke hij het voordeligst acht, waarbij het criterium van de prijs hem niet noodzakelijk bindt.

B. *Aanwending van de verschillende wijzen van sluiten der overeenkomsten.*

Met deze diversiteit van de procedures past het de aandacht vooral te vestigen op de sleutelbepaling van artikel 5 van het ontwerp, waarin verklaard wordt dat « de overeenkomsten worden gesloten hetzij bij aanbesteding of door offerte-aanvraag naar keuze van de Minister, hetzij onderhands in de gevallen genoemd in artikel 12 ».

Een essentieel bestanddeel van de hervorming ligt inderdaad hierin dat, naar het voorbeeld van hetgeen in de andere landen van de E.E.G. geschiedt, het aan de bevoegde Minister hoort de aan te wenden wijze van sluiten der overeenkomst te kiezen, naar gelang de aard, de omvang en het dringend karakter van de overeenkomst, naar gelang de mogelijkheden tot selectie van de ondernemingen en de leveranciers en naar gelang de economische omstandigheden van het ogenblik, dit alles vanzelfsprekend zonder dat discriminatie op het stuk van nationaliteit kan worden ingevoerd, hetgeen in tegenspraak zou zijn met onze verdragen.

Hierbij kan nog vermeld dat deze oplossing werd gekozen ingevolge de opmerkingen welke de Raad van State had gemaakt naar aanleiding van een eerste wetsontwerp dat onder de voorgaande Regering was uitgewerkt. Dit ontwerp legde op beperkende wijze de gevallen vast waarin het zou geoorloofd zijn een beroep te doen, hetzij op de beperkte aanbesteding, hetzij op de algemene of beperkte prijsaanvraag. De Raad van State voerde aan dat met deze opvatting, de voorgenomen hervorming niet zover reikte als het stelsel dat in de andere landen van de Gemeenschappelijke Markt wordt toegepast. In deze landen bestaat er inderdaad geen aflijning tussen de verschillende aan

concours, mais, en pratique, on recourt généralement à l'adjudication restreinte.

S'inspirant de ces pratiques, le projet retient quatre modes de procédure :

- 1° l'adjudication publique;
- 2° l'adjudication restreinte, dans laquelle la concurrence se limite aux seuls entrepreneurs et fournisseurs consultés par l'Administration;
- 3° l'appel d'offres général ou restreint, avec le libre choix du soumissionnaire;
- 4° le marché de gré à gré.

Il existera donc deux séries de procédures :

1° les procédures par adjudication, qui comportent un automatisme mitigé dans le choix du soumissionnaire et pour lesquelles le critère du prix est déterminant.

2° les autres procédures, qui laissent au maître de l'ouvrage la liberté d'opter pour l'offre qu'il estime la plus avantageuse, le critère du prix ne le liant pas nécessairement.

B. *Recours aux divers modes de passation.*

A propos de cette diversité de procédures, il convient surtout d'attirer l'attention sur la disposition-clé que comporte l'article 5 du projet, lequel énonce que « les marchés sont passés soit par adjudication, soit sur appel d'offres, au choix du Ministre, soit de gré à gré dans les cas énumérés par l'article 12 ».

Un élément essentiel de la réorganisation est, en effet, qu'à l'instar de ce qui se fait dans les autres pays de la C.E.E., c'est au Ministre compétent qu'il appartiendra de choisir le mode de procédure à mettre en œuvre, et ce suivant la nature, l'importance et l'urgence du marché, suivant les possibilités de sélection des entreprises et fournisseurs et suivant les circonstances économiques du moment, le tout bien entendu sans que puissent être prévues des discriminations de nationalité qui seraient en contradiction avec les traités que nous avons signés.

On peut signaler encore que cette solution a été adoptée à la suite des remarques que le Conseil d'Etat avait formulées au sujet d'un premier projet de loi élaboré sous le Gouvernement précédent. Ce projet présentait cette caractéristique de délimiter d'une manière restrictive les cas où il aurait été permis de recourir soit à l'adjudication restreinte, soit à l'appel d'offres général ou restreint. Le Conseil d'Etat a fait valoir que cette conception cantonnait la réforme envisagée en-deçà du système appliqué dans les autres pays du Marché Commun. Dans ceux-ci, en effet, il n'existe pas de cloisonnement entre les diverses procédures pouvant être utilisées, ce qui implique que le

te wenden procedures, hetgeen insluit dat de Minister over een absoluut recht beschikt voor het kiezen van de procedure die hem het meest geschikt lijkt.

Dit neemt nochtans niet weg dat, indien het ontwerp als dusdanig niet de gevallen opsomt waarin respectievelijk de beperkte aanbesteding en de offerteaanvraag zal gebezigd worden, de memorie van toelichting bij wijze van voorbeeld een reeks gevallen aanduidt waarin deze wijzen van sluiten der overeenkomsten aan te bevelen zijn. Aldus zal de beperkte aanbesteding best aangewend worden voor overeenkomsten waar het om een groot bedrag gaat of die van een bijzondere aard zijn, waarbij de concurrentie in feite beperkt blijft tot een aantal ondernemingen en waarvan de uitvoering een buitengewone technische vaardigheid of een financiële draagkracht vergt. Het meest klassieke toepassingsgeval voor de procedure van de offerteaanvraag betreft de overeenkomsten waarbij een wedstrijd het meest aangewezen lijkt.

In verband met de onderhandse overeenkomsten zijn er weinig wijzigingen in vergelijking met het stelsel van de wet van 1816 : enkel 12 uitzonderingen, terwijl er reeds 9 bestaan welke voor het merendeel worden overgenomen.

C. Eerbiediging van de rechten van de laagste inschrijver in geval van aanbesteding.

Een andere belangrijke beschikking van het ontwerp is die van artikel 8, § 1 : voor de overeenkomsten met aanbesteding is voorzien dat « wanneer de Minister besluit de overeenkomst toe te wijzen, hij dit, op straf van schadevergoeding moet doen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend ». Indien deze beschikking aan de laagste inschrijver weliswaar geen recht op verkrijging van de overeenkomst toekent, legt zij alleszins aan de administratie de plicht op de overeenkomst toe te wijzen aan die inschrijver, in deze zin dat ingeval van niet-naleving van deze verplichting de ten onrechte uitgesloten inschrijver een actie tot schadeloosstelling kan inzetten uit hoofde van het nadeel dat daaruit voor hem is kunnen voortspuiten.

De oorsprong van deze beschikking ligt in de vaststelling dat een einde dient gemaakt aan een absoluut onlogische en zelfs paradoxale juridische toestand welke de doctrine, de rechtsbeoefenaars, de rechtbanken en de Raad van State voortdurend hebben betreurd : de onregelmatig uitgesloten inschrijver beschikt niet over geschikte wapenen om zijn goed recht te doen gelden. Hij kan vanzelfsprekend voor de Raad van State een vordering tot nietigverklaring van de voor hem ongunstige beslissing instellen doch, indien dit beroep wordt ingewilligd, betekent dit voor hem enkel een zuiver platonische genoegdoening. Het arrest van de Raad van State volgt inderdaad eerst een of twee jaar na de toewijzing, d.w.z. op een ogenblik waarop het contract reeds is uitgevoerd. De belanghebbende mag zich dan al tot de rechtbank wenden om schadeloosstelling te bekomen, deze poging is bij voorbaat tot mislukking gedoemd, vermits de rechtbanken zich bij ontstentenis van een gepaste tekst, onbevoegd verklaren.

Ministre dispose du droit absolu de choisir la voie qui lui paraît la plus appropriée.

Il n'en reste pas moins que si le dispositif du projet n'énumère pas les cas dans lesquels il sera respectivement fait appel à l'adjudication restreinte et à l'appel d'offres, l'exposé des motifs indique, à titre exemplatif, une série de situations dans lesquelles ces modes de passation des marchés se recommanderont. Ainsi, l'adjudication restreinte s'appliquera aux marchés d'un montant élevé ou d'une nature spéciale, dans laquelle la concurrence se limite, en fait, à un certain nombre de firmes et dont l'exécution requiert une compétence technique ou une capacité financière exceptionnelles. Pour la procédure d'appel d'offres, le cas d'application le plus classique à citer est celui où il conviendra de recourir à un concours.

Pour ce qui est des marchés de gré à gré, il y a peu de changements par rapport au système de la loi de 1846 : 12 exceptions seulement, alors qu'il en existait déjà 9, dont la plupart sont reprises.

C. Respect des droits du soumissionnaire le plus bas en cas d'adjudication.

Une autre disposition importante du projet est celle de l'article 8, § 1^{er} : pour les marchés par adjudication, il est prévu que, « 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 ». Cette disposition consacre, sinon un droit à l'obtention du marché pour le soumissionnaire le plus bas, du moins un devoir pour l'Administration d'adjuger le marché à ce soumissionnaire, en ce sens qu'en cas d'inobservation de ce devoir, le soumissionnaire évincé se voit ouvrir une action en dommages-intérêts en raison du préjudice qui a pu en résulter pour lui.

L'origine de cette disposition réside dans la constatation qu'il convient de mettre fin à une situation juridique absolument illogique et même paradoxale, que la doctrine, les praticiens, les tribunaux et le Conseil d'Etat n'ont cessé de déplorer : le soumissionnaire irrégulièrement évincé ne dispose pas d'armes propres à faire valoir son bon droit. Il peut évidemment introduire devant le Conseil d'Etat un recours en annulation de la décision qui le lèse, mais si ce recours est accueilli, c'est là, pour lui, une satisfaction purement platonique. En effet, l'arrêt du Conseil d'Etat n'intervient qu'un ou deux ans après l'adjudication, c'est-à-dire à un moment où le contrat est déjà exécuté. L'intéressé a beau alors se retourner vers les tribunaux pour obtenir des dommages-intérêts; cette tentative est vouée d'avance à l'échec, les tribunaux se déclarant incompétents, faute d'un texte adéquat.

De bepaling van artikel 8 vult deze leemte van onze wetgeving aan, doordat zij een formele sanctie voorziet, in de vorm van schadeloosstelling, op de fouten die de Administratie op dat gebied eventueel zou begaan.

D. Toepassing van de hervorming.

1. Vanzelfsprekend legt het wetsontwerp enkel de grote lijnen van de procedures voor het sluiten van overeenkomsten vast. Verschillende uitvoeringsbesluiten zijn voorzien, waarvan het belangrijkste in artikel 1 wordt aangekondigd en dat deze procedures moet « organiseren ». In feite bestaat dit hoofdbesluit reeds : het is dit van 5 oktober 1955, d.i. het organiek besluit op de overeenkomsten voor rekennig van de Staat, aangevuld met een bijlage welke de administratieve contractuele bepalingen van de overeenkomsten bevat onder de beter bekende titel « Algemeen lastenkohier van de Staat ». Een koninklijk besluit van 31 mei 1961 heeft verder aan de Eerste-Minister de opdracht toevertrouwd dit document geregeld aan te passen aan de economische, technische, sociale of andere noodwendigheden, door middel van ministeriële besluiten en na advies van de Permanente Commissie der Openbare Aannemingen.

Aldus heeft deze Commissie reeds een eerste herziening van het organiek besluit uitgewerkt. Maar vermits dit vooralsnog enkel betrekking heeft op de openbare aanbesteding en de onderhandse overeenkomst, zal het dienen aangevuld te worden met de reglementering van de andere procedures welke door dit wetsontwerp worden voorgesteld.

2. Zoals zijn hoofding het aanduidt, heeft dit wetsontwerp enkel betrekking op de overeenkomsten van de Staat in de enge betekenis van het woord, en blijkt dus niet te slaan op de ondergeschikte besturen. (provincies, gemeenten, enz.) of op de instellingen van openbaar nut.

In feite is dit nochtans niet volkomen juist. Reeds onder de huidige al te summiere wetgeving, wordt de praktijk van de ondergeschikte besturen en van de parastatale instellingen door de regelen van de Staat beïnvloed :

— bij de provincies, gemeenten enz. gebeurt dit in feite door het spel van de subsidiëring : deze besturen bekomen inderdaad voor hun werken enkel staatstoe-lagen op voorwaarde dat zij de reglementering van de Staat inzake overeenkomsten, te weten, deze vastgesteld bij organiek besluit van 5 oktober 1955 toepassen ;

— voor de parastatale instellingen geldt dit op een meer directe, hoewel slechts gedeeltelijke wijze : krachtens de wet van 16 maart 1951 betreffende de controle op deze instellingen, zijn zij ertoe gehouden diezelfde reglementering te eerbiedigen zodra zij een beroep doen op de aanbesteding, en in principe steeds de bepalingen van het algemeen lastenkohier van de Staat over te nemen.

Op zichzelf verandert het wetsontwerp niets aan deze toestand.

Doch de Regering beschouwt dit enkel als een overgangstoestand. Men dient inderdaad verder te gaan en

La disposition de l'article 8 comble cette faille de notre législation, en sanctionnant formellement, par des dommages-intérêts, les erreurs que l'Administration commettrait éventuellement en ce domaine.

D. Application de la réforme.

1. Comme de bien entendu, le projet de loi ne fixe que les grandes lignes des modes de passation des marchés. Plusieurs arrêtés d'exécution sont prévus, dont le plus important est celui annoncé à l'article 1^{er}, qui doit « organiser » ces procédures. A la vérité, cet arrêté-clef existe déjà : c'est celui du 5 octobre 1955, organique des marchés de l'Etat, complété par son annexe, qui comporte les « clauses administratives contractuelles » des marchés, sous le titre plus connu de « Cahier général des charges de l'Etat ». Par ailleurs, un arrêté royal du 31 mai 1961 a confié au Premier Ministre la charge d'adapter régulièrement ce document aux nécessités économiques, techniques, sociales ou autres, par voie d'arrêté ministériel, après avis de la Commission permanente des Marchés publics.

C'est ainsi que la Commission a déjà mis au point un premier aménagement de l'arrêté organique. Mais étant donné qu'il ne vise encore que l'adjudication publique et le marché de gré à gré, il faudra le compléter par la réglementation des autres procédures envisagées par le projet de loi.

2. D'autre part, comme son intitulé l'indique, ce projet de loi ne vise que les marchés de l'Etat, au sens strict du mot et ne paraît donc concerner ni les administrations subordonnées (provinces, communes, etc.), ni les organismes d'intérêt public.

En réalité, ce n'est cependant pas tout à fait exact. Déjà sous la trop sommaire législation actuelle, la pratique des administrations subordonnées et parastatales est affectée par les règles de l'Etat :

— la pratique des provinces, communes, etc. l'est, en fait, par le jeu du subventionnement : ces administrations ne voient, en effet, leurs entreprises subsidiées par l'Etat, qu'à la condition d'appliquer la réglementation de l'Etat en matière de marchés, à savoir celle établie par l'arrêté organique du 5 octobre 1955 ;

— la pratique des parastataux l'est d'une manière plus directe, quoique seulement partielle : ils sont tenus, en vertu de la loi du 16 mars 1954, relative au contrôle de ces organismes, à se conformer à la même réglementation, dès lors qu'ils recourent à l'adjudication, et à se référer toujours, en principe, aux clauses du cahier général des charges de l'Etat.

En soi, le projet de loi ne change rien à cette situation.

Mais, aux yeux du Gouvernement, ce ne sera cependant qu'un état de choses, purement transitoire. Il faut

deze problemen op een minder empirische wijze te regelen. De Raad van State heeft dit reeds voorgesteld en hij heeft gelijk. Zodra dit wetsontwerp door het Parlement zal zijn goedgekeurd, zal het als grondslag dienen voor de uithouw van parallelle wetgevingen enerzijds wat betreft de provinciale en gemeentelijke overeenkomsten, anderzijds wat betreft de overeenkomsten van de instellingen van openbaar nut. Het was niet mogelijk de drie domeinen in hun geheel te verwerken, want daarbij rijzen zeer uiteenlopende juridische en zelfs constitutionele problemen.

Wegens hun autonomie zijn de gemeenten thans aan geen enkele regel met nationale draagwijdte onderworpen, tenzij langs de omweg van de subsidiëring; voorts vallen zij niet onder het toezicht van het Rekenhof.

Bij de parastatale instellingen zal dienen rekening gehouden te worden met de wettelijke verschillen in hun respectieve statuten, verschillen die vaak gerechtvaardigd zijn door de industriële, financiële of zuiver administratieve aard van hun bevoegdheden en door de meer of minder grote commerciële soepelheid welke hen op sommige gebieden ongetwijfeld moet gelaten worden.

**

Dit is, mijne heren, een overzicht van de belangrijkste bestanddelen van een wetsontwerp dat zowel voor de administratie als voor de volkshuishouding van primordiale betekenis is.

Indien, zoals ik hoop en zoals eveneens de rechtsgeleerden en vooral al onze betrokken economische milieus hopen, het Parlement dit ontwerp wil goedkeuren, zal het onze wetgeving verrijkt hebben met een juridisch instrument dat werkelijk reeds lange tijd ontbreekt en dat bij de aanvang van de Gemeenschappelijke Markt, op zijn tijd komt voor ons land.

**

Bij het einde van deze uiteenzetting houd ik eraan hulde te brengen aan de Permanente Commissie voor de Openbare Aannemingen en aan haar Comité die met grote bevoegdheid dit wetsontwerp hebben uitgewerkt ».

III. Algemene bespreking.

Een lid merkt op dat het Directoraat-Generaal Mededinging van de F.E.G. sinds oktober 1960 een grotere belangstelling heeft getoond voor de vragen die ons in dit ontwerp zijn voorgelegd. Deze instelling heeft toen nota's gepubliceerd inzake overheidsaanbestedingen in elk der zes landen. Deze onderzoeken hebben, volgens bevoegde ambtenaren van genoemde Dienst, bewezen dat de zg. formele protectie-maatregelen van België (bv. de verplichte erkenning, de mogelijkheid die bestaat om een Belgische aanbieder te bevoordelingen, indien het prijsverschil niet meer dan 10 % bedraagt tegenover de offerte van een buitenlandse), in feite door de algemene openbaarheid van de Belgische markt, deze volledig openstelt voor derden, terwijl de soepele procedures in andere landen onze mededingers praktisch uitsluiten.

faire mieux, en effet, et régler ces problèmes d'une manière moins empirique. Le Conseil d'Etat l'a suggéré et il a raison. Dès que le présent projet aura recueilli l'approbation du Parlement, il servira de base à la réalisation de législations parallèles, d'une part, quant aux marchés provinciaux et communaux et d'autre part, quant aux marchés des organismes d'intérêt public. Il n'était pas possible de travailler les trois matières dans une vue d'ensemble, car elles posent des problèmes juridiques et même institutionnels très différents.

Quant aux communes, sous le bénéfice de leur autonomie, elles ne sont soumises actuellement à aucune règle d'emprise nationale, sinon par le biais du subventionnement; d'autre part, elles ne sont pas sujettes au contrôle de la Cour des Comptes.

Pour les parastataux, il faudra tenir compte des divergences législatives de leurs statuts respectifs, divergences souvent justifiées en raison de la nature industrielle, financière ou purement administrative de leurs attributions et de la souplesse commerciale plus ou moins grande qu'il conviendra sans doute de leur laisser quant à certaines matières.

**

Voilà, Messieurs, un aperçu des éléments essentiels d'un projet de loi dont l'importance, tant pour l'administration que pour l'économie nationale est primordiale.

Si, comme je l'espère et comme l'espèrent aussi non seulement les praticiens et juristes, mais également et surtout tous nos milieux économiques intéressés, le Parlement veut bien s'y rallier, il aura enrichi notre législation d'un instrument juridique qui, vraiment et depuis longtemps, lui fait défaut et qui, à l'aube du Marché commun, viendra à point à notre pays.

**

A la fin de cet exposé, je tiens à rendre hommage à la Commission permanente des Marchés publics et à son Comité qui, avec grande compétence, ont élaboré ce projet de loi ».

III. Discussion générale.

Un commissaire fait remarquer que, depuis octobre 1960, la Direction générale de la Concurrence de la C.E.E. a commencé à s'intéresser davantage aux questions faisant l'objet du présent projet. A l'époque, elle a publié des notes concernant les adjudications des pouvoirs publics dans chacun des six pays. D'après les fonctionnaires compétents dudit service, ces études ont confirmé que, malgré les mesures protectionnistes formelles prises par la Belgique (p. ex. l'agrégation obligatoire, la possibilité de favoriser un soumissionnaire belge lorsque le prix proposé par celui-ci ne dépasse pas de plus de 10 % l'offre du soumissionnaire étranger), le marché belge est en fait entièrement accessible aux tiers grâce à la publicité généralisée, tandis que les procédures plus souples en usage dans d'autre pays excluent pratiquement les concurrents belges.

In dit verband moge hier verwezen worden naar de appreciatie van de heer Pujade van het Directoraat-generaal Mededinging van de E.E.G. Deze opvatting geeft meteen de richting aan welke de E.E.G. uit wil. Ze werd uitgesproken op 6 maart 1962 voor de Groep belast met de aanpassing der wetgeving.

« Met de middelen, die het Verdrag verleent, kunnen formele discriminaties gemakkelijk worden opgeheven. Men was in de algemene programma's nopens de vrijmaking van de vestiging en van de diensten van oordeel dat de toegang tot openbare overeenkomsten een van de rechten is die uiteraard gekoppeld zijn aan het vestigingsrecht en het recht om een beroep uit te oefenen net zoals het recht om overeenkomsten af te sluiten, in rechte op te treden en leningen op te nemen.

» Deze opvatting is niet zo vanzelfsprekend, want een ondernemer die zich in een land mag vestigen, zijn werkzaamheid uitoefenen en er alle juridische rechten geniet die daartoe, stricto sensu, noodzakelijk zijn, zou in feite zeer goed geweerd kunnen worden bij openbare overeenkomsten. In sommige sectoren vormen deze overeenkomsten evenwel een zeer groot, zoniet het grootste deel van de werkzaamheid. Men heeft dan ook ingezien dat het recht van deelneming aan de openbare overeenkomsten een van de rechten is die normaal verbonden moeten worden aan de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan.

» Dit is zeer eenvoudig wat betreft de formele beperkingen maar niet zo eenvoudig voor de feitelijke beperkingen; men heeft zich daarvan zeer duidelijk rekenschap gegeven toen de toestand in België vergeleken werd met die in de andere lidstaten.

» In dit land zijn de openbare aanbestedingen regel, zodat het inzake openbare overeenkomsten slechts « beschermd » is door de formele beperkingen. Het woord « beschermd » moet tussen aanhalingstekens worden geplaatst omdat het voorbehouden van de openbare geldmiddelen van de Staat voor de eigen onderdanen, zoals algemeen gebeurde tot aan de inwerkingtreding van de Gemeenschappelijke Markt, alles samen genomen een beschermingsmaatregel is. België was slechts beschermd door formele discriminatie zoals de bekende erkenningslijsten die de Belgische administratie vaststelt. Zou men dus in de algemene programma's nopens de vrijmaking van de vestiging en de diensten alleen die formele discriminaties hebben afgeschaft, dan zou men België volledig hebben ontwapend en zou het verplicht geweest zijn alle gegadigden uit de vijf andere landen toegang te verlenen tot de overeenkomsten en hun de overeenkomsten toe te wijzen telkens als zij het rekenkundig laagste aanbod deden. De vijf andere landen daarentegen zouden nog de mogelijkheid hebben gehad om hun soepele regelen zodanig aan te wenden dat zij nog een selectie konden doorvoeren op grond van de publiciteit of bij wijze van kwalitatieve keuze van de inschrijver.

» Aldus is zeer duidelijk gebleken dat men verder diende te gaan dan de eenvoudige opheffing van de formele beperkingen. Daarom heeft de Raad van Ministers, in een bijlage bij de algemene programma's, voorgesteld een aantal coördinatiemaatregelen aan te nemen. In feite vormen die bepalingen maatregelen om

A cet égard, il y a lieu de se reporter à l'appréciation formulée par M. Pujade, de la Direction générale de la Concurrence de la C.E.E. Elle a été exprimée le 6 mars 1962 devant le Groupe de Travail « rapprochement des législations ».

« Les moyens fournis par le Traité permettent de supprimer facilement les discriminations formelles. On a considéré dans les programmes généraux sur la libération de l'établissement et des services que l'accès aux marchés publics faisait partie d'un des droits dont sont normalement assortis les droits d'accès et les droits de participation à l'exercice d'une profession, exactement au même titre que le droit de contracter, le droit d'ester en justice, le droit d'obtenir des emprunts.

» Cette conception ne va pas de soi, car en fait, si un entrepreneur peut s'établir dans un pays, y pratiquer son activité et y jouir de tous les droits juridiques qui, au sens strict, lui sont nécessaires à cette fin, il pourrait très bien être éliminé des marchés publics. Or, pour certains secteurs, ces marchés représentent un champ d'activité considérable, voire l'essentiel de celle-ci. On a donc été amené à considérer que ce droit d'accès aux marchés publics faisait partie des droits dont il était normal d'assortir l'accès aux activités non salariées et leur exercice.

» Si ceci est extrêmement simple en ce qui concerne les restrictions formelles, il n'en est pas de même pour les restrictions de fait et on s'en est aperçu d'une façon très nette en comparant le cas de la Belgique et celui des autres pays membres.

» Etant donné que ce pays recourt essentiellement à la procédure d'adjudications publiques, il n'est « protégé », en matière de marchés publics, que par les restrictions formelles. Le mot « protégé » doit être mis entre guillemets, car la réservation des deniers publics de l'Etat à ses ressortissants, pratiquée jusqu'à l'entrée en vigueur du Marché commun, constituait malgré tout une protection. La Belgique n'était protégée que par des discriminations formelles comme les listes d'agrégation bien connues, établies par les Administrations belges. Si donc on s'était borné à supprimer ces discriminations formelles dans les programmes généraux sur la libération de l'établissement et des services, on aurait désarmé totalement la Belgique qui aurait été obligée d'accueillir la totalité des candidats des cinq autres pays à participer à ses marchés et de leur accorder les marchés toutes les fois qu'ils auraient fait l'offre arithmétiquement la plus basse. Les cinq autres pays auraient par contre conservé la possibilité de manipuler leurs procédures souples leur permettant des sélections, soit par les modes de publicité, soit par les modes de choix qualificatif du participant.

» Ainsi est apparue très clairement la nécessité d'aller au-delà d'une simple suppression des restrictions formelles. C'est pourquoi, en annexe aux programmes généraux, le Conseil de Ministres a préconisé l'adoption d'un certain nombre de mesures de coordination. Ces dispositions sont en fait des mesures de rappro-

de wetgevingen nader tot elkaar te brengen. Zij betreffen hoofdzakelijk de ruime publiciteit en de vaststelling van normen voor de kwalitatieve selectie en de toewijzing ».

Deze opvatting is geenszins tegenstrijdig met die verval in het wetsontwerp dat aan Uw goedkeuring wordt voorgelegd.

De Eerste-Minister heeft zulks bevestigd en verklaard in de volgende toelichting over de wijze waarop zich sindsdien de beschikkingen van de E.E.G. schijnen te oriënteren :

« Het Verdrag van Rome behelst, in artikel 7, een bepaling van zeer algemene aard die elke discriminatie op grond van de nationaliteit verbiedt. Het behoort tot de bevoegdheid van de Raad, bij gekwalificeerde meerderheid, de reglementering ter voorkoming van deze discriminatie uit te vaardigen.

» Het spreekt vanzelf dat de uitvoeringsbepalingen van de Gemeenschappelijke Markt ons intern recht zullen beheersen en dat België, evenals de andere lidstaten, zich o.m. zal dienen te schikken naar al de niet-discriminatiemaatregelen welke in deze bepalingen zijn vervat.

» Dit komt tegemoet aan de opwerpingen die men eventueel zou kunnen maken tegen het wetsontwerp n° 364 waar het, door versoepeling der procedure, de mogelijkheid zou kunnen bieden om eventueel het beroep op de buitenlandse mededinging te beperken.

» Bovendien zullen de maatregelen die in het kader van het Verdrag van Rome op het stuk der openbare overeenkomsten zullen worden genomen, in de naaste toekomst enkel betrekking hebben op de overeenkomsten voor werken; dit vloeit voort uit de bepalingen van bedoeld Verdrag betreffende het vestigingsrecht en de dienstenverhuring, alsmede uit de desbetreffende algemene vrijmakingsprogramma's

» Krachtens deze maatregelen — welke nog niet op definitieve wijze zijn vastgelegd — zullen de overeenkomsten betreffende werken die door de lidstaten worden gesloten, geleidelijk worden opengesteld voor de mededinging op het vlak van de Gemeenschap. De onderscheidene procedures, welke door de landen van de E.E.G. voor het sluiten van deze overeenkomsten worden aangewend, zullen gehandhaafd blijven; evenwel zullen bepalingen worden uitgevaardigd om de discriminatoire clausules uit de technische specificaties te weren, om een bevredigende, aan de typen en de wijzen van sluiten der overeenkomsten aangepaste gemeenschappelijke publiciteit in te richten, alsmede om objectieve gemeenschappelijke criteria voor deelneming aan deze overeenkomsten en een procedure voor het onderzoek der betwistingen vast te leggen.

» Bovendien zullen de gevallen waarin de overeenkomsten onderhands mogen worden gesloten, beperkt worden volgens regelen die zeer nauw zullen aanleunen bij die waarin het wetsontwerp betreffende de overeenkomsten voor rekening van de Staat voorziet.

» De wijzigingen die in onze nieuwe wetgeving zullen moeten worden aangebracht, zodra het geheel dezer bepalingen het voorwerp zal hebben uitgemaakt van een door de Raad der Ministers van de E.E.G. goedgekeurde richtlijn, zullen van bijkomstige aard zijn. Bovendien vormen zij geenszins een hinderpaal voor een uitbreiding van de gamma der procedures waarin het ontwerp voorziet. Deze versoepeling blijkt zelfs

chement des législations; elles portent essentiellement sur l'instauration d'une publicité suffisante et sur l'élaboration de critères de sélection qualitative et d'attribution. »

Cette conception n'est nullement en contradiction avec celle qui a pris forme dans le projet de loi soumis à votre approbation.

C'est ce qu'a confirmé et expliqué le Premier Ministre, dans les commentaires qu'il a consacrés à la manière dont les décisions prises par la C.E.E. semblent évoluer depuis lors.

« Le Traité de Rome prévoit, en son article 7, une disposition d'ordre tout à fait général qui interdit toutes discriminations exercées en raison de la nationalité. Il appartient au Conseil de prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.

» Il va sans dire que les dispositions d'exécution du Marché commun domineront notre droit interne et que la Belgique, comme les autres Etats membres, devra notamment se plier à toutes les mesures de non-discrimination que ces dispositions comporteront.

» Ceci rencontre les objections que l'on pourrait faire au projet de loi n° 364, en ce que, par l'assouplissement des procédures, il permettrait de limiter, le cas échéant, l'appel à la concurrence étrangère.

» En outre, les mesures qui seront prises en matière de marchés publics dans le cadre du Traité de Rome ne concerneront, dans un proche avenir, que les marchés de travaux, ceci en vertu des dispositions dudit Traité concernant le droit d'établissement et les services, et en exécution des programmes généraux de libération qui en découlent.

» Ces mesures — qui ne sont pas encore arrêtées dans leur forme définitive — prévoient une ouverture graduelle à la concurrence communautaire des marchés publics de travaux passés par les Etats membres. Les différentes procédures utilisées par les pays de la C.E.E. pour passer ces marchés seront maintenues; toutefois, des dispositions seront prévues pour supprimer les clauses à effet discriminatoire dans les spécifications techniques, pour organiser une publicité commune suffisante adaptée aux types et modes de passation des marchés et pour établir des critères communs objectifs de participation à ces marchés, ainsi qu'une procédure d'examen des litiges.

» De plus, les cas dans lesquels il sera possible de recourir aux marchés de gré à gré seront limités selon des règles qui s'apparenteront étroitement à celles contenues dans le projet de loi relative aux marchés passés au nom de l'Etat.

» Les aménagements à apporter à la loi, dès que l'ensemble de ces dispositions aura fait l'objet d'une directive approuvée par le Conseil des Ministres de la C.E.E., seront mineurs. En outre, ils ne s'opposent en rien à l'élargissement de la gamme des procédures prévu par le projet. Cet assouplissement apparaît même indispensable, non seulement pour nous aligner sur les régimes existant chez nos partenaires, mais éga-

onontbeerlijk, niet alleen om ons te moderniseren naar de bij onze partners vigerende stelsels, maar ook om ons eventueel teweer te kunnen stellen tegen feitelijke discriminaties welke deze stelsels mogelijk maken en die het gemeenschapsstelsel dat geleidelijk zal worden uitgewerkt, alleszins in zijn begindatum niet steeds zal kunnen voorkomen.

» Bovendien zullen de nationale procedures onverminderd van kracht blijven voor de overeenkomsten betreffende werken die een bepaald bedrag niet te boven gaan, mits afschaffing der wettelijke en reglementaire discriminaties.

» Hetzelfde geldt voor de overeenkomsten betreffende leveringen, zolang desaan gaande geen maatregelen zullen genomen zijn om de discriminaties op gemeenschappelijk vlak uit te schakelen. Soortgelijke maatregelen werden nog niet ter studie genomen en het is dus niet te verwachten dat zij zeer kortelings zullen kunnen toegepast worden. »

*
**

Terugkomend op de *opvattingen van Uw Commissie inzake openbare investeringen in dienst van conjunctuur- en structuurpolitiek* (p. 6), heeft de Eerste-Minister er aan gehouden hierover nog als volgt zijn mening toe te lichten :

« De hervorming van het selsel inzake overeenkomsten voor rekening van de Staat wordt belangrijk geacht, omdat daardoor tevens aan de Overheid een meer doeltreffend instrument, niet enkel ten behoeve van de conjunctuur-, maar ook van de structuurpolitiek ter beschikking wordt gesteld.

» Nopens de openbare investeringen, en bijzonder de openbare werken als hulpmiddel van een politiek ter ondersteuning van de conjunctuur bestaat een algemeen uitgebreide vakliteratuur. Lange jaren deed de thesis opgeld dat de Overheid, in periodes van levendige economische activiteit, haar investeringen diende af te remmen, om deze integendeel te verruimen, wanneer het conjunctuurverloop aan verzwakking onderhevig was. De moeilijkheid bestond er evenwel in de aanwakking van de openbare investeringen op het gepaste ogenblik door te voeren. Vele van de ondernomen pogingen waren gedeeltelijk als een mislukking te bestempelen, omdat zij, wegens de vrij tijdroevende technische voorbereiding van de openbare werken, een laattijdige uitwerking hadden en vaak eerst hun grootste effect bereikten op een ogenblik, waarop de conjunctuur zich reeds hersteld had.

» Sommige landen, waaronder vooral Zweden, hebben getracht dit euvel te ondervangen door bestendig een « voorraad » openbare werken, inzonderheid van kleinere omvang, in gereedheid te houden om, indien nodig, terstond in te grijpen. In de Verenigde Staten heeft men uitgebreide onderzoeken uitgevoerd om voor verschillende categorieën van openbare investeringen uit te maken hoeveel tijd er gemiddeld verliep tussen de beslissing tot het uitvoeren van een werk en de daadwerkelijke aanvang van het werk. Daarbij bleek dat dit interval aanzienlijk was voor grote werken en zelfs voor projecten van woningbouw. Daarentegen konden werken van grondverbetering zeer vlug in uitvoering gebracht worden.

lement pour être à même de nous défendre, s'il échet, contre des discriminations de fait rendues possibles par les régimes en vigueur chez nos partenaires et que, en tout cas dans son premier stade, le système communautaire qui sera progressivement mis sur pied ne parviendrait pas toujours à écarter.

» Au surplus, les procédures nationales resteront intégralement en vigueur pour les marchés de travaux inférieurs à un certain montant, sous réserve de la suppression des discriminations légales et réglementaires.

» Il en sera de même pour les marchés de fournitures, aussi longtemps que, pour ceux-ci, des mesures visant à la suppression des discriminations à l'échelon communautaire n'auront pas été prises. L'étude de mesures de l'espèce n'a pas encore été commencée et il n'y a, dès lors, pas lieu de prévoir que leur mise en application puisse se faire à bref délai. »

*
**

Revenant aux *conceptions de votre Commission en matière d'investissements publics au service de la politique conjoncturelle et structurelle* (p. 6), le Premier Ministre a tenu à préciser ses vues de la manière suivante :

« La réforme du régime de passation des marchés de l'Etat est jugée importante, parce qu'elle met à la disposition des pouvoirs publics un instrument plus efficace, en vue non seulement de la politique conjoncturelle, mais aussi de la politique structurelle.

» Il existe une littérature spécialisée extrêmement abondante sur les investissements publics, et notamment sur les travaux publics en tant que moyen d'exécution d'une politique de soutien de la conjoncture. Pendant de longues années, on a admis la thèse suivant laquelle les pouvoirs publics devaient freiner leurs investissements en période d'activité économique intense, pour les développer au contraire lorsque la conjoncture viendrait à faiblir. Il y avait cependant une difficulté, celle de choisir le moment opportun pour activer les investissements publics. Une grande partie des efforts entrepris durent être considérés comme des échecs partiels, parce qu'en raison de la préparation technique très longue que requièrent les travaux publics, ils ne produisaient leurs effets que tardivement et ne donnaient souvent le maximum qu'à un moment où la conjoncture s'était déjà redressée.

» Certains pays, et surtout la Suède, se sont employés à pallier cet inconvénient en prévoyant une réserve permanente de travaux publics, de moindre importance pour la plupart, de façon à pouvoir intervenir instantanément en cas de nécessité. Aux Etats-Unis, des recherches étendues ont eu lieu afin de déterminer, pour différentes catégories d'investissements publics, le temps qui s'écoulait en moyenne entre la décision et le début effectif de l'exécution des travaux. Ces recherches ont fait apparaître que cet intervalle était considérable pour les grands travaux, et même pour les projets relatifs à la construction d'habitations. Par contre, les travaux d'amélioration du sol pouvaient être mis à exécution très rapidement.

» In de jongste jaren heeft de zienswijze nopens het nut van openbare werken in het raam van een conjunctuurpolitiek zich gewijzigd, goeddeels onder invloed van internationale organen, als de Economische en Sociale Raad van de U.N.O. en de Internationale Arbeidsorganisatie. Als een der doelstellingen van de economische politiek geldt thans een hoge en met de groei geleidelijk stijgende activiteit. In dat kader is het zaak dat ook de bouwbedrijvigheid, als een der belangrijkste takken van de economische activiteit, op een bestendig hoog niveau drijft. Dit sluit in dat de productiecapaciteit ten volle benuttigd wordt. Objecten van openbare werken voor conjunctuuroeleinden of voor bestrijding van gelocaliseerde werkloosheid dienen derhalve gezocht in sectoren, waar (ongeschoolde) arbeid de overwegende productiefactor vormt. In dit verband kan o.m. nogmaals herinnerd aan de reeds genoemde grondverbeteringswerken.

» Voor zover openbare investeringen toch zouden blijven behoren tot het arsenaal van de conjunctuurpolitiek, is het duidelijk dat een versoepeling van de procedures tot het sluiten van overeenkomsten in niet onbelangrijke mate kan bijdragen tot een vlugger op gang brengen van de werken.

» Het verband tussen openbare investeringen en de structuurpolitiek kan onder een tweevoudig oogpunt worden gezien.

» Bepaalde gewesten kunnen het voorwerp uitmaken van een geconcentreerde inspanning op het stuk van openbare werken, hetzij om de ontbrekende infrastructuur met het oog op de economische ontwikkeling aan te vullen, hetzij om de bestaande infrastructuur te moderniseren in het raam van een programma tot economische reconversie van de streek. In dit opzicht kan worden verwezen naar programma's welke, in het kader van de politiek van economische expansie, in ons land ten behoeve van ontwikkelingsgewesten werden uitgewerkt.

» De belangrijkste betekenis van de openbare investeringen voor de structuurpolitiek is evenwel hierin gelegen dat zij een krachtig hulpmiddel kunnen zijn voor het tot ontwikkeling brengen van nieuwe industrieën en nieuwe productieprocedures, voor de ontplooiing van het wetenschappelijk onderzoek, zelfs voor concentratie van ondernemingen, wanneer dit wenselijk zou zijn. De talrijke voorbeelden welke men op deze gebieden aantreft in landen, zoals de Verenigde Staten, Groot-Brittannië en Zweden, tonen aan welke groeibevorderende invloeden normaal van een oordeelkundig aangewend stelsel van openbare bestellingen mogen verwacht worden.

» Dit impliceert vanzelfsprekend dat de Overheid over een weliswaar weldoordachte en met de vereiste waarborgen omringde mate van vrijheid inzake het sluiten van overeenkomsten beschikt. »

Bij erkenning der waardevolle elementen van deze beschouwingen over de economische betekenis van de openbare bestelling, blijft Uw Commissie van mening dat deze optiek moet ondergeschikt blijven aan de fundamentele vereisten inzake mededinging die door het vroeger en het nieuw regime der openbare bestellingen zijn gesteld.

**

» Au cours des dernières années, la façon d'envisager l'utilité des travaux publics dans le cadre d'une politique conjoncturelle s'est modifiée, en grande partie sous l'impulsion de certains organismes internationaux, tels que le Conseil économique et social de l'O.N.U. et l'Organisation internationale du Travail. L'un des objectifs actuellement assignés à la politique économique est d'entretenir une activité importante et parallèle au développement du pays. Dans cette perspective, il convient de maintenir à un niveau élevé l'activité du secteur de la construction, car celui-ci constitue l'une des branches principale de l'économie. Cela implique l'utilisation de toute la capacité de production. Par conséquent, le choix des travaux publics à entreprendre à des fins conjoncturelles ou en vue de combattre un chômage localisé doit se porter sur les secteurs où le travail (non qualifié) constitue le facteur de production essentiel. A cet égard, il y a lieu de citer notamment les travaux d'amélioration du sol, dont il a déjà été question.

» Dans la mesure où les investissements publics continueraient malgré tout à faire partie de l'arsenal de la politique conjoncturelle, il est clair qu'un assouplissement des procédures de passation des marchés serait de nature à contribuer sensiblement à accélérer la mise en marche des travaux.

» La connexion entre les investissements publics et la politique structurelle peut être envisagée sous un double aspect.

» Certains régions peuvent faire l'objet d'un effort concentré en matière de travaux publics, soit pour compléter l'infrastructure manquante en vue du développement économique, soit pour moderniser l'infrastructure existante dans le cadre d'un programme de reconversion économique régionale. A ce propos, on peut citer les programmes élaborés, dans le cadre de la politique d'expansion économique, en faveur des régions de développement de notre pays.

» Néanmoins, l'importance primordiale des investissements publics pour la politique structurelle réside dans le fait qu'ils constituent un puissant moyen de créer des industries nouvelles et d'instaurer de nouveaux procédés de production, de développer la recherche scientifique, et même de concentrer les entreprises au cas où la chose apparaîtrait souhaitable. Les nombreux exemples que nous offrent des pays tels que les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et la Suède, montrent bien l'influence favorable au développement que l'on peut attendre normalement d'un régime de commandes publiques, judicieusement appliqué.

» Il faut évidemment que les pouvoirs publics disposent d'une liberté d'action intelligemment mesurée et assortie des garanties nécessaires en matière de passation de marchés. »

Tout en reconnaissant la valeur de certaines de ces considérations sur l'intérêt économique des commandes publiques, votre Commission persiste à croire que pareille optique doit rester subordonnée aux conditions fondamentales en matière de concurrence, requises par l'ancien comme par le nouveau régime des commandes publiques.

**

Een lid van de Commissie, sprekend uit naam van alle leden, zoals uit de verdere bespreking is gebleken, heeft de aandacht gevestigd op de scherpe manier waarop de *vraag naar het beleid der openbare bestellingen* wordt gesteld door de meer soepele keuze die gelaten wordt aan de verantwoordelijke Ministers. De Staat wordt hier van een passieve een actieve klant. In plaats van zonder meer aan te nemen wat hem, overeenkomstig het lastenkohier, geboden wordt, heeft hij een ruimer keuzerecht gekregen. Opdat die keuze hem nuttig weze is niet enkel een grotere objectiviteit vereist ten overstaan van de feitelijke en mogelijke mededingers, *hij moet tevens zorgen dat hij over de nodige uitrusting en middelen beschikt om zijn objectiviteit oordeelkundig ten uitvoer te leggen.*

In een verdere fase zal dit ook gelden voor de openbare besturen en voor de parastatale, overeenkomstig de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.

Indien wordt overgegaan tot beperkte offerteaanvragen of in de gevallen van onderhandse overeenkomst moet de Minister bekwaam zijn zoniet zelf de onderscheidene elementen van de kostprijs op te maken, dan ten minste kunnen bedingen dat hem inzicht zou gegeven worden in de wijze waarop men tot die prijs gekomen is onder voorlegging van de hiertoe nodige boekhoudkundige gegevens. (Dat een dergelijke mededeling tot geheimhouding verplicht, is vanzelfsprekend). Eerst wanneer dit geschiedt, kan aan beide zijden sprake zijn van een vertrouwensvolle samenwerking en beschikt de Minister over de elementaire gegevens ter rechtvaardiging van zijn keuze.

Deze eisen lijken vooral gesteld wanneer er sprake is van de levering van machines, van werktuigen, van investeringsgoederen, van onderhoudszorgen voor bepaalde verfijnde werktuigen.

De Eerste-Minister heeft verklaard dat hij met deze aanbevelingen zou rekening houden en dat bij het uitvoeren van de wet zou uitgezien worden om aangepaste beschikkingen te vinden voor het in praktijk stellen van de voorgebrachte zorg.

**

Uw Commissie is graag de aanbeveling bijgetreden van de Raad van State betreffende de terugslag van het ontwerp op andere wetten of ontwerp-wetten (blz. 52-53). Ze spreekt de hoop uit dat de Regering de gedane suggesties zal weerhouden en ten uitvoer leggen.

IV. Artikelsgewijze bespreking.

Artikelen 1, 2, 3 en 4.

Na het aannemen der artikelen 1 en 2 wordt uitleg gevraagd over artikel 3, § 2, in verband met het sluiten van overeenkomsten zonder voorafgaande prijsbepaling. Hierop werd in dezer voege geantwoord :

In zijn advies van 19 maart 1962 (doc. 364, blz. 48) voert de Raad van State aan dat afwijking van de regel van de vooraf bepaalde vaste prijs alleen zou kun-

Un commissaire, parlant au nom de tous les membres, comme le cours ultérieur du débat l'a montré, a attiré l'attention du Ministre sur l'acuité prise par la *question de la politique des commandes publiques*, du fait de l'assouplissement du choix à faire par les Ministres responsables. De passif qu'il était, l'Etat devient un client actif. Au lieu d'accepter purement et simplement ce qui lui est offert conformément au cahier des charges, il s'est vu octroyer un droit d'option élargi. Pour que celui-ci lui soit utile, il ne suffit pas qu'il fasse preuve d'une plus grande objectivité envers les concurrents effectifs et éventuels; *il faut aussi qu'il dispose de l'équipement et des moyens nécessaires pour concrétiser cette objectivité d'une manière rationnelle.*

Dans une phase ultérieure, cela s'appliquera également aux pouvoirs publics et aux parastataux, conformément à la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains établissements d'intérêt public.

En cas d'appels d'offres restreints ou de marchés de gré à gré, il faut que le Ministre soit à même sinon d'établir lui-même les divers éléments du prix coûtant, du moins d'exiger qu'on lui fasse connaître le mode de calcul de ce prix, par la communication des éléments comptables nécessaires à cet effet. (Il va de soi qu'une communication de cette nature implique l'obligation du secret). C'est là une condition indispensable pour qu'une collaboration confiante puisse s'établir et pour que le Ministre dispose des éléments de base qui lui permettront de justifier son option.

Cette condition est surtout impérative lorsqu'il s'agit de fournitures de machines, d'outils, de biens d'investissement, de l'entretien de certains outillages particulièrement délicats.

Le Premier Ministre a déclaré qu'il tiendrait compte de ces recommandations et que dans l'application de la loi, il s'efforcerait de trouver des dispositions propres à rencontrer les préoccupations exprimées par la Commission.

**

Votre Commission s'est volontiers ralliée aux recommandations du Conseil d'Etat relatives à l'incidence du projet sur d'autres lois et d'autres textes en projet (pp. 52-53). Elle exprime l'espoir que le Gouvernement retiendra les suggestions émises et les mettra en pratique.

IV. Discussion générale.

Articles 1^{er}, 2, 3 et 4.

Après l'adoption des articles 1^{er} et 2, des explications sont demandées sur le § 2 de l'article 3, relatif à la passation de marchés sans fixation forfaitaire des prix. Voici la réponse :

Le Conseil d'Etat, en son avis du 19 mars 1962 (Doc. 364, p. 48), fait valoir que les dérogations à la règle de la fixation forfaitaire des prix ne pourraient

nen gelden voor de onderhandse overeenkomsten, omdat er bij andere procedures noodzakelijk een vergelijking van offertes moet plaats hebben.

Deze zienswijze is evenwel in tegenspraak met het feit dat bedoelde beschikking is opgenomen onder de « algemene bepalingen » van het ontwerp, hetgeen inhoudt dat zij op alle categorieën van overeenkomsten van toepassing is.

Het is overigens niet uitgesloten dat men in beide onder artikel 3, § 2, vernoemde gevallen bijvoorbeeld de procedure van de offerteaanvraag op basis van voorlopige prijzen zou aanwenden.

Een lid vraagt of een in het buitenland — o.m. in Frankrijk en in Nederland — voor grote werken vaak gebezigde werkwijze niet nuttig zou worden overgenomen; het betreft de verdeling tussen de administratie en de aannemer, van het batig of het nadelig verschil van de effectieve prijs t.a.v. de voorlopige prijs bij overeenkomsten « met voorlopige prijs ».

Deze handelwijze biedt het voordeel een nieuwe samenwerking tussen de administratie en de aannemer in de hand te werken, hetgeen beide partijen ten goede komt.

Er wordt geantwoord dat, afgezien van de vraag of dit procédé opportuun te achten is, niettemin kan worden aangestipt dat het wetsontwerp geen enkele belemmering voor het toepassen ervan behelst. Wanneer het om een offerteaanvraag gaat, kan de administratie, krachtens artikel 10, voorafgaandelijk, d.w.z. in het bijzonder lastenkohier of in de offerteaanvraag zelf, alle voorzieningen treffen welke zij gepast acht. Voor de gevallen van onderhandse overeenkomst verleent artikel 12, § 1, vrijheid van onderhandeling.

Hierop worden de artikelen 3 en 4 aangenomen.

Artikelen 5, 6 en 7.

Een lid stelt voor bij amendement een artikel 4bis in te voegen, luidende :

« Telkens in een overeenkomst voor rekening van de Staat verwezen wordt naar een Belgische norm, bekrachtigd door de Koning, overeenkomstig artikel 10 van de besluitwet betreffende de normalisatie van 20 september 1945, geschiedt deze verwijzing door enkel het kenmerk van de norm te vermelden zonder de tekst over te nemen. »

De Eerste-Minister verklaart dat de in het voorstel vervatte maatregel als dusdanig geen enkel bezwaar oproept. Het gaat hier evenwel om een loutere uitvoeringsmaatregel, die noch in het ontwerp noch in enige wettekst thuishoort.

Die maatregel wordt opgenomen in een koninklijk besluit ter uitvoering van voornoemde besluitwet van 20 september 1945. Het ontwerp van bedoeld koninklijk besluit ligt thans ter studie bij het Ministerie van Openbare Werken en zal kortelings voor advies aan de bij de Diensten van de Eerste-Minister opgerichte Permanente Commissie voor de Openbare Aannemingen worden voorgelegd.

Anderzijds zal die beschikking ook voorkomen in het koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 1 van

jouer qu'en cas de marché de gré à gré, car les autres procédés comprennent nécessairement la comparaison entre des offres différentes.

Toutefois, ce point de vue est en contradiction avec le fait que cette disposition est l'une des « Dispositions générales » et qu'elle est donc applicable à toutes les catégories de marchés.

D'ailleurs, dans les deux cas cités à l'article 3, § 2, le système de l'appel d'offres sur la base de prix provisoires, par exemple, n'est nullement exclu.

Un membre demande si l'on ne pourrait utilement adopter une méthode à laquelle on recourt souvent pour les grands travaux à l'étranger, notamment en France et aux Pays-Bas : il s'agit du partage, entre l'administration et l'entrepreneur, de la différence en plus ou en moins entre le prix réel et le prix provisoire, pour les marchés passés « sur base de prix provisoires ».

Cette méthode a l'avantage de favoriser une nouvelle forme de coopération entre l'administration et l'entrepreneur, pour le plus grand profit des deux parties.

Il lui est répondu que le projet de loi n'exclut nullement l'application de ce procédé, qu'il soit opportun ou non d'y recourir. Lorsqu'il s'agit d'un appel d'offres, l'administration peut, en vertu de l'article 10, prendre préalablement, c'est-à-dire dans le cahier spécial des charges ou dans l'appel d'offres lui-même, toutes dispositions qu'elle estime utiles. Le § 1^{er} de l'article 12 permet de mener librement les discussions pour ce qui regarde les marchés de gré à gré.

Les articles 3 et 4 sont adoptés.

Articles 5, 6 et 7.

Un membre propose, par voie d'amendement, d'insérer un article 4bis (nouveau), rédigé comme suit :

« Chaque fois que, dans un marché passé au nom de l'Etat, il est renvoyé à une norme belge homologuée par le Roi conformément à l'article 10 de l'arrêté-loi du 20 septembre 1945 relatif à la normalisation, ce renvoi se fait par la simple mention de la caractéristique de la norme, sans en reproduire le texte ».

Le Premier Ministre déclare qu'en principe, la mesure proposée ne suscite aucune objection. Il s'agit toutefois d'une simple mesure d'exécution, qui n'a pas sa place ni dans le projet, ni dans aucun texte légal.

Elle sera inscrite dans un arrêté royal d'exécution dudit arrêté-loi du 20 septembre 1945. Le texte de cet arrêté royal est actuellement à l'étude au Ministère des Travaux Publics et sera bientôt soumis pour avis à la Commission permanente des marchés publics, qui dépend des services du Premier Ministre.

D'autre part, cette disposition figurera dans l'arrêté royal à prendre en exécution de l'article 1^{er} du projet

het behandelde wetsontwerp en wellicht eveneens in het algemene lastenkohier.

Ingevolge deze uitleg wordt het amendement ingetrokken en worden de artikelen 5, 6 en 7 goedgekeurd.

Artikelen 8 en 9.

Een lid vraagt op welke gronden de Regering de voorkeur heeft gegeven aan de in het wetsontwerp opgenomen formule betreffende de schadeloosstelling van de onregelmatig geweerde laagste inschrijver bij aanbesteding.

De Eerste-Minister antwoordt dat de Raad van State, in zijn advies van 17 oktober 1960 had voorgesteld de termijnen voor beroep en procedure inzake vorderingen tot nietigverklaring der aanbesteding te verkorten en eventueel de eindbeslissing tot toewijzing op te schorten tot dat over de ingestelde vordering definitief uitspraak zou gedaan zijn, een voorstel dat overeenstemt met dit van de heren Hainaut en Joliet waarnaar boven is verwezen.

De Regering meent dat deze procedure van aard is de goede werking der administratie te hinderen. Daarom heeft men verkozen aan de onregelmatig geweerde laagste inschrijver een recht op schadeloosstelling toe te kennen.

In het kader van deze oplossing was het denkbaar aan de Raad van State volle rechtsmacht toe te kennen, door hem de kennisneming niet alleen van de vordering tot nietigverklaring van de toewijzingsakte, maar ook van de eis tot schadeloosstelling op te dragen.

Het kwam de Regering evenwel voor dat de uitwerking van een speciale wetgeving niet de gepaste gelegenheid vormt om de bevoegdheidsregeling van de Raad van State te wijzigen.

Bovendien stelde de Regering de vraag of het niet meer in de lijn van onze traditionele rechterlijke inrichting ligt de geschillen betreffende schadeloosstelling tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter te rekenen.

De Centrale Raad van het Bedrijfsleven die op 18 januari 1963 in een advies zijn waardering en instemming uitsprak over dit wetsontwerp, zegde het volgende over de kwestieuze vraag der bevoegdheid van de Raad van State in deze aangelegenheid :

» Inzake een punt van strikt juridische aard drukken sommige leden er hun spijt over uit dat de Regering de bevoegdheid om de schadevergoeding vast te stellen die aan de onregelmatig geweerde inschrijvers moet worden betaald niet heeft verleend aan de Raad van State. Volgens deze leden valt het zeer te betreuren dat deze inschrijvers bij de Raad van State enkel een arrest tot nietigverklaring kunnen verkrijgen en zich vervolgens tot de gewone rechthbanken dienen te wenden om een vordering tot schadevergoeding in te stellen.

» Sommige leden daarentegen zijn eerder voorstander van de bevoegdheid van de gewone rechthbanken,

en in discussion et peut-être aussi dans le cahier général des charges.

Après ces explications, l'amendement est retiré et les articles 5, 6 et 7 sont adoptés.

Articles 8 et 9.

Un membre demande pour quels motifs le Gouvernement a arrêté son choix sur la formule des dommages-intérêts accordés au soumissionnaire le plus bas, irrégulièrement évincé.

Le Premier Ministre répond que, dans son avis du 17 octobre 1960, le Conseil d'Etat avait proposé d'écourter les délais de recours et de procédure en matière de demande d'annulation de l'adjudication, et éventuellement de surseoir à la décision définitive octroyant le marché, jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur le recours introduit. Ces suggestions rejoignent celles de MM. Hainaut et Joliet, dont il a été question plus haut.

Le Gouvernement estime que cette procédure est de nature à entraver le bon fonctionnement de l'administration. C'est pourquoi il a préféré accorder des dommages-intérêts au soumissionnaire le plus bas, irrégulièrement évincé.

Dans le cadre de cette solution, on aurait pu envisager de reconnaître au Conseil d'Etat une compétence de pleine juridiction en lui accordant le droit de connaître, non seulement du recours en annulation de l'acte d'adjudication, mais encore de la demande en dommages-intérêts.

Cependant, le Gouvernement a jugé inopportun de modifier la compétence du Conseil d'Etat à l'occasion d'une loi spéciale.

En outre, le Gouvernement s'est demandé s'il n'était pas plus conforme à notre organisation judiciaire traditionnelle d'attribuer au juge civil la connaissance des actions en dommages-intérêts.

Dans un avis du 18 janvier 1963, le Conseil central de l'Economie, marquant son accord sur la teneur du projet, s'est prononcé dans les termes suivants sur la question de la compétence du Conseil d'Etat en la matière :

» Sur un point d'ordre strictement juridique, certains membres déplorent que le Gouvernement n'ait pas confié au Conseil d'Etat le pouvoir de fixer les indemnités à accorder aux soumissionnaires irrégulièrement évincés. Selon ces membres, il est très regrettable que ceux-ci ne puissent obtenir auprès du Conseil d'Etat qu'un arrêt d'annulation et doivent s'adresser ensuite aux Tribunaux ordinaires pour introduire une action en dommages et intérêts ».

« Certains membres inclinent au contraire en faveur de la compétence de tribunaux ordinaires, constatant

daar zij vaststellen dat de arresten van de Raad van State niet vatbaar zijn voor beroep.

« Zij zijn daarenboven van oordeel dat het, zoals de Regering zelf doet opmerken, niet rationeel is de algemene regels in verband met de bevoegdheid van de Raad van State door middel van een bijzondere wet te wijzigen ».

Na deze uitleg werd artikel 8, evenals artikel 9 goedgekeurd.

Artikel 10.

Een lid verheugt er zich over dat de Administratie, in geval van offerteaanvraag, gemachtigd wordt om bij de toewijzing van de overeenkomst rekening te houden met de in de inschrijving eventueel voorkomende suggesties. Dit zal nieuwe samenwerking tussen de Administratie en de aannemer in de hand werken; bovendien kan dit voor de Staat een belangrijke bron van besparingen vormen.

Niettemin meent hij volgende kritiek te moeten uitbrengen :

1. De draagwijdte van het begrip « suggesties » wordt in het wetsontwerp te eng opgevat, eensdeels omdat er een onderscheid gemaakt wordt tussen « suggesties » en « varianten » — deze laatst modaliteit is niet geoorloofd, tenzij zij uitdrukkelijk vermeld wordt in het bijzonder lastenkohier —; anderdeels omdat de suggesties volgens de memorie van toelichting (blz. 15) schijnen beperkt te worden tot die welke verband houden met nieuwigheden of met technische verbeteringen.

2. Het lijkt weinig logisch dat het de Administratie, volgens de memorie van toelichting (blz. 15-16), zelfs in geval dat suggesties voorgelegd worden, niet toegelaten is te onderhandelen nopens de voorgestelde prijs.

3. Men kan zich ten slotte afvragen waarom de mogelijkheid tot het voorleggen van suggesties niet zou kunnen uitgebreid worden tot de openbare en de beperkte aanbesteding.

Met betrekking tot de eerste opmerking wijst de Eerste-Minister erop dat de term « suggestie » ruimer is dan « variante ». Deze laatste houdt in dat het door de overeenkomst beoogde object tot stand gebracht wordt volgens een ander technisch procédé of met andere materialen dan die welke voorgeschreven zijn door het bijzonder lastenkohier. De « suggestie » daarentegen, kan ertoe strekken het object van de overeenkomst in een volledig andere vorm te concretiseren.

Het begrip « suggestie » dekt derhalve eender welke « variante », hetgeen betekent dat zowel de ene als de andere alleszins kan voorgelegd worden, waarbij de Minister uiteindelijk de naar zijn oordeel meest interessante offerte kiest.

In verband met de zogenaamde begrenzing van het begrip « suggestie » zij aangestipt dat de memorie van toelichting in dat opzicht enkel exemplatief bedoeld is en derhalve geen beperking inhoudt.

que les arrêtés du Conseil d'Etat ne sont pas susceptibles d'appel.

« Ils estiment, en outre, comme le Gouvernement lui-même le fait remarquer, qu'il n'est pas rationnel de modifier les règles générales de la compétence du Conseil d'Etat, par le biais d'une loi particulière ».

Après cet exposé, les articles 8 et 9 sont adoptés.

Article 10.

Un membre se félicite de ce qu'en cas d'appel d'offres, l'Administration soit autorisée à tenir compte, lors de l'adjudication du marché, des suggestions éventuellement contenues dans la soumission. De ce fait, une collaboration d'un genre nouveau entre l'Administration et l'entrepreneur se trouvera facilitée; en outre, l'Etat pourra ainsi réaliser d'importantes économies.

Néanmoins, l'intervenant croit devoir formuler les critiques suivantes :

1. Le projet n'attribue qu'une portée restreinte à la notion de « suggestions », d'une part, parce qu'il établit une distinction entre « suggestions » et « variantes » — cette dernière modalité n'est pas admise, à moins qu'elle ne soit prévue expressément dans le cahier spécial des charges — et, d'autre part, parce que les suggestions, si l'on se réfère à l'exposé des motifs (p. 15), semblent limitées aux nouveautés ou aux progrès techniques.

2. Il paraît assez peu logique d'interdire à l'Administration (voir pp. 15 et 16 de l'exposé des motifs) de négocier le prix proposé, même au cas où des suggestions auraient été formulées.

3. Enfin, on peut se demander pourquoi la possibilité de présenter des suggestions ne pourrait pas être étendue à l'adjudication publique et à l'adjudication restreinte.

En ce qui concerne la première observation, le Premier Ministre fait remarquer que le terme « suggestion » est plus large que le terme « variante ». Ce dernier s'applique à la réalisation de l'objet du marché selon un autre procédé technique ou par l'emploi d'autres matériaux que ceux qui sont prescrits par le cahier spécial des charges. Par contre, la « suggestion » peut avoir pour but de concrétiser l'objet du marché sous une forme complètement différente.

Par conséquent, la notion de « suggestion » couvre n'importe quelle « variante », ce qui veut dire qu'en tout état de cause, l'une peut être présentée aussi bien que l'autre, le Ministre optant finalement pour l'offre qu'il estime la plus intéressante.

A propos de la prétendue limitation de la notion de « suggestion », il est à noter que l'exposé des motifs ne s'exprime à cet égard qu'à titre exemplatif et que, par tant, il n'implique pas la moindre limitation.

Aan de Administratie toestaan om bij een offerteaanvraag en in geval er suggesties voorgelegd worden, te onderhandelen over de prijs, is niet aanvaardbaar. In zijn advies van 19 maart 1962 (blz. 49-50) stipt de Raad van State te dien aanzien aan dat alsdan het onderscheid tussen offerteaanvraag en onderhandse overeenkomst zou wegvallen.

Nu zou men zich kunnen voorstellen dat, als gevolg van suggesties of varianten ingediend bij een offerteaanvraag, men zich zou beroepen op het in artikel 12, 1^o, aangeduide geval van « technische noodwendigheden » en derhalve een onderhandse overeenkomst zou sluiten.

In bepaalde gevallen zal deze doenwijze ongetwijfeld verantwoord zijn. Uit internationaal oogpunt is het evenwel minder aangewezen de mogelijkheden tot het sluiten van overeenkomsten nog te verruimen.

Wat tenslotte de laatste opmerking aangaat, dient erop gewezen dat de termen « suggesties » en « varianten » enkel mogen gezien worden in het kader van de *offerteaanvraag*. Indien men ze bij een *aanbesteding* als beslissend weerhoudt en dienovereenkomstig de overeenkomst toewijst, dan zou dit een inbreuk betekenen op de gelijkheid tussen de inschrijvers, die ertoe uitgenodigd werden op grond van concrete en welomschreven gegevens hun prijzen in te dienen.

Wanneer er bij een aanbesteding suggesties of varianten worden voorgesteld die werkelijk de voorkeur verdienen, blijft er alleszins de mogelijkheid om, overeenkomstig artikel 11, § 1, de procedure op een andere wijze te herbeginnen.

Na deze uitleg werd dit artikel aangenomen en werden ook de artikelen 11, 12, 13, 14, 15 en 16 goedgestemd.

V. Voorstellen inzake terminologie.

Voor wat de tekst aangaat werden door Uw Commissie de volgende terminologische wijzigingen voorgesteld en aangenomen, overeenkomstig suggesties gedaan door het Belgisch Instituut voor Normalisatie :

A. Nederlandse tekst :

Artikel 1 : te lezen : « De overeenkomsten... worden gesloten *na beroep* op mededinging en hebben een *forfaitair karakter* ».

Artikel 3, § 2 : « voorafgaande prijsbepaling » te vervangen door « *forfaitaire bepaling* ».

Artikel 4, lid 1, « in fine » : « gekeurd » te vervangen door « *goedgekeurd* ».

Artikelen 5, 9, al. 2 en 3, 10, 11, § 1 en 12, 2^o en 7^o : « prijsaanvraag » te vervangen door « *offerteaanvraag* ».

Artikel 8 : « offerte » te vervangen door « *inschrijving* ».

Artikel 10 : « inschrijving » te vervangen door « *offerte* ».

Il serait inadmissible d'autoriser l'Administration à négocier le prix, lors d'un appel d'offres, au cas où des suggestions seraient présentées. Dans son avis du 19 mars 1962 (pp. 49 et 50), le Conseil d'Etat fait remarquer qu'en pareille éventualité, il n'y aurait plus aucune différence entre l'appel d'offres et le marché de gré à gré.

Or, on pourrait imaginer que, des suggestions ou des variantes ayant été présentées lors d'un appel d'offres, l'on invoque le cas, visé à l'article 12, 4^o, de « nécessités techniques » et qu'en conséquence, il soit passé un marché de gré à gré.

Evidemment, cette procédure se justifierait dans certains cas, mais lorsqu'on envisage la question sous l'angle international, il ne paraît guère opportun d'élargir encore les possibilités de passer des marchés.

Enfin, pour ce qui est de la dernière observation, il faut tenir compte de ce que les termes « suggestions » et « variantes » ne peuvent être envisagés que dans le cadre de l'*appel d'offres*. Si l'on devait leur attribuer une valeur décisive dans une *adjudication* et passer le marché en conséquence, ce serait porter atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires, qui ont été invités à faire connaître leurs prix sur la base d'éléments concrets et précis.

Au cas où, lors d'une adjudication, il serait présenté des suggestions ou des variantes méritant vraiment la préférence, il sera toujours possible de recommencer la procédure autrement, conformément au § 1^{er} de l'article 11.

Après ces éclaircissements, l'article est adopté et il en est de même pour les articles 11, 12, 13, 14, 15 et 16.

V. Suggestions en matière de terminologie.

Votre Commission vous propose les modifications de terminologie ci-dessous, qu'elle a adoptées et qui sont conformes aux suggestions formulées par l'Institut belge de Normalisation :

A. Texte néerlandais :

A l'article 1^{er} : lire « De overeenkomsten ...worden gesloten *na beroep* op mededinging en hebben een *forfaitair karakter* ».

Article 3, § 2 : remplacer « voorafgaande prijsbepaling » par « *forfaitaire bepaling* ».

Article 4, al. 1^{er}, « in fine » : remplacer « gekeurd » par « *goedgekeurd* ».

Aux articles 5, 9, al. 2 et 3, 10, 11, § 1^{er}, et 12, 2^o et 7^o : remplacer « prijsaanvraag » par « *offerteaanvraag* ».

A l'article 8 : remplacer « offerte » par « *inschrijving* ».

A l'article 10 : remplacer « inschrijving » par « *offerte* ».

Artikel 11, § 2 : « aanbesteding » te vervangen door « overeenkomst ».

B. Franse tekst :

Artikel 8 : « offre » te vervangen door « soumission ».

Artikel 10 : « soumission » te vervangen door « offre ».

**

Het ontwerp werd met algemene stemmen aangenomen.

Dit verslag is met algemene stemmen goedgekeurd.

De Verslaggever,
V. LEEMANS.

De Voorzitter,
Pierre DE SMET.

A l'article 11, § 2 : remplacer « aanbesteding » par « overeenkomst ».

B. Texte français :

A l'article 8 : remplacer « offre » par « soumission ».

A l'article 10 : remplacer « soumission » par « offre ».

**

Le projet a été adopté à l'unanimité.

Le présent rapport a été approuvé à l'unanimité.

Le Rapporteur,
V. LEEMANS.

Le Président,
Pierre DE SMET.