

Overheidsopdrachten
Adviezen verstrekt door de Commissie
voor de overheidsopdrachten. — Omzendbrief

Aan de besturen van het Rijk, aan de gemeenschappen, aan de gewesten, aan de provincies, aan de gemeenten en aan de andere publiekrechtelijke personen die onderworpen zijn aan de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten

Mijnheer de Minister,
 Mevrouwen, Mijne Heren,

De Commissie voor de overheidsopdrachten onderzoekt regelmatig, als raadgevend orgaan zetelend bij mijn Diensten, problemen in verband met de toepassing en de interpretatie van de reglementering inzake overheidsopdrachten.

Om een ruimere verspreiding van bepaalde verstrekte adviezen te verzekeren, zal ter attentie van de besturen periodiek een informatieve omzendbrief worden gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*. Dat is de opzet van deze omzendbrief waarin interessante adviezen die de laatste jaren werden verstrekt per thema worden gegroepeerd.

A. Wet betreffende de overheidsopdrachten
en koninklijk besluit van uitvoering

1. Artikelen 1 van de wet van 14 juli 1976 en 50 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 — Studies toevertrouwd aan landmeters-experten in onroerende goederen

Vraag : Vallen de studies die aan landmeters-experten in onroerende goederen worden toevertrouwd onder de toepassing van de wet? In artikel 50 van het koninklijk besluit wordt immers slechts een enuntiatieve opsomming gegeven waarbij overheidsopdrachten inzake ingenieurskunst, bouwkunst, studie en andere gelijkaardige opdrachten... worden vermeld. Zo ja, kan dan het deontologische verbod tot « aanbestedingen van erelonen » over te gaan worden toegepast?

Advies : Na te hebben vastgesteld dat de landmeters-experten aangesloten zijn bij een vereniging die bestaat op het niveau van het beroep maar dat er geen wettelijk erkende deontologische regel is, meent de Commissie dat :

— er sprake is van een overheidsopdracht van diensten voor zover de prestaties een creatieve inhoud hebben of met een studie te maken hebben, zelfs indien de aannemer landmeter-expert is;

— artikel 50 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten dan ook van toepassing is.

Bijgevolg verzet zich geen enkele regel tegen een aanbesteding van erelonen van landmeters-experten. De opportuniteit van een dergelijke maatregel zal door het bestuur beoordeeld worden.

2. Artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 — Rulcontract — Overheidsopdracht?

Vraag : De vraag werd gesteld of de hierna omschreven overeenkomst een overheidsopdracht is of integendeel een overheidsconcessie waarop de wet van 14 juli 1976 niet van toepassing is : een aannemer heeft van een bestuur de toelating gekregen grondstukken van het openbaar domein te verhogen door middel van puin en grond afkomstig van afbraak- en grondwerk dat hij regelmatig uitvoert. In ruil voor het voordeel te kunnen beschikken over een stortplaats is die aannemer verplicht zowel tot het verrichten van die prestatie om niet, als tot de uitvoering van werken in het voordeel van het bestuur zonder betaling.

In de tweede plaats, zo deze overeenkomst een overheidsopdracht wordt genoemd, zou dan geen beroep moeten gedaan worden op de mededinging volgens de gewone procedure?

Antwoord : De Commissie is van oordeel dat in de beschreven situatie er voor iedere partij verplichtingen ontstaan bij het sluiten van de overeenkomst en dat het gaat om een overheidsopdracht, zelfs indien de prijs ervan negatief is. Na te hebben herinnerd aan het principe van gelijkheid en van mededinging, hetgeen inhoudt dat aan andere aannemers die in dezelfde toestand verkeren de gelegenheid moet geboden worden zich kandidaat te stellen of in te schrijven, is de Commissie van oordeel dat dergelijke prestatie normaliter als een post met negatieve prijs zou moeten opgenomen worden in het bestek van een ruimere opdracht.

Bij gebreke hiervan, moet alvorens deze opdracht gegund wordt, de prestatie afzonderlijk in mededinging worden gesteld.

Marchés publics
Avis rendus par la Commission des marchés publics. — Circulaire

Aux administrations de l'Etat, aux communautés, aux régions, aux provinces, aux communes et aux autres personnes de droit public soumises à la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Monsieur le Ministre,
 Mesdames, Messieurs,

La Commission des marchés publics examine régulièrement, en tant qu'organe consultatif siégeant auprès de mes Services, des questions d'application et d'interprétation de la réglementation relative aux marchés publics.

En vue d'assurer une plus large diffusion à certains des avis rendus, une circulaire d'information sera publiée périodiquement au *Moniteur belge* à l'attention des administrations. Tel est l'objet de la présente circulaire, regroupant par thème des avis intéressants, rendus ces dernières années.

A. Loi relative aux marchés publics
et arrêté royal d'exécution

1. Articles 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976 et 50 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 — Etudes confiées à des géomètres-experts immobiliers

Question : Les études confiées à des géomètres-experts immobiliers entrent-elles dans le champ de la loi? En effet, l'article 50 de l'arrêté royal contient une énumération non exhaustive puisqu'il cite les marchés publics d'ingénierie, d'architecture, d'études et autres similaires... Dans l'affirmative, l'interdiction déontologique de procéder à des « adjudications d'honoraires » trouve-t-elle à s'appliquer?

Avis : Après avoir constaté que les géomètres-experts sont affiliés à une fédération existant au niveau de la profession mais qu'il n'y a pas de règle déontologique légalement reconnue, la Commission estime que :

— dans la mesure où les prestations à attribuer comprennent une mission de conception, d'étude, il s'agit d'un marché public de services, même si l'adjudicataire a une qualité de géomètre-expert;

— dans ce sens, l'article 50 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics trouve également à s'appliquer.

Aucune règle ne s'oppose donc à une adjudication des honoraires des géomètres-experts, mesure dont l'opportunité est à apprécier par l'administration.

2. Article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976 — Contrat d'échange — Marché public?

Question : La question a été posée de savoir si la convention ci-après constitue un marché public ou, au contraire, une concession domaniale échappant à la loi du 14 juillet 1976 : une administration autorise un entrepreneur à surélever des terrains du domaine public au moyen de décombres et de terre provenant de démolitions et de terrassements qu'il effectue régulièrement. En contrepartie de l'avantage consistant à disposer d'un terrain de déversement, cet entrepreneur est tenu à la gratuité de cette prestation ainsi même qu'à des travaux effectués gratuitement au profit de l'administration.

Complémentairement, si cette convention était qualifiée comme marché public, ne conviendrait-il pas de faire jouer préalablement la concurrence selon une procédure ordinaire?

Réponse : La Commission est d'avis que, dans semblable situation, des obligations contractuelles existent pour chacune des parties à la convention et que cette convention concerne un marché public de travaux, même si le prix en est négatif. Après rappel des principes d'égalité et de mise en concurrence, ce qui implique que d'autres entrepreneurs se trouvant dans la même situation auraient dû pouvoir poser leur candidature ou soumissionner, la Commission est d'avis qu'une telle prestation devrait normalement être prévue comme poste négatif dans le cahier spécial des charges d'un marché plus vaste.

A défaut, cette prestation doit faire l'objet d'une mise en concurrence spécifique avant toute passation d'un marché portant sur cet objet.

3. Artikel 4 van de wet van 14 juli 1976 — Betaling in mindering en eigendomsoverdracht.

Vraag: Volgens artikel 4 van de wet van 14 juli 1976 mogen betalingen alleen voor verstrekte en aanvaarde diensten worden gedaan. Op welk ogenblik geschiedt de eigendomsoverdracht wanneer in het contract geen duidelijke clause dienaangaande voorkomt; praktisch bekeken is dit van groot belang wanneer de aannemer failliet gaat of wanneer een goed verloren geraakt, beschadigd of gestolen wordt of vernield wordt?

Advies: De Commissie is van mening dat:

— het in artikel 4 van de wet van 14 juli 1976 vermelde beginsel volgens hetwelk betalingen alleen voor verstrekte en aanvaarde diensten mogen worden gedaan, volledig losstaat van de vraagstukken die rijzen in verband met de eigendomsoverdracht en de overdracht van risico's;

— wat de opdrachten van werken betreft: de regels voor de aannemingsovereenkomst bepalen dat de eigendom van de materialen normaal wordt overgedragen naar gelang zij in de uitvoering van de opdracht worden ingeschakeld. Behoudens een andersluidende contractuele bepaling, blijven de op de bouwplaats geleverde maar nog niet verwerkte materialen eigendom van de aannemer. De overdracht van risico's geschiedt bij de volledige oplevering van de werken overeenkomstig de artikelen 1788 en 1789 van het Burgerlijk Wetboek.

— op het stuk van de opdrachten van leveringen een onderscheid moet worden gemaakt tussen de koopovereenkomsten en de aannemingscontracten. Wanneer het om een koopovereenkomst gaat, geschiedt de overdracht van eigendom vanaf het ogenblik waarop het contract tot stand komt, voor zover de zaak kan worden geïdentificeerd overeenkomstig artikel 1583 van het Burgerlijk Wetboek, de overdracht van risico's gebeurt dan bij de levering van de zaak. Voor een aannemingsovereenkomst geschiedt de overdracht van de eigendom en van de risico's niet eerder dan bij de oplevering door het bestuur, hetzij in de lokalen van het bestuur, hetzij in die van de aannemer. In dat laatste geval is het van zeer groot belang, ter vrijwaring van de belangen van het bestuur bij een eventueel faillissement van de aannemer, dat het bewijs van de oplevering wordt gegeven, meer bepaald wanneer het bestuur subelementen, die door de aannemer moeten worden geïntegreerd, heeft opgeleverd en betaald maar die elementen daarbij ter beschikking van de aannemer bleven. Een specifieke bepaling zou dus in dat geval in het bestek moeten worden vermeld.

4. Artikelen 11 van de wet van 14 juli 1976 en 39 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 — Beperkte aanbesteding — Tijdelijke vereniging die bestaat in een geraadpleegde en een niet-geraadpleegde aannemer of leverancier.

Vraag: Mag het bestuur in een beperkte aanbesteding de offerte van een tijdelijke vereniging die bestaat uit een geraadpleegde en een niet-geraadpleegde aannemer of leverancier aanvaarden? Zou het antwoord anders luiden indien blijkt dat de geraadpleegde aannemer of leverancier niet over een voldoende erkenning beschikt en zich tijdelijk verbindt met een naar behoren erkende aannemer of leverancier ten einde een inschrijving te kunnen indienen?

Advies: In artikel 11 van de wet wordt bepaald dat bij een beperkte aanbesteding het bestuur de aannemer naar zijn keuze raadpleegt en dat alleen de geraadpleegde aannemers een inschrijving mogen indienen. In dezelfde zin wordt in artikel 39 van het koninklijk besluit bepaald dat de uitnodiging tot inschrijving aan alle door het bestuur gekozen aannemers of leveranciers wordt toegezonden.

De Commissie is van oordeel dat, gezien de huidige wet- en verordeningsteksten, negatief moet worden geantwoord op de gestelde vragen behalve indien het bestuur in het bestek uitdrukkelijk stelt dat tijdelijke verenigingen die bestaan uit een geraadpleegde en een niet-geraadpleegde aannemer inschrijvingen mogen indienen. Hetzelfde geldt inderdaad in geval van een beperkte offerteaanvraag.

5. Artikelen 25, 35 en 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 — Geldigheidsduur van de inschrijving bij offerteaanvraag — Afwijking van het bestek.

Vraag: Wanneer bij een offerteaanvraag met betrekking tot een opdracht van leveringen een inschrijving een geldigheidsduur vermeldt die korter is dan deze die uitdrukkelijk in het bestek is bedongen, moet die inschrijving aldan niet substantieel onregelmatig beschouwd worden?

Tevens wordt ook gevraagd of het bestuur op grond van artikel 44, 5e lid van het koninklijk besluit van 22 april 1977 contact mag opnemen met de inschrijver om deze termijn in overeenstemming te brengen met die welke wordt gespecificeerd in het bestek.

3. Article 4 de la loi du 14 juillet 1976 — Paiement du marché et transfert de propriété

Question: Selon l'article 4 de la loi du 14 juillet 1976, aucun marché ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté. A quel moment s'effectue le transfert de propriété en l'absence d'une clause contractuelle précise, ceci s'avérant d'une importance pratique évidente en cas de faillite de l'adjudicataire ou en cas de perte, détérioration, vol ou destruction du bien?

Avis: La Commission est d'avis que:

— le principe du paiement après service fait et accepté contenu dans l'article 4 de la loi du 14 juillet 1976 est indépendant et distinct des problèmes du transfert de la propriété et du transfert des risques;

— pour les marchés de travaux, les règles relatives au contrat d'entreprise prévoient que le transfert de propriété des matériaux a normalement lieu au fur et à mesure de l'incorporation. Sauf disposition contractuelle contraire, les matériaux approvisionnés sur chantier mais non encore incorporés restent la propriété de l'adjudicataire. Quant au transfert des risques, il a lieu lors de la réception complète de l'ouvrage en vertu des articles 1788 et 1789 du Code civil.

— pour les marchés de fournitures, il convient de distinguer les contrats de vente des contrats d'entreprise. Pour les contrats de vente, le transfert de propriété a lieu dès la formation du contrat, pour autant que le bien soit identifiable, et ce conformément à l'article 1583 du Code civil, les risques étant transférés lors de la délivrance de la chose. S'il s'agit d'un contrat d'entreprise, la propriété et les risques ne sont transférés qu'au moment de la réception par l'administration, que ce soit dans ses propres locaux ou dans ceux de l'adjudicataire. Dans cette dernière hypothèse, la preuve de la réception se révèle particulièrement importante, et ce afin de protéger les intérêts de l'administration en cas de faillite de l'adjudicataire, notamment dans les cas où des sous-ensembles destinés à être incorporés par l'adjudicataire ont été réceptionnés et payés par l'administration mais sont restés à la disposition de l'adjudicataire. Une clause spécifique devrait donc dans ce cas être prévue dans le cahier spécial des charges.

4. Articles 11 de la loi du 14 juillet 1976 et 39 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 — Adjudication restreinte — Association momentanée formée d'un entrepreneur ou fournisseur consulté et d'un non-consulté.

Question: L'administration peut-elle accepter, dans une adjudication restreinte, l'offre déposée par une association momentanée constituée d'un entrepreneur ou fournisseur consulté et d'un non-consulté? La réponse serait-elle différente dans le cas où l'entrepreneur ou fournisseur consulté se révélerait insuffisamment agréé et s'associerait momentanément avec un non-consulté dûment agréé afin de soumissionner?

Avis: L'article 11 de la loi prévoit qu'en adjudication restreinte, l'administration consulte les entrepreneurs de son choix et que seuls les entrepreneurs consultés sont autorisés à remettre une soumission. Dans ce sens également, l'article 39 de l'arrêté royal confirme que l'appel à la concurrence est envoyé aux entrepreneurs et fournisseurs choisis par l'administration.

Selon la Commission, dans l'état actuel des textes légaux et réglementaires, la réponse aux questions posées doit être négative, sauf si l'administration a expressément autorisé, dans le cahier spécial des charges, le dépôt de soumissions par des associations momentanées formées d'un consulté et d'un non-consulté. Il en va évidemment de même en ce qui concerne l'appel d'offres restreint.

5. Articles 25, 35 et 44 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 — Durée de validité de la soumission en appel d'offres — Dérogation au cahier spécial des charges.

Question: Lorsque dans une procédure d'appel d'offres relative à un marché de fournitures, une soumission mentionne une durée de validité inférieure à celle expressément stipulée dans le cahier spécial des charges, doit-elle être ou non considérée comme substantiellement irrégulière?

Complémentairement, il est demandé si l'administration pourrait en se référant à l'article 44, alinéa 5 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, prendre contact avec le soumissionnaire en vue de mettre ce délai en concordance avec celui spécifié dans le cahier spécial des charges.

Advies : De Commissie is van oordeel dat de aangebrachte afwijking een substantiële onregelmatigheid is. In casu is het inderdaad zo dat het bestek het bepalen van een andere termijn niet toeliet. Derhalve kan de inschrijver zich niet beroepen op artikel 35, § 2 waarbij de inschrijvers zelf in hun inschrijving voor opdrachten van leveringen de termijn mogen bepalen gedurende dewelke ze hun offerte handhaven doch enkel wanneer het bestek dat toelaat.

Anderzijds, zou het bestuur geen contact mogen opnemen met de inschrijver om de termijn te doen overeenstemmen met hetgeen in het bestek is vereist daar het terzake niet zou gaan om een verduidelijking van de offerte maar wel om een verandering ervan, hetgeen verboden is.

B. Algemene aannemingsvoorwaarden

6. Artikelen 5 e.v. en 28 van de algemene aannemingsvoorwaarden — Borgstelling en opdracht om de werken te beginnen.

Vraag : Dikwijls bestaat de administratieve praktijk erin dat een aanvraag tot borgstelling aan de aannemer wordt bezorgd op het ogenblik waarop kennis wordt gegeven van de goedkeuring van zijn offerte. Op basis van artikel 5, § 1 van de algemene aannemingsvoorwaarden kan de vraag worden gesteld of het bestuur daartoe verplicht is. Is de aannemer daarenboven krachtens artikel 5, § 3 ertoe verplicht te bewijzen dat een borgtocht werd ingesteld binnen 30 dagen na de kennisgeving van de goedkeuring van de offerte in de volgende veronderstelling :

— het bestuur heeft niet gevraagd dat de vereiste borgtocht werd gesteld omdat bijvoorbeeld de opdracht om de werken aan te vatten niet kan worden gegeven binnen de termijn vastgesteld bij artikel 28, § 1 van de algemene aannemingsvoorwaarden;

— op het ogenblik van de kennisgeving was er alleen een akkoord betreffende een basisprijs voor een op te richten gebouw, terwijl het totale bedrag van het contract op dat ogenblik niet kon worden bepaald. Het betreft immers het oprichten van geprefabriceerde gebouwen waarvoor alleen een inschrijvingsprijs voor een niet te lokaliseren verwezenlijking kan worden bekomen wanneer men zich tot de concurrenten richt. Bij iedere uitvoering moet een regularisatie gebeuren naargelang één van de diverse voorgeschreven varianten wordt uitgewerkt, bijvoorbeeld op basis van geotechnische factoren of voorschriften inzake stedenbouw.

Advies : De Commissie meent op deze vragen te kunnen antwoorden dat :

— krachtens artikelen 5 en 6 van de algemene aannemingsvoorwaarden de aannemer het bewijs moet leveren dat de borgtocht is gesteld binnen 30 kalenderdagen na de dag waarop kennis is gegeven van de goedkeuring van zijn inschrijving en dit zonder dat het bestuur de aannemer in gebreke heeft te stellen, zolang stelt hij zich bloot aan de in artikel 6 vermelde sancties;

— normalerwijs het bedrag dat het bestuur in de brief ter kennisgeving vermeldt, als basis dient voor de berekening van de borgtocht;

— voor een « stockovereenkomst » de borgtocht niet moet worden gesteld voor alle prestaties van de gegunde « stockovereenkomst » maar wel voor iedere bestelling die, voor de toepassing van de regels van de borgtocht, als een afzonderlijke opdracht geldt;

— de bepalingen betreffende de borgtocht verschillen van die welke betrekking hebben op de opdracht om de werken te beginnen, in die zin dat de eerste bepalingen niet automatisch een invloed hebben op de tweede; het bestuur kan dus desgevallend de opdracht geven om de werken te beginnen binnen de termijn vastgesteld bij artikel 28 van de algemene aannemingsvoorwaarden.

7. Artikelen 7, 9, 30, 43, 47 en 48 van de algemene aannemingsvoorwaarden — Oplevering van de werken en rechten van het bestuur op de borgtocht.

Vraag : Tijdens de uitvoering van werken kan soms aanzienlijke schade worden veroorzaakt aan de installaties van het bestuur dat de werken heeft aangenomen of aan installaties van derden. In de meeste gevallen worden ernstige tekortkomingen aan de in artikel 30 van de algemene aannemingsvoorwaarden vastgestelde verplichtingen aan de aannemer ten laste gelegd en wordt daarvan proces-verbaal opgemaakt met toepassing van artikel 47 van diezelfde algemene aannemingsvoorwaarden.

De rechtsgechillen die daarvan het gevolg zijn hebben soms betrekking op zeer grote bedragen en gaan gepaard met langdurige juridische procedures, hetgeen tot gevolg heeft dat de aansprakelijkheid voor de feiten slechts nadat de opdracht is opgeleverd wordt vastgesteld. Bij de oplevering verklaart het bestuur niet alleen dat de werken werden uitgevoerd overeenkomstig de regels en voorschriften voor een goede constructie maar ook dat de aannemer de clausules en bepalingen betreffende de opdracht heeft nageleefd. In bepaalde gevallen van rechtspraak wordt het bestuur in het ongelijk

Avis : La Commission estime que la dérogation incriminée constitue une irrégularité substantielle. En l'espèce en effet, le cahier spécial des charges n'autorisait pas la stipulation d'un autre délai. Dès lors, le soumissionnaire ne pouvait se prévaloir de la règle de l'article 35, § 2 selon laquelle, dans les marchés de fournitures, les soumissionnaires peuvent fixer eux-mêmes le délai pendant lequel leur offre sera maintenue, mais uniquement si le cahier spécial des charges le permet.

Par ailleurs, l'administration ne pourrait prendre contact avec le soumissionnaire afin de mettre le délai en concordance avec l'exigence du cahier spécial des charges, ceci constituant non une clarification de l'offre mais une modification de celle-ci, ce qui est prohibé.

B. Cahier général des charges

6. Articles 5 sv. et 28 du cahier général des charges — Constitution du cautionnement et ordre de commencer les travaux.

Question : La pratique administrative consiste souvent en ce qu'une demande de constitution de cautionnement est transmise à l'adjudicataire lors de la notification de l'approbation de son offre. Or, sur la base de l'article 5, § 1er du cahier général des charges, s'agit-il là d'une obligation pour l'administration ? D'autre part, en vertu de l'article 5, § 3, l'adjudicataire est-il tenu de remettre la preuve de la constitution dans les 30 jours de la notification de l'approbation de l'offre, et ceci dans l'hypothèse ci-après :

— l'administration n'a pas demandé la constitution du cautionnement exigé, parce que, par exemple, l'ordre de commencer les travaux n'a pu être donné dans le délai fixé par l'article 28, § 1er du même cahier général des charges;

— seul un prix de base pour tel bâtiment à construire a été accepté lors de la notification, le montant total du contrat ne pouvant être déterminé à ce moment. Il s'agit en effet de la construction de bâtiments préfabriqués pour lesquels seul un prix de soumission d'une réalisation non localisée peut être obtenu lors de l'appel à la concurrence. Un calcul de régularisation doit intervenir lors de chaque exécution selon que telle ou telle des diverses variantes imposées aura été mise en œuvre en fonction, par exemple, des facteurs géotechniques locaux ou des prescriptions urbanistiques.

Avis : En réponse à ces questions, la Commission est d'avis que :

— en vertu des articles 5 et 6 du cahier général des charges, il appartient à l'adjudicataire, sous peine des sanctions prévues à l'article 6, de produire la preuve de la constitution du cautionnement, sans mise en demeure de l'administration, dans les 30 jours de calendrier suivant le jour de la notification de l'approbation de sa soumission;

— le montant servant de base pour le calcul du cautionnement est celui normalement mentionné par l'administration dans sa lettre de notification;

— en présence d'un « marché-stock », le cautionnement pour chacune des prestations se conçoit non pas dès la conclusion de ce « marché-stock », mais pour chaque commande qui, pour l'application des règles sur le cautionnement, constitue un marché distinct;

— les dispositions relatives à la constitution du cautionnement sont distinctes de celles ayant trait à l'ordre de commencer les travaux, les premières n'ayant pas automatiquement d'incidence sur les secondes, l'administration pouvant donc, le cas échéant, donner l'ordre de commencer les travaux dans les délais fixés à l'article 28 du cahier général des charges.

7. Articles 7, 9, 30, 43, 47 et 48 du cahier général des charges — Réception des travaux et droit de l'administration sur le cautionnement.

Question : Des dégâts parfois importants peuvent être causés en cours d'exécution de travaux aux installations de l'administration adjudicatrice ou à celles de tiers. Dans la plupart des cas, des manquements graves aux obligations énoncées à l'article 30 du cahier général des charges sont relevés à charge de l'adjudicataire et sont constatés par un procès-verbal en application de l'article 47 du même cahier général des charges.

Les litiges en découlant portent parfois sur des sommes très importantes et requièrent de longues procédures en justice, de sorte que la responsabilité des faits n'est établie qu'après le prononcé de la réception du marché. Par cet acte de réception, l'administration atteste non seulement que les travaux ont été effectués conformément aux règles de l'art et de la bonne construction mais également que l'adjudicataire a satisfait aux clauses et conditions du marché. Une certaine jurisprudence est défavorable à l'administration lorsque cette dernière ne fait pas état des manquements constatés

gesteld wanneer het niet spreekt over de gebreken die bij de voorlopige oplevering aan het licht kwamen. Is het dan ook niet wenselijk dat in de opleveringsverslagen van opdrachten waarover betwisting bestaat ook wordt vermeld op welke punten de contractuele verplichtingen niet werden nageliefd?

Advies : Volgens de Commissie :

- heeft de oplevering, hetzij voorlopig, hetzij definitief, betrekking op de kwaliteit van de aanbestede werken, m.a.w. op de in het contract vastgestelde technische eisen voor dergelijke werken;

- moet de oplevering op een ernstige manier geschieden; in andere artikelen van de algemene aannemingsvoorwaarden is er immers sprake van sancties voor het niet naleven van contractuele verplichtingen die niet specifiek verband houden met de kwaliteit van de aanbestede werken en waarvoor proces-verbaal wordt opgemaakt (artikelen 47 en 48 bijvoorbeeld);

- doet de voorlopige of definitieve oplevering geen afbreuk aan het recht dat derden hebben om een vergoeding te eisen voor de schade die zij als gevolg van de uitvoering van de werken hebben geleden;

- indien een geschil omtrent een beschadiging bestaat op het ogenblik van de voorlopige oplevering, heeft het bestuur het recht die oplevering uit te spreken met een voorbehoud wat dit punt betreft, zodat de respectieve rechten van de partijen worden gevrijvaard;

- wat de borgtocht betreft, preciseert artikel 7, § 1, van de algemene aannemingsvoorwaarden de gevallen waarin er sommen van de borgtocht mogen worden afgehouden, nl. bij vertraging in de uitvoering of bij gehele of gedeeltelijke nietuitvoering van de opdracht. Artikel 30, § 2, van dezelfde algemene aannemingsvoorwaarden verwijst naar de algemene verplichting van omzichtigheid die wordt gesanctionneerd door quasi delictuele aansprakelijkheid in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. Enkel voorzover er op dit vlak duidelijke en concrete verplichtingen worden gespecificeerd in het bestek, zal deze aansprakelijkheid een contractuele grondslag krijgen en zal het dus mogelijk worden beslag te leggen op de borgtocht.

8. Artikelen 15, § 4, en 16 van de algemene aannemingsvoorwaarden — Verwijlintresten en aparte schadevergoeding.

Vraag : Vormt de tekst van artikel 15, § 4, van de algemene aannemingsvoorwaarden m.b.t. het toekennen van verwijlintresten geen belemmering voor de toepassing van artikel 16, indien de aannemer van oordeel is dat het nadeel dat hij heeft geleden niet volledig door de betaalde intresten wordt gecompenseerd?

Advies : De Commissie is van oordeel dat het bepaalde in artikel 15 de toepassing van artikel 16 niet in de weg staat, noch deze van het gevorne recht in geval van bedrog of van een zware fout, voor zover het gaat om een nadeel dat niet hetzelfde is als dat waarvoor verwijlintresten worden betaald.

9. Artikel 15, § 6, van de algemene aannemingsvoorwaarden — Onderbreking der werken door de aannemer wegens niet-betaling.

Vraag : Volgens artikel 15, § 6, van de algemene aannemingsvoorwaarden mag de aannemer die niet betaald werd binnen de termijn vastgesteld in de algemene aannemingsvoorwaarden, de uitvoering van de werken onderbreken of het tempo ervan verminderen. Hij mag tevens een verlenging van de termijn en een schadeloosstelling vragen.

Algemeen wordt aangenomen dat deze bepaling waardoor één partij het recht in handen neemt, van uitzonderlijke aard is en met de grootste omzichtigheid moet worden gehanteerd zo men misbruiken wil voorkomen.

Artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt van zijn kant dat de gedeeltelijke betaling van een schuld die op het kapitaal en de intresten gekozen wordt, in de eerste plaats op de intresten en dan pas op het kapitaal mag worden toegekend.

Heeft een aannemer die zich beroopt op artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek het recht om de toepassing van artikel 15, § 6, van de algemene aannemingsvoorwaarden te eisen voor de saldi van de vorderingsstaten die onbetaald bleven na toepassing van artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek?

Advies : De Commissie is van oordeel dat een niet-betaalde aannemer het recht heeft te vragen dat artikel 15, § 6, van de algemene aannemingsvoorwaarden wordt toegepast voor de niet betaalde saldi van de vorderingsstaten. De Commissie merkt echter op dat de uitzonderingsmaatregel van de niet-uitvoering met omzichtigheid en overleg moet worden toegepast en niet geldt voor de gevallen waarin het gaat om de betaling van minimale bedragen, met inachtneming van de omvang van de opdracht en de grootte van de betrokken firma.

lors de la réception provisoire. N'est-il dès lors pas souhaitable que dans les procès-verbaux de réception des marchés litigieux soient également mentionnés les manquements aux obligations contractuelles?

Avis : Selon la Commission :

- l'opération de réception, provisoire ou définitive, a trait à la qualité des travaux adjugés, c'est-à-dire aux exigences techniques contractuelles prévues pour ces travaux;

- la rigueur doit prévaloir dans la mise en œuvre de cette réception; en effet, d'autres dispositions du cahier général des charges prévoient l'application de sanctions pour l'irrespect d'obligations contractuelles non spécifiquement liées à la qualité des travaux adjugés, irrespect constaté par procès-verbal (articles 47 et 48 par exemple);

- la réception provisoire ou définitive n'a pas d'effet à l'égard des tiers et ne porte donc pas atteinte au droit des tiers de réclamer la réparation de dommages qu'ils auraient subis à la suite de l'exécution des travaux;

- si un litige ayant trait à un dommage existe au moment d'effectuer la réception provisoire, l'administration a la faculté de prononcer celle-ci en mentionnant une clause de réserve sur ce point afin que les droits respectifs des parties soient sauvegardés;

- quant au cautionnement, l'article 7, § 1er, du cahier général des charges précise les cas dans lesquels il peut y avoir prélèvement sur le cautionnement à savoir en cas de retard ou d'inexécution totale ou partielle du marché. L'article 30, § 2, du même cahier général des charges se réfère quant à lui à l'obligation générale de prudence sanctionnée par la responsabilité quasi délictuelle de l'article 1382 du Code civil. Ce n'est que dans la mesure où des obligations précises et concrètes en cette matière seraient spécifiées dans le cahier spécial des charges que cette responsabilité trouverait une base contractuelle permettant dès lors la mise en œuvre de ce chef des saisies sur le cautionnement.

8. Articles 15, § 4, et 16 du cahier général des charges — Intérêts de retard et réparation d'un préjudice distinct.

Question : La question est soulevée de savoir si le texte de l'article 15, § 4, du cahier général des charges, relatif à l'octroi d'intérêts de retard, n'exclut pas le jeu de l'article 16, si l'adjudicataire estime que son préjudice n'est pas couvert par le paiement de ces intérêts.

Avis : La Commission estime que la disposition de l'article 15 n'exclut pas le jeu de l'article 16, ni celui du droit commun en cas de dol ou de faute lourde, pour autant qu'il s'agisse d'un préjudice distinct de celui réparé par l'octroi d'intérêts de retard.

9. Article 15, § 6, du cahier général des charges — Interruption par l'adjudicataire pour non-paiement.

Question : L'article 15, § 6, du cahier général des charges permet à l'adjudicataire non payé dans le délai y déterminé d'interrompre l'exécution du marché ou d'en réduire le rythme. Celui-ci peut également demander une prolongation de délai et une indemnisation.

Il paraît généralement admis que cette disposition par laquelle une partie se rend elle-même justice a un caractère exceptionnel et doit être utilisée avec la plus grande prudence afin d'éviter des abus.

Par ailleurs, l'article 1254 du Code civil spécifie que le paiement partiel d'une dette en capital et en intérêts peut être imputée d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital.

L'adjudicataire qui se prévaut de l'article 1254 du Code civil est-il fondé à revendiquer l'application de l'article 15, § 6, du cahier général des charges, pour les soldes d'états d'avancement restant impayés après application de l'article 1254 du Code civil?

Avis : La Commission estime qu'un adjudicataire impayé est fondé à revendiquer l'application de l'article 15, § 6, du cahier général des charges pour les soldes d'états d'avancement impayés. La Commission souligne toutefois que l'exception d'inexécution doit être utilisée avec prudence et discernement et ne peut être invoquée pour le paiement de sommes minimales, eu égard à l'importance du marché et à la grandeur de la firme considérée.

10. Artikel 28, § 1, 2°, van de algemene aannemingsvoorwaarden — Uitvoeringstermijn uitgedrukt in werkdagen — Opgelegde rustdagen.

Vraag : Moeten de wettelijk vastgelegde compensatieverlofdagen worden beschouwd als feestdagen in de zin die daaraan wordt gegeven in artikel 28, § 1, 2°, van de algemene aannemingsvoorwaarden ?

Advies : De Commissie zegt dat binnen het raam van de werktijdverkorting in de bouwrijverheid, bij het koninklijk besluit nr. 213 van 26 september 1983 collectief compensatieverlofdagen werden voorzien voor de ondernemingen die afhangen van het Paritair Comité voor het bouwbedrijf. Die dagen moesten bijgevolg ongetwijfeld worden beschouwd als feestdagen volgens artikel 28 van de algemene aannemingsvoorwaarden vermits de aannemers geen personeel mogen tewerkstellen op die dagen. Dit geldt natuurlijk niet voor de recuperatiedagen voor overuren.

11. Artikel 38 van de algemene aannemingsvoorwaarden — Verzekering tegen de gevolgen van de aansprakelijkheid van de aannemer.

Vraag : In alinea 1 van artikel 38 van de algemene aannemingsvoorwaarden wordt bepaald dat de aannemer een verzekeringsovereenkomst moet sluiten tegen de gevolgen van zijn aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen alsmede tegen de gevolgen van zijn burgerlijke aansprakelijkheid bij ongevallen die door werken aan derden overkomen. De tekst van dit artikel is opgesteld in algemene bewoordingen en nergens is er sprake van een beperking op deze verplichting tot verzekering. Doorgaans bevatten de verzekeringspolissen een aantal clausules van uitsluiting en verval. Derhalve worden de volgende vragen gesteld :

— heeft het bestuur op grond van artikel 38 het recht te eisen dat de aannemer een polis ondertekent zonder uitsluitingsbepaling of zonder bepaling omtrent het verval van het contract of moet het geneogen nemen met een polis die beantwoordt aan de normale voorwaarden van de verzekeringsmarkt?

— ware het in een dergelijk geval niet beter een limitatieve opsomming te geven van de uitsluitings- of vervalclausules ten einde de inschrijvers op voet van gelijkheid te plaatsen?

— ware het niet aangewezen om in artikel 38 melding te maken van het beginsel volgens hetwelk de uitsluitings- en vervalclausules uit de door de aannemer onderschreven polis niet kunnen worden ingeroepen tegenover benadeelde derden?

Advies : Het standpunt van de Commissie kan worden samengevat als volgt :

— in artikel 38 van de algemene aannemingsvoorwaarden wordt bepaald dat de aannemer binnen de vijftien kalenderdagen na de dag waarop hem kennis is gegeven van de goedkeuring van zijn inschrijving een verzekeringspolis moet voorleggen, waardoor het gedekt is tegen de gevolgen van zijn burgerlijke aansprakelijkheid bij ongevallen die door de werken aan derden overkomen;

— gelet op de aard van de werken, moet de polis dus de normale risico's die aan de werken zijn verbonden, dekken en mogen in die polis de uitsluitings- en vervalclausules die normaal op die werken van toepassing zijn voorkomen;

— het bestuur kan nochtans eisen dat alle risico's moeten worden gedekt indien het zulks nodig acht en in dat geval, moet dit duidelijk in het bestek worden vermeld ten einde te voorkomen dat er wordt gespeculeerd en dat het evenwicht tussen de inschrijvers wordt verbroken. De eis tot dekking van alle risico's komt voort uit de toepassing zelf van de algemene aannemingsvoorwaarden en is dus geen afwijking ervan. Zij moet echter wel uitzonderlijk blijven, daar een dergelijke dekking zeer duur uitvalt voor het bestuur.

— tenslotte bestaat er geen mogelijkheid om in artikel 38 te bepalen dat de uitsluitings- en vervalclausules, die eventueel in de door de aannemer ondertekende polis voorkomen, niet kunnen worden ingeroepen tegenover de benadeelde derden vermits een dergelijke bepaling bij wet moet worden uitgevaardigd.

12. Opdrachten voor een forfaitaire totale prijs.

Vraag : Het bestuur heeft na een beperkte offerteaanvraag een opdracht toegewezen en deze opdracht had een forfaitaire totale prijs. In artikel 15 van het bestek werd onder meer bepaald :

« Voor de levering zal het materieel waarvoor vooraf in de fabriek een technische oplevering moet geschieden, niet eerder op een vorderingsstaat worden ingeschreven dan nadat deze oplevering plaats had, en op voorwaarde dat het resultaat van deze proeven en controles gunstig is.

10. Article 28, § 1er, 2°, du cahier général des charges — Délai d'exécution exprimé en jours ouvrables — Jours de repos compensatoires.

Question : Les jours de repos compensatoires imposés légalement sont-ils à considérer comme constituant des jours non-ouvrables au sens de l'article 28, § 1er, 2°, du cahier général des charges ?

Avis : Selon la Commission, dans le cadre de la réduction de la durée du travail dans la construction, l'arrêté royal n° 213 du 26 septembre 1983 a notamment imposé collectivement des jours de repos compensatoires aux entreprises ressortissant de la Commission paritaire de la construction. Il n'est dès lors pas douteux que ces jours doivent être considérés comme non-ouvrables au sens de l'article 28 du cahier général des charges, les entrepreneurs ne pouvant faire travailler du personnel pendant ces jours. Ceci ne vaut évidemment pas pour les périodes de récupération résultant de la prestation d'heures supplémentaires.

11. Article 38 du cahier général des charges — Assurance de la responsabilité de l'entrepreneur adjudicataire.

Question : L'article 38, alinéa 1^{er} du cahier général des charges impose à l'entrepreneur d'assurer sa responsabilité en matière d'accidents du travail ainsi que sa responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux. Cet article est rédigé en des termes généraux et ne mentionne aucune restriction à cette obligation de s'assurer. Or, les polices d'assurance comportent habituellement un certain nombre de clauses d'exclusion et de déchéance. Les questions suivantes ont dès lors été posées :

— l'administration a-t-elle le droit d'exiger, en se basant sur l'article 38, que l'entrepreneur souscrive une police sans clauses d'exclusion ou de déchéance contractuelle ou bien doit-elle se satisfaire d'une police répondant aux conditions normales du marché de l'assurance?

— dans cette dernière hypothèse, ne conviendrait-il pas d'énumérer limitativement les clauses d'exclusion ou de déchéance, afin de mettre les soumissionnaires sur pied d'égalité?

— ne conviendrait-il pas de prévoir à l'article 38 le principe de l'inopposabilité aux tiers lésés des clauses d'exclusion et de déchéance figurant dans la police souscrite par l'entrepreneur?

Avis : La position de la Commission se résume comme suit :

— l'article 38 du cahier général des charges prévoit que l'entrepreneur doit présenter dans les quinze jours de la notification de l'approbation de la soumission une police d'assurance couvrant sa responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux;

— tenant compte des travaux considérés, cette police doit donc couvrir les risques normaux en résultant et peut prévoir les clauses d'exclusion et de déchéance normalement appliquées pour ces travaux;

— l'administration peut toutefois exiger une couverture de tous les risques si elle l'estime utile et il importe dans ce cas de le préciser clairement dans le cahier spécial des charges afin d'éviter les spéculations et la rupture de l'égalité entre les soumissionnaires. Cette exigence de couverture de tous les risques résulte de l'application même du cahier général des charges et n'est donc pas une dérogation à celui-ci. Elle se doit cependant de rester exceptionnelle car une telle couverture s'avère coûteuse pour l'administration.

— enfin, il n'est pas possible de prévoir dans l'article 38 le principe de l'inopposabilité aux tiers lésés des clauses d'exclusion ou de déchéance figurant éventuellement dans la police souscrite par l'entrepreneur, une telle disposition devant être spécifiée dans une loi.

12. Marchés à prix global forfaitaire.

Question : L'administration a attribué un marché à la suite d'un appel d'offres restreint, ledit marché étant à prix global forfaitaire. L'article 15 du cahier spécial des charges précisait notamment :

« Tout matériel devant faire l'objet d'une réception technique préalable en usine n'est porté en fourniture à un état d'avancement qu'après cette réception et pour autant, bien entendu, que ces essais et vérifications soient satisfaisants.

Al het materiaal waarvan in de vorige § geen sprake is, zal niet eerder voor een levering op een vorderingsstaat worden ingeschreven dan nadat het op de werf aanwezig is en vanzelfsprekend op voorwaarde dat het beantwoordt aan hetgeen is voorgeschreven in de contractuele documenten.

De posten die uitsluitend leveringen behelzen worden in rekening gebracht op het ogenblik dat de bouwheer ze in zijn bezit krijgt.

De werken voor het installeren van de uitrustingen worden op de maandelijkse vorderingsstaten ingeschreven naar gelang zij worden uitgevoerd. »

De aannemer, heeft echter voor de betrokken posten, bij zijn inschrijving een meetstaat gevoegd waarin de prijs van levering en montage wordt getotaliseerd. Later heeft de aannemer voorgesteld de betaling van deze posten te spreiden volgens het onderscheid tussen « leveringen » en « montage ter plaatse ».

Kan dit verzoek worden beschouwd als een toepassing van artikel 15 van het bestek waarin een onderscheid voorkomt met een weerslag op de betalingstermijnen of, integendeel, heeft de totalisatie die de aannemer in de inschrijving vermeldt tot gevolg dat niet eerder kan worden betaald dan bij het verstrijken van de termijn die loopt vanaf de montage ter plaatse?

Advies : De Commissie is van oordeel dat het bestuur een gunstig gevolg mag geven aan het door de aannemer gedane verzoek om verdeling van de prijzen. Dit komt trouwens overeen met hetgeen in het bestek zelf wordt nagestreefd.

Dit antwoord is echter slechts geldig voor zover het indienen van een totale prijs geen rol heeft gespeeld bij de toewijzing van de opdracht in deze offerteaanvraag.

Brussel, 17 december 1990.

De Eerste Minister,

W. MARTENS

Tout matériel non repris au § ci-avant, n'est porté en fourniture à un état d'avancement qu'après son approvisionnement au chantier et pour autant, bien entendu, qu'il soit conforme aux prescriptions des documents contractuels.

Les postes ne comportant que des fournitures sont portés en compte au moment où le maître de l'ouvrage en prend possession.

Les travaux de montage des équipements sont portés aux états d'avancement mensuels au fur et à mesure de leur exécution. »

Or, l'adjudicataire a annexé à sa soumission un métré globalisant au niveau des prix et pour les postes concernés, la fourniture et le montage. Ultérieurement, cet adjudicataire a proposé de ventiler le paiement de ces postes suivant la distinction entre « fournitures » et « montage sur site ».

Cette demande peut-elle être considérée comme étant une application de l'article 15 du cahier spécial des charges, lequel contient une distinction ayant une incidence sur les délais de paiement ou, au contraire, la globalisation dans la soumission de l'adjudicataire a-t-elle pour effet de ne permettre le paiement qu'au terme du délai courant à partir du montage sur site?

Avi : La Commission est d'avis que l'administration a la faculté de donner suite à la demande de ventilation des prix présentés par l'adjudicataire, cette solution correspondant d'ailleurs à ce qui a été voulu dans les dispositions du cahier spécial des charges lui-même.

Cette réponse ne vaut cependant que pour autant que le fait de remettre un prix global n'a pas été un élément d'attribution du marché dans la procédure d'appel d'offres visée.

Bruxelles, le 17 décembre 1990.

Le Premier Ministre,

W. MARTENS

Overheidsopdrachten. — Rentevoet van de verwijlntresten. —
 Artikel 15, § 4, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten, gewijzigd bij het ministerieel besluit van 16 december 1990. — Bericht

Overeenkomstig het artikel 15, § 4, van de algemene aannemingsvoorwaarden, bedraagt de rentevoet die van toepassing is voor het berekenen van de verwijlntresten voor opdrachten aangekondigd vanaf 1 januari 1981, 12 % voor de maand januari 1991 (rentevoet der voorschotten in rekeningcourant van de Nationale Bank op 20 december 1990, zijnde 11 % vermeerderd met 1 %).

MINISTERIE VAN JUSTITIE

Rechterlijke Orde

- Bekendmaking van openstaande plaatsen :
- griffier bij de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen : 1;
 - klerk-griffier bij de arbeidsrechtbank te Gent : 1;
 - beambte :
 - bij de griffie van het Hof van Cassatie : 1;
 - bij de griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel : 1;
 - hode bij de griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Leuven : 1.
 - beambte bij de griffie van de politierechtbank te Antwerpen : 1.

Marchés publics. — Taux des intérêts de retard. — Article 15, § 4, de l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, modifié par l'arrêté ministériel du 16 décembre 1990. — Avis

Conformément à l'article 15, § 4, du cahier général des charges, le taux à appliquer pour le calcul des intérêts de retard des marchés annoncés à partir du 1^{er} janvier 1981 s'élève, pour le mois de janvier 1991, à 12 % (taux des avances en compte courant de la Banque Nationale au 20 décembre 1990, soit 11 %, plus 1 % supplémentaire).

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Ordre judiciaire

- Publication des places vacantes :
- greffier au tribunal de première instance d'Anvers : 1;
 - commis-greffier au tribunal du travail de Gand : 1;
 - employé :
 - au greffe de la Cour de cassation : 1;
 - au greffe du tribunal de première instance de Bruxelles : 1;
 - messenger au greffe du tribunal de première instance de Louvain : 1.
 - employé au greffe du tribunal de police d'Anvers : 1.